



Revista
Brasileira de
**Direito
Processual
Penal**

Volume 3 - Nº 03 - set./dez. 2017

ISSN 2525-510X

<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i3>

Dossiê “Oralidade e Garantias Processuais Penais”



IBRASPP

EXPEDIENTE

EDITORES-CHEFES

Prof. Dr. Nereu José Giacomolli (PUCRS e IBRASPP – Porto Alegre/RS)

Prof. Me. Vinicius Gomes de Vasconcellos (USP e FICS – São Paulo/SP; IBRAS-PP – Porto Alegre/RS)

EDITORES-ASSOCIADOS

Profa. Dra. Flaviane Magalhães Barros (PUCMinas – Belo Horizonte/MG)

EDITORES-ASSISTENTES

Prof. Bruna Capparelli (*Alma Mater Studiorum* - Università di Bologna /IT)

Prof. Me. Caíque Ribeiro Galícia (PUCRS e IBRASPP – Porto Alegre/RS; FCG e FACSUL – Campo Grande/MS)

CONSELHO EDITORIAL

Prof. Dr. Francesco Caprioli, Università degli Studi di Torino, Itália

Prof. Dr. Gabriel Ignacio Anitua, Universidad de Buenos Aires, Argentina

Prof. Dr. Germano Marques da Silva, Universidade Católica de Lisboa, Portugal

Prof. Dr. Giulio Illuminati, *Alma Mater Studiorum* - Università di Bologna, Itália

Prof. Dr. Juan Montero Aroca, Universidad de Valencia, Espanha

Profa. Dra. Lorena Bachmaier Winter, Universidad Complutense de Madrid, Espanha

Prof. Dr. Manuel Monteiro Guedes Valente, Universidade Autónoma de Lisboa, Portugal

Prof. Dr. Máximo Langer, University of California, Estados Unidos

Prof. Dr. Michele Caianiello, *Alma Mater Studiorum* - Università di Bologna, Itália

Prof. Dr. Paolo Ferrua, Università degli Studi di Torino, Itália

Prof. Dr. Rafael Hinojosa Segovia, Universidad Complutense de Madrid, Espanha

Prof. Dr. Raúl Cervini, Universidad Católica de Uruguay, Uruguay

Prof. Dr. Renzo Orlandi, *Alma Mater Studiorum* - Università di Bologna, Itália

Prof. Dr. Rui Cunha Martins, Universidade de Coimbra, Portugal

Prof. Dr. Stefano Ruggeri, Università degli Studi di Messina, Itália

Prof. Dra. Teresa Armenta Deu, Universidad de Girona, Espanha

PARECERISTAS (DESTE NÚMERO)

Américo Bedê Freire Júnior (FDV - Vitória/ES)

Ana Cristina Gomes (Universidad de Salamanca/ESP)

André Ferreira de Oliveira (Universidade de Coimbra/PT)

André Luis Jardini Barbosa (Faculdade Autônoma de Direito - São Paulo)

Antonio E. Ramires Santoro (UFRJ - Rio de Janeiro/RJ)

Antonio Pedro Melchior (UFRJ - Rio de Janeiro/RJ)

Bruno Tadeu Buonicore (Universidade de Frankfurt/ALEM)

Carla Silene Cardoso Lisboa Bernardo Gomes (PUCMinas - Belo Horizonte/MG)

Carolina de Freitas Paladino (TJPR - Curitiba/PR)

Chiavelli Fazenda Falavigno (USP - São Paulo/SP)

Cristina Rego Oliveira (Universidade de Coimbra/PT)

Débora Carvalho Fioratto (PUC-Minas - Belo Horizonte/MG)

Décio Alonso Gomes (IBMEC – Rio de Janeiro/RJ)

Denis Andrade Sampaio (Faculdade de Direito de Lisboa/Portugal)

Diogo Malan (UFRJ e UERJ - Rio de Janeiro/RJ)

Fábio Ramazzini Bechara (Mackenzie - São Paulo/SP)

Fauzi Hassan Choukr (MPSP - São Paulo/SP)

Fernanda Regina Vilares (GVLaw - São Paulo/SP)

Franklyn Roger Alves Silva (UERJ - Rio de Janeiro/RJ)

Frederico Valdez Pereira (Università degli Studi di Pavia/IT)

Humberto Soares de Souza Santos (UERJ - Rio de Janeiro/RJ)

Jéssica Oníria Ferreira de Freitas (UFMG - Belo Horizonte/MG)

João Paulo Orsini Martinelli (UFF - Volta Redonda/RJ)

José Danilo Tavares Lobato (UNIPAC e UFRRJ - Seropédica/RJ)

José de Assis Santiago Neto (PUCMinas - Belo Horizonte/MG)

Leandro Gornicki Nunes (UFPR - Curitiba/PR)
Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro (ESDHC - Belo Horizonte/MG)
Luiza Borges Terra (Universidad Pablo de Olavide/ESP)
Marcella Alves Mascarenhas Nardelli (UERJ - Rio de Janeiro/RJ)
Marcus Alan Gomes (UFPA - Belém/PA)
Maria João Carvalho Vaz (Universidade de Coimbra/PT)
Michelle Girona Cabrera (PUCPR - Curitiba/PR)
Nestor Eduardo Araruna Santiago (UFC e Unifor - Fortaleza/CE)
Patrick Cacicedo (USP - São Paulo/SP)
Rafael Fecury Nogueira (FABEL e FIBRA - Belém/PA)
Rafael Lima Ribeiro (PUCMinas - Belo Horizonte/MG)
Salah Khaled Jr. (FURG - Rio Grande/RS)
Ulisses Moura Dalle (PUC-Minas - Belo Horizonte/MG)
Vinícius Diniz Monteiro de Barros (PUCMinas - Belo Horizonte/MG)

AUTORES DE ARTIGOS ORIGINAIS (DESTE NÚMERO)

André Rocha Sampaio (UNIT/AL – Maceió/AL)
Augusto Jobim do Amaral (PUCRS – Porto Alegre/RS)
Cristián Riego (Universidad Diego Portales – Santiago/Chile)
Flávio da Silva Andrade (Universidade Federal de Minas Gerais – Belo Horizonte/MG)
Gabriel Rodrigues de Carvalho (Curitiba/PR)
Gisela Aguiar Wanderley (UNB – Brasília/DF)
Lyonel González Postigo (CEJA – Santiago/Chile)
Marcos Eugênio Vieira Melo (PUCRS – Porto Alegre/RS)
Michele Caianiello (Alma Mater Studiorum - Università di Bologna/Itália)
Paulo Saint Pastous Caleffi (PUCRS – Porto Alegre/RS)
Rafael de Deus Garcia (Universidade Federal de Lavras – Lavras/MG)
Thiago Miranda Minagé (UNESA – Rio de Janeiro/RJ)
Tobías José Podestá (CEJA – Santiago/Chile)

PROJETO GRÁFICO [DIAGRAMAÇÃO E CAPA] Camila Provenzi (be.net/camilaprovenzi)

Sumário

755 *Editorial*

757 Editorial: As rodadas de correções e a carta-resposta do autor à aprovação condicionada – sobre o controle e o aprimoramento dos artigos no processo editorial científico

Editorial: The correction rounds and the author's response letter to the article's conditional approval – the evaluation and the improvement of papers in the scientific editorial process

Vinicius Gomes de Vasconcellos

769 Editorial: O pesquisador e a pesquisa em ciências criminais na contemporaneidade

Editorial: The researcher and the research in criminal sciences in contemporaneity

Caíque Ribeiro Galícia

789 Editorial: A avaliação do Impact Factor na publicação científica de Direito Processual Penal

Editorial: The evaluation of Impact Factor in the scientific publication of criminal procedure

Bruna Capparelli e Nereu José Giacomolli

807 *Dossiê: Oralidade e Garantias Processuais Penais*

809 Editorial dossiê “Oralidade e garantias processuais penais”: de qual oralidade podemos falar?

Editorial dossier “Orality and criminal procedure guarantees”: what orality can we speak?

Flaviane de Magalhães Barros Bolzan de Moraes

825 La renuncia a las garantías del juicio oral por medio del procedimiento abreviado en Chile

Waiver of the judgment's guarantees through the abbreviated procedure in Chile

Cristián Riego

849 A oralidade no novo código de processo penal da nação Argentina

The orality in the new criminal procedure code of the Argentine nation

Leonel González Postigo e Tobías José Podestá

879 Cultura Inquisitória e as Falsas Oralidades

Inquisitorial Culture and the False Oralities

André Rocha Sampaio e Marcos Eugênio Vieira Melo

907 A oralidade no processo penal a partir da noção de compreensão cênica

The orality in criminal procedure from the notion of scenic understanding

Gabriel Rodrigues de Carvalho

929 Contraditório público e oral como garantidor de um processo penal democrático constitucional

Oral and public confrontation as guarantee of a democratic constitutional criminal procedure

Thiago Miranda Minagé

965 Fundamentos de Direito Processual Penal

967 Processo penale e prescrizione nel quadro della giurisprudenza europea. Dialogo tra sistemi o conflitto identitario?

Criminal process and limitation period's provisions in the EU jurisprudence framework. Dialogue between systems or identity conflict?

Michele Caianiello

1007 A construção participada da decisão penal no Estado Democrático de Direito: a garantia de participação das partes, pelo contraditório, na composição da decisão justa e legítima

The participative construction of the criminal decision in democratic states ruled by the law: the guaranty of participation of the parties, through confrontation, in the composition of a fair and legitimate decision

Flávio da Silva Andrade

1043 Verdade Real e a Impossibilidade de Condenação após Manifestação do Ministério Público por Absolvição

Substantial Truth and the Impossibility of Conviction after Manifestation of the Public Prosecutor's Office for Acquittal

Rafael de Deus Garcia

1071 *Persecução Penal: investigação, juízo oral e etapa recursal*

1073 **Pré-ocupação de inocência e execução provisória da pena: uma análise crítica da modificação jurisprudencial do STF**

Pre-occupation of innocence and provisional penal enforcement: a critical analysis of the Federal Supreme Court jurisprudential modification

Augusto Jobim do Amaral e Paulo Saint Pastous Caleffi

1115 *Teoria da Prova Penal*

1117 **A busca pessoal no direito brasileiro: medida processual probatória ou medida de polícia preventiva?**

Frisks in Brazilian Law: a tool of criminal investigation or preventive policing?

Gisela Aguiar Wanderley

Editorial

Editorial: As rodadas de correções e a carta-resposta do autor à aprovação condicionada – sobre o controle e o aprimoramento dos artigos no processo editorial científico

Editorial: The correction rounds and the author's response letter to the article's conditional approval – the evaluation and the improvement of papers in the scientific editorial process

Vinicius Gomes de Vasconcellos

Doutorando em Direito na Universidade de São Paulo – São Paulo/SP

Editor-chefe da RBDPP e editor-assistente da RBCCRIM

vgomesv@gmail.com

 lattes.cnpq.br/9628659956663949

 orcid.org/0000-0003-2020-5516

 publons.com/a/1174099/

RESUMO: Este editorial pretende examinar a sistemática da etapa de rodadas de correções nos casos de artigos que recebem a decisão de “aprovação condicionada a revisões”, a partir dos pareceres dos avaliadores e da equipe editorial da revista. Com fundamento no reforço da importância de tal etapa para a produção de conhecimento científico consistente, serão apresentadas premissas e orientações à atuação do autor para correção do artigo e redação da carta-resposta à equipe editorial.

PALAVRAS-CHAVE: editorial; rodadas de correções; autor; controle por pares; pareceres.

ABSTRACT: *This editorial intends to examine the systematics of the correction rounds in the cases of articles that receive the decision of “conditional approval”, based on the reviewers’ comments and the evaluation of the journal editorial team. Besides reinforcing the importance of such phase to the production of consistent scientific knowledge, premises and guidelines will be presented to inform the author’s action to correct the article and write the response letter to the editorial board.*

KEY-WORDS: *editorial; correction rounds; author; peer review; reviewers’ comments.*

Analisados os aspectos relevantes dos papéis de editores e avaliadores no processo editorial científico,¹ deve-se expor algumas considerações sobre a atuação de outro ator fundamental da produção de conhecimento em periódicos: o autor. Assim, este editorial pretende examinar a sistemática da etapa de rodadas de correções, que ocorre nos casos de aprovações de artigos condicionadas a aprimoramentos a partir das críticas e sugestões de pareceristas e editores (também denominada de *revise and resubmit*).

Trata-se de situação extremamente corriqueira, pois são excepcionais (ou até inexistentes) os casos de aprovação incondicionada em revistas com um processo editorial sério.² Para tanto, serão apresentadas premissas e orientações à atuação do autor diante de tais circunstâncias e à redação da carta-resposta ao editor.

A fase das rodadas de correções é um elemento de central importância ao processo editorial científico,³ pois é por meio dela (e da posterior análise sobre as alterações e respostas do autor) que se assegurará efetividade ao controle por pares. *De nada adiantaria o empenho dos avaliadores para apontar críticas e sugestões se os autores pudessem simplesmente ignorar suas considerações.* Conforme Pamela Silver, “os dois passos essenciais no processo de revisão são: 1) escrever pareceres úteis e construtivos aos artigos; e, 2) responder a tais críticas de um modo positivo e construtivo”.⁴

Assim, encaminhados os pareceres aos autores, deverá ser enviada versão corrigida do artigo (com marcações das alterações) e uma carta (e-mail) de respostas às críticas e sugestões, onde se aponte o que foi atendido e se motive adequadamente o que eventualmente for recusado. A verificação de tal réplica dos autores é realizada pela equipe

¹ VASCONCELLOS. Editorial: a função do periódico científico e do editor para a produção do conhecimento no Direito e nas ciências criminais, p. 9-17; VASCONCELLOS. Editorial: controle por pares e a função do revisor – premissas e orientações para uma avaliação consistente, p. 437-458.

² Sobre as possíveis decisões editoriais e a raridade de uma aprovação plena: CUMMINGS; RIVARA. Responding to reviewer’s comments on submitted articles, p. 105-106.

³ FERREIRA. Responder aos Revisores, p. 5.

⁴ SILVER. Advice for early-career peer reviewers and authors responding to peer reviews, p. 1074 (tradução livre).

editorial do periódico. Excepcionalmente, por exemplo, em razão da complexidade da temática, pode-se solicitar nova avaliação do mesmo parecerista ou até de outro avaliador. Por isso, denomina-se fase de rodadas de correções no plural, pois pode (e isso é corriqueiro em revistas de excelência) haver mais de uma solicitação de correções aos autores, com a indicação de novas sugestões ou a reiteração de outras ignoradas ou não razoavelmente recusadas.

Portanto, *mesmo após o controle por pares e a aprovação preliminar condicionada, um artigo pode (e deve) ser rejeitado*, se os pareceres não forem considerados pelos autores, se problematizações não forem adequadamente respondidas ou se as justificativas à não aceitação de sugestões pertinentes forem inconsistentes. Para obter um resultado positivo diante de tal situação, aponta-se aqui um resumo das principais orientações:

ORIENTAÇÕES AOS AUTORES

1. Confirme o recebimento do e-mail ao editor e responda se o prazo apontado é viável;
 2. Responda todas as críticas e sugestões, tanto da equipe editorial como dos avaliadores, demonstrando interesse em aprimorar o artigo;
 3. Após o texto transcrito dos pareceres, responda embaixo de cada item/crítica/sugestão com outra cor de letra;
 4. Responda de modo direto e preciso, com motivação suficiente e consistente;
 5. Mais importante do que contestar a crítica é aprimorar efetivamente o texto do artigo a partir do problema apontado;
 6. Destaque as alterações realizadas no arquivo do artigo (utilize o arquivo enviado em anexo no e-mail da decisão editorial, pois ele já está formatado e marcará automaticamente as modificações).
-

Certamente, o empenho do pesquisador ao trabalho que resultará no artigo submetido se inicia em momento muito anterior à submissão ao processo editorial. Autores levam meses ou até anos planejando, executando e redigindo seus manuscritos, de modo que so-

mente após um momento de desapego (ou pressão para publicação) é que se romperá pela primeira vez a relação direta com o trabalho e se enviará uma versão preliminarmente “finalizada” do manuscrito para avaliação por pares.

Contudo, esse primeiro rompimento deve necessariamente ser assim percebido: considerando que o processo editorial científico de revistas de qualidade resultará em críticas e sugestões, o autor precisa ter plena consciência de que retomará futuramente o contato com o trabalho para as rodadas de correções. Essa é uma premissa fundamental a ser assentada: *o empenho do autor não se encerra com a submissão do artigo ao periódico*, mas ainda haverá muito a ser feito até que se tenha efetivamente a versão final para publicação.

Raríssimos são os casos de aprovação direta de uma submissão para publicação sem qualquer alteração do artigo, já que, considerando-se a inexistência de perfeição e a pluralidade de perspectivas adotadas por cada pesquisador, quase sempre serão apontadas críticas e correções ao trabalho.⁵ Inclusive, pode-se até afirmar que um parecer sem qualquer sugestão tenderá a aparentar certa falta de empenho do avaliador, já que a consideração dedicada de teses inéditas sustentadas pelo autor deve resultar, ao menos, em problematizações e discussão de suas implicações.

Inegavelmente, não é fácil receber críticas a um trabalho que demandou horas de dedicação e esforço intelectual no seu desenvolvimento: a repulsa inicial às problematizações apontadas às nossas próprias teses é plenamente natural.⁶ Assim, após confirmar o recebimento ao editor e responder sobre a viabilidade do prazo assinalado,⁷ em regra,

⁵ ANNESLEY. Top 10 Tips for Responding to Reviewer and Editor Comments, p. 55; MUCHENJE. Editorial: How to respond to reviewers' comments, p. 116.

⁶ MAJUMDER. How do authors feel when they receive negative peer reviewer comments? p. 33-34.

⁷ O prazo indicado aos autores para retorno das correções considera a profundidade das revisões sugeridas e a situação do processo editorial da revista, para viabilizar a publicação do artigo em número posterior assim que possível. Se for inviável o cumprimento a tal prazo, provavelmente haverá possibilidade de prorrogação ou postergação para número subsequente. Assim, solicita-se que isso seja comunicado ao editor imediatamente, para se buscar a opção mais adequada. Vale ressaltar que uma demora excessiva

sugere-se que o autor leia os pareceres e se afaste dessa tarefa por algum tempo, para digerir as críticas e possibilitar a dissipação da natural indignação que decorre da fragilização de suas ideias tão dedicadamente desenvolvidas durante a redação do artigo.⁸ Ou, nos termos de Thomas Annesley, “fique com raiva, mas supere isso”.⁹ Certamente, uma posterior releitura das críticas permitirá uma análise muito mais racional, de modo a propiciar uma consideração melhor orientada sobre as possíveis contribuições apontadas.

Ao ler novamente os pareceres, esteja aberto a revisar suas premissas e buscar um efetivo aprimoramento ao artigo. Não se iluda, o editor consegue perceber facilmente a diferença entre quem realmente se dedicou a aprimorar o trabalho e quem tentou responder do modo mais rápido e raso as críticas para alterar o mínimo do texto original submetido.

Deverá ser encaminhada, no prazo estabelecido, a nova versão do artigo. Todas as alterações devem ser destacadas em cor distinta ou com marcações da opção de “controlar alterações” do Word ativada.¹⁰ Em regra, no e-mail de comunicação da decisão preliminar, o editor enviará em anexo o arquivo do artigo já com formatações e elementos complementares adotados na RBDPP. Tal arquivo estará bloqueado, de modo que todas as modificações ficarão automaticamente marcadas. Esse destaque aos aprimoramentos realizados é indispensável, pois não é obrigação do editor posteriormente dedicar horas comparando manualmente as versões do artigo.¹¹

por inércia do autor pode acarretar a rejeição do artigo e a necessidade de reinício de todo o processo editorial.

⁸ SHAW. Responding to reviewers, p. 1261.

⁹ ANNESLEY. Top 10 Tips for Responding to Reviewer and Editor Comments, p. 551 (tradução livre).

¹⁰ KOTZ; CALS. Effective writing and publishing scientific papers, part XII: responding to reviewers, p. 243.

¹¹ “Não é responsabilidade do revisor (ou editor) ser um detetive de manuscritos e gastar tediosas horas identificando alterações por comparação das versões revisada e original do artigo. Manuscritos sem a clara identificação das modificações devem ser retornados aos autores e postergados, até que uma revisão apropriada seja enviada” (ROSENFELD. How to review journal manuscripts, p. 484) (tradução livre).

Além do envio do artigo com as correções marcadas, deve-se encaminhar documento com as respostas específicas aos pareceres. Como padrão, a equipe editorial da RBDPP anexará ao e-mail da decisão editorial um arquivo com as instruções e os pareceres, para facilitar a réplica do autor, mas, se isso não ocorrer, copie todos os pareceres da equipe editorial e dos avaliadores. Segundo Hywel Williams, as regras de ouro ao responder as críticas são: “1) responda de modo completo; 2) responda educadamente; 3) responda com argumentos consistentes”.¹²

Como padrão, por se adotar na RBDPP uma orientação de proatividade na postura dos editores no manejo das submissões,¹³ juntamente às avaliações dos revisores anônimos, encaminha-se um parecer da equipe editorial, redigido pelo(a)s editor(es) responsável(is). Ali, o editor realizará a consolidação das avaliações dos revisores e incluirá também críticas e sugestões complementares, além de motivar a decisão editorial. Importante notar que a decisão final sobre a aprovação ou rejeição do artigo é da equipe editorial, que deve ser orientada pelos avaliadores, mas não necessariamente vinculada a eles. O autor deverá responder com especial atenção ao parecer da equipe editorial, mas isso não supre a necessidade de réplica específica a cada crítica dos revisores, separadamente.¹⁴

Então, responda item-por-item,¹⁵ abaixo de cada crítica/sugestão (que, preferencialmente, estarão numeradas), utilizando outra cor de texto para ressaltar e diferenciar. Assim, “a resposta ponto-por-ponto deve se dirigir às problemáticas diretamente, apresentando uma descrição das alterações realizadas ou uma explicação do porquê a sugestão

¹² WILLIAMS. How to reply to referees' comments when submitting manuscripts for publication, p. 80 (tradução livre).

¹³ Sobre isso, ver: VASCONCELLOS. Editorial: a função do periódico científico e do editor para a produção do conhecimento no Direito e nas ciências criminais, p. 9-17. Conforme Bruno Frey, um modo de tentar reduzir as arbitrariedades e abusividades do processo editorial científico é a atuação proativa dos editores no sentido de controlar e consolidar os pareceres dos avaliadores anônimos (FREY. Publishing as prostitution? p. 207 e 218).

¹⁴ Sobre isso: SHAW. Responding to reviewers, p. 1261.

¹⁵ FERREIRA. Responder aos Revisores, p. 3; WILLIAMS. How to reply to referees' comments when submitting manuscripts for publication, p. 81; ROSENFELD. How to review journal manuscripts, p. 484.

foi deixada de lado”.¹⁶ Ou seja, indique de modo objetivo e consistentemente motivado o que foi atendido (e onde houve modificação no artigo para tanto) ou as razões da recusa, explicando por que a crítica ou sugestão é equivocada, impertinente ou inviável.

Portanto, é plenamente aceitável que o autor não atenda integralmente o parecer, mas isso precisa ser feito de modo respeitoso e com a apresentação de uma motivação razoável.¹⁷ Tenha sempre em mente que as críticas encaminhadas nem sempre são cabais e corretas, e o editor tem plena noção de que às vezes algumas problematizações são injustificadas ou sugestões são inviáveis. Por uma questão de transparência, em regra todos os pareceres são encaminhados ao autor com o conteúdo integral das críticas redigidas pelos avaliadores, pois alterações pelo editor somente se justificam em casos de abusividade ou imprecisão manifestas.

Ou seja, exatamente com a intenção de ajudar ao máximo o autor, o avaliador ou o editor acabam por indicar críticas não tão bem-acabadas ou até mesmo ideias que eles próprios não estão seguros, mais como um incentivo ao debate. Portanto, o editor não tenderá a adotar uma posição de invariável adoção das críticas opostas ao artigo. Se o autor responder respeitosamente, motivando adequadamente as recusas, provavelmente o editor não irá insistir e impor alterações em um ou outro sentido.

Sabe-se que avaliadores e editores podem estar errados.¹⁸ Contudo, isso não quer dizer que o autor possa simplesmente ignorar a crítica apontada: se alguém não compreendeu adequadamente o que se queria dizer, provavelmente haverá como aprimorar a redação do texto para torná-lo mais claro e preciso.¹⁹ Diante disso, não seja rude ao responder, simplesmente expondo o erro do avaliador, mas, além de fazer

¹⁶ SAMET. *Dear Author - Advice from a Retiring Editor*, p. 435 (tradução livre).

¹⁷ KOTZ; CALS. *Effective writing and publishing scientific papers*, part XII: responding to reviewers, p. 243; CUMMINGS; RIVARA. *Responding to reviewer's comments on submitted articles*, p. 106.

¹⁸ WILLIAMS. *How to reply to referees' comments when submitting manuscripts for publication*, p. 82.

¹⁹ ANNESLEY. *Top 10 Tips for Responding to Reviewer and Editor Comments*, p. 552.

isso de modo gentil, indique o que foi alterado no trabalho para evitar que outros leitores tenham novamente essa compreensão equivocada.

Entretanto, recusas injustificadas, respostas agressivas ou críticas ignoradas acarretarão a rejeição ou uma nova rodada de correções, em que o editor poderá questionar a motivação exposta e indicar questões não consideradas. Por exemplo, sugestões de bibliografia diretamente relacionadas ao tema do artigo e disponíveis com acesso viável (como em biblioteca online, por ex., do IBCCRIM) não são legitimamente recusadas somente por falta de interesse ou tempo do autor, considerando que um prazo razoável é normalmente concedido para sua leitura e inclusão.

O fundamental é que o autor demonstre interesse em efetivamente questionar suas premissas e suas teses, no sentido de se dispor a revisar, corrigir, ampliar, aprofundar e reescrever o texto tanto quanto for necessário para o seu fortalecimento como fonte confiável e consistente de conhecimento.²⁰ Ou seja, reitera-se: o autor não pode pensar que o desenvolvimento do artigo se encerra com a submissão ao periódico, mas ter a plena noção de que muito ainda poderá ser feito para seu aprimoramento no decorrer do processo editorial.

Sem dúvidas, as críticas expostas pelos pareceristas e pela equipe editorial não pretendem obrigar o autor a alterar seus posicionamentos, mas, bem pelo contrário, reforçá-los.²¹ As problematizações

²⁰ “É um mito pensar que autores não podem discordar dos pareceres e ter um resultado positivo. O que é importante é que o autor justifique cuidadosamente a discordância. Primeiramente, avaliadores pretendem se assegurar que os autores consideraram com seriedade a questão e, fundamentalmente, tentaram buscar uma solução” (SHAW. Responding to reviewers, p. 1262) (tradução livre).

²¹ Uma forte crítica ao sistema de controle por pares para análise e seleção de trabalhos científicos é a possibilidade de abusos por avaliadores e editores, que, por meio das críticas e imposições abusivas de correções, desvirtuariam as ideias originais e impediriam teses inovadoras no campo do conhecimento. Sobre isso, ver: FREY. Publishing as prostitution? p. 205-223; CASADEVALL; FANG. Is peer review censorship? p. 1273-1274; BEDEIAN. Balancing authorial voice and editorial omniscience, p. 134-142. Diante disso, embora a RBDPP adote posição em prol do fortalecimento do controle por pares e das rodadas de correções, ressalta-se que os autores têm total liberdade para responder negativamente a eventuais críticas e sugestões abusivas ou inviáveis, motivando adequadamente tais recusas. Além disso, as problematizações e

de conteúdo opostas às teses sustentadas no artigo almejam resultar em aprimoramento e fortalecimento do texto submetido, por exemplo, com o rebatimento de tais críticas no próprio corpo do artigo, além da motivação da resposta ao parecer na carta ao editor. Ou seja, tente não adotar uma posição defensiva para blindar seus pensamentos e somente atacar as críticas, mas se esforce para ficar aberto ao debate de modo a questionar e refletir sobre suas teses.²²

Portanto, tão (ou mais) importante do que responder às críticas e aos questionamentos na carta-resposta do autor é que se revise e aprimore efetivamente o texto do artigo, incluindo tais argumentos para eventualmente reforçar suas teses.²³ Assim, “você pode perceber que, ao explicar os motivos para manter parte do texto como está, algumas das frases e ideias utilizadas para responder ao avaliador poderiam ser úteis para adição no parágrafo em questão de modo a ajudar outros leitores a entender melhor o trabalho”.²⁴

Evite ao máximo pessoalizar as críticas apresentadas.²⁵ Seguramente, os avaliadores e os editores devem ter tentado adotar um tom respeitoso e construtivo,²⁶ mas algumas vezes é inevitável que o texto redigido possa ser interpretado de modo distinto do almejado ou a problematização se apresente muito rigorosa, ainda mais em razão da tendencial frieza do contato formal por e-mail. Tenha certeza que a in-

sugestões de complementação de bibliografia não pretendem obrigar o autor a alterar posicionamentos ou seguir determinada corrente, mas, ao contrário, almejam que o pesquisador considere visões distintas para verificar e aprimorar seus próprios argumentos.

²² “Como uma dica, se você perceber que discorda/recusa com muita frequência, isso pode ser um sinal de que está adotando uma postura defensiva e resistindo à necessidade de realizar mudanças consistentes” (SHAW. Responding to reviewers, p. 1262) (tradução livre).

²³ WINCK; WEDZICHA; FONSECA; AZEVEDO. To publish or perish, p. 98.

²⁴ ANNESLEY. Top 10 Tips for Responding to Reviewer and Editor Comments, p. 552 (tradução livre).

²⁵ WILLIAMS. How to reply to referees' comments when submitting manuscripts for publication, p. 81.

²⁶ “Como autor, é importante ter em mente que os comentários de avaliadores que aparentarem diretos e fortes são, na grande maioria, feitos com o objetivo de uma crítica construtiva” (SHAW. Responding to reviewers, p. 1261) (tradução livre).

tenção foi positiva, no sentido de incentivar o aprimoramento do texto, pelo simples fato de que todos os envolvidos atuam voluntariamente, ou seja, dedicaram tempo e esforço intelectual na análise do seu artigo.²⁷

Por fim, vale ressaltar que nem sempre as avaliações dos pareceristas são uniformes e, por isso, pode haver divergências entre as críticas e sugestões. Isso não afasta a necessidade de resposta do autor, de modo que não basta apontar tal contradição como um pretense esvaziamento dos pareceres.²⁸ Trata-se de um ponto positivo das diferentes premissas adotadas por cada revisor. Diante disso, o autor deve considerar ambas as problematizações e replicar de modo uniforme a elas.

REFERÊNCIAS

AGARWAL, Rajshree; ECHAMBADI, Raj; FRANCO, April M.; SARKAR, Mb. Reap rewards: maximizing benefits from reviewer comments. *Academy of Management Journal*, vol. 49, n. 2, p. 191-196, 2006. <https://doi.org/10.5465/amj.2006.20786044>

ANNESLEY, Thomas M. Top 10 Tips for Responding to Reviewer and Editor Comments. *Clinical Chemistry*, vol. 57, n. 4, p. 551-554, 2011. <https://doi.org/10.1373/clinchem.2011.162388>

BEDEIAN, Arthur G. Balancing authorial voice and editorial omniscience: the “it’s my paper and I’ll say what I want to” versus “ghostwriters in the sky” minuet. In: BARUCH, Y.; KONRAD, A.; AGUINIS, H.; STARBUCK, W. (eds.). *Opening the black box of editorship*. New York: Palgrave Macmillan, 2008. p. 134-142. https://doi.org/10.1057/9780230582590_14

CASADEVALL, Arturo; FANG, Ferric C. Is peer review censorship? *Infection and immunity*, v. 77, n. 4, p. 1273-1274, abr. 2009. <https://doi.org/10.1128/IAI.00018-09>

CUMMINGS, Peter; RIVARA, Frederick P. Responding to reviewer’s comments on submitted articles. *Archives of Pediatrics and Adolescent Medicine*, v. 156, n. 2, p. 105-107, 2002. <https://doi.org/10.1001/archpedi.156.2.105>

²⁷ AGARWAL; ECHAMBADI; FRANCO; SARKAR. Reap rewards: maximizing benefits from reviewer comments, p. 193.

²⁸ FERREIRA. Responder aos Revisores, p. 4.

FERREIRA, Manuel A. S. P. V. Responder aos Revisores. *Revista Ibero-Americana de Estratégia*, vol. 3, n. 1, p. 1-6, jan./mar. 2014. <https://doi.org/10.5585/riae.v13i1.2099>

FREY, Bruno S. Publishing as prostitution? Choosing between one's own ideas and academic success. *Public Choice*, v. 116, p. 205-223, 2003. <https://doi.org/10.1023/A:1024208701874>

KOTZ, Daniel; CALS, Jochen W. L. Effective writing and publishing scientific papers, part XII: responding to reviewers. *Journal of Clinical Epidemiology*, vol. 67, n. 3, p. 243, 2014. <https://doi.org/10.1016/j.jclinepi.2013.10.003>

MAJUMDER, Kakoli. How do authors feel when they receive negative peer reviewer comments? An experience from Chinese biomedical researchers. *European Science Editing*, vol. 42, n. 2, p. 31-35, mai. 2016.

MUCHENJE, Voster. Editorial: How to respond to reviewers' comments. *South African Journal of Animal Science*, vol. 47, n. 2, p. 116-117, 2017. <https://doi.org/10.4314/sajas.v47i2.1>

ROSENFELD, Richard. How to review journal manuscripts. *Otolaryngology–Head and Neck Surgery*, vol. 142, p. 472-486, 2010. <https://doi.org/10.1016/j.otohns.2010.02.010>

SAMET, Jonathan M. Dear Author - Advice from a Retiring Editor. *American Journal of Epidemiology*, vol. 150, n. 5, p. 433-436, 1999. <https://doi.org/10.1093/oxfordjournals.aje.a010030>

SHAW, Jason D. Responding to reviewers. *Academy of Management Journal*, v. 55, n. 6, p. 1261-1263, 2012. <https://doi.org/10.5465/amj.2012.4006>

SILVER, Pamela. Advice for early-career peer reviewers and authors responding to peer reviews. *Freshwater Science*, v. 35, n. 4, p. 1073-1075, 2016. <https://doi.org/10.1086/688968>

VASCONCELLOS, Vinicius G. Editorial: a função do periódico científico e do editor para a produção do conhecimento no Direito e nas ciências criminais. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, p. 9-17, jan./abr. 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.34>

VASCONCELLOS, Vinicius G. Editorial: controle por pares e a função do revisor – premissas e orientações para uma avaliação consistente. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 2, p. 437-458, mai./ago. 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i2.70>

WILLIAMS, Hywel C. How to reply to referees' comments when submitting manuscripts for publication. *Journal of the American Academy of Dermatology*, v. 51, n. 1, p. 79-83, jul. 2004. <https://doi.org/10.1016/j.jaad.2004.01.049>

WINCK, J.C.; WEDZICHA, J.A.; FONSECA, J.A.; AZEVEDO, L.F. To publish or perish: how to review a manuscript. *Revista Portuguesa de Pneumologia*, vol. 17, n. 2, p. 96-103, 2011. [https://doi.org/10.1016/s2173-5115\(11\)70022-7](https://doi.org/10.1016/s2173-5115(11)70022-7)

Informações adicionais e declarações do autor (integridade científica)

Agradecimentos (acknowledgement): Agradeço ao editor e amigo Caíque Galícia pela leitura crítica que contribuiu ao aprimoramento deste editorial.

Declaração de conflito de interesses (conflict of interest declaration): o autor confirma que não há conflitos de interesse na realização das pesquisas expostas e na redação deste editorial.

Declaração de autoria (declaration of authorship): todas e somente as pessoas que atendem os requisitos de autoria deste editorial estão listadas como autores.

Declaração de ineditismo e originalidade (declaration of originality): o autor assegura que o texto aqui publicado não foi divulgado anteriormente em outro meio e que futura republicação somente se realizará com a indicação expressa da referência desta publicação original; também atesta que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

COMO CITAR ESTE EDITORIAL:

VASCONCELLOS, Vinicius G. Editorial: As rodadas de correções e a carta-resposta do autor à aprovação condicionada – sobre o controle e o aprimoramento dos artigos no processo editorial científico. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 3, p. 757-768, set./dez. 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i3.101>



Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.

Editorial: O pesquisador e a pesquisa em ciências criminais na contemporaneidade

Editorial: The researcher and the research in criminal sciences in contemporaneity

Caíque Ribeiro Galícia¹

Doutorando em Ciências Criminais na PUCRS – Porto Alegre/RS

Editor-assistente da RBDPP

caiquerg@hotmail.com

 lattes.cnpq.br/2192755380515999

 orcid.org/0000-0003-4306-5261

 publons.com/a/1193081

RESUMO: O presente editorial apresenta uma análise geral da realidade contemporânea do pesquisador e da pesquisa em ciências criminais no Brasil. Busca-se traçar o perfil do(a) pesquisador(a) como um importante componente da compreensão das escolhas de pautas de pesquisa em ciências criminais com enfoque para a superação da falsa pretensão de imparcialidade do sujeito-pesquisador. Nesse panorama, é feita uma análise da pesquisa jurídica no Brasil, destacando sua importância na compreensão mais técnica do Direito, mas também como fato de desenvolvimento social, cultural, político e econômico.

PALAVRAS-CHAVE: editorial; pesquisa jurídica; pesquisador contemporâneo; ciências criminais.

ABSTRACT: *This editorial presents a general analysis of the contemporary reality of the researcher and research in criminal sciences in Brazil. The researcher's profile is sought as an important component to understand the choices of criminal science research guidelines, with a focus on overcoming the false claim of impartiality of the subject-researcher. In this panorama, an analysis of legal research in Brazil is made, highlighting the most important role in the better*

¹ Bolsista da PDSE/CAPES – Edital nº 19/2016. Processo nº 88881.133417/2016-01

understanding of legal science, but also as a factor of social, cultural, political and economic development.

KEY-WORDS: *editorial; legal research; contemporary researcher; criminal science.*

Qualquer reflexão que pretenda abordar o pesquisador e a pesquisa científica em ciências criminais deve levar em consideração uma dupla dimensão de análise: o contexto social, político e econômico do *locus* da pesquisa e do pesquisador (*espaço*) e as condições gerais ou estado da arte do pensamento em desenvolvimento no momento (*tempo*) como dinâmicas em constante mutação². A proposta de análise desde a reflexão do espaço e do tempo do processo de produção científica, e com isso a tomada de consciência da complexidade³ ínsita a esse processo, é relevantíssima para auxiliar a compreensão do panorama contemporâneo em torno do pesquisador e da pesquisa em ciências criminais no Brasil.

Não é necessário muito esforço para identificar algumas entre tantas dificuldades no desenvolvimento da pesquisa científica no Brasil. Aliás, no caso específico do campo das ciências jurídicas, as atividades e os atores envolvidos (pesquisadores, pós-graduandos, professores, etc.) com a produção de conhecimento são, além de recentes⁴, na maioria das

² A relação espaço-tempo como condição indissociável da análise aqui pretendida segue o paradigma contemporâneo segundo o qual “[a] antiga ideia de um universo em essência imutável que pudesse ter existido e pudesse continuar a existir foi substituída para sempre pela ideia de um universo dinâmico e em expansão” (HAWKING, Stephen. *Uma breve história do tempo*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015. p. 53).

³ A ideia de um princípio de complexidade, de acordo com Edgar Morin, se traduz no esforço “por abrir e desenvolver amplamente o diálogo entre ordem, desordem e organização, para conceber, na sua especificidade, em cada um dos seus níveis, os fenômenos físicos, biológicos e humanos”, sendo que se deve “insistir fortemente na utilidade de um conhecimento que possa servir à reflexão, meditação, discussão, incorporação por todos, cada um no seu saber, na sua experiência.” (MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010. p. 30).

⁴ Segundo Balbachevsky, os atuais cursos de pós graduação no Brasil têm sua origem no “modelo das cátedras, adotado nas primeiras universidades brasileiras criadas nos anos 1930.” (BALBACHEVSKY, Elizabeth. A pós-graduação

vezes fruto de um duplo processo que varia entre o aprofundamento científico aliado com afastamento da realidade social (*puramente teórico*) ou, por outro lado, concentrado na prática dos tribunais e/ou demais instituições e, por vezes, desprovido de caráter científico (*puramente prático*)⁵.

No Direito e, mais especificamente, nas ciências criminais, esse fenômeno é bastante sintomático, e sobretudo para quem vive a rotina da pesquisa científica se mostra evidente a dificuldade de conformação entre a teoria e a prática forense brasileira. A pergunta “*e na prática, como funciona?*” é o enfrentamento cotidiano de qualquer pesquisador-professor, normalmente seguida de uma resposta variando entre otimismo e pessimismo, ambos fantasiosos e pouco úteis para o progresso do conhecimento jurídico.

Mas por que a pesquisa científica jurídica tendencialmente gera esse distanciamento da prática diária dos tribunais brasileiros? Por que é tão difícil explicar – e entender – essa dissonância muitas vezes esquizofrênica? Quais são as origens dessa diferença tão grande e agonizante?

Qualquer tentativa de procurar um argumento único de explicação se igualaria aos trabalhos hercúlanos, além de possivelmente permanecer na superficialidade diante das múltiplas manifestações do problema. Isso porque esse fenômeno se apresenta em diferentes dimensões não excludentes, mas que se complementam nas diversas explicações: desde a elitização daqueles que historicamente tiveram acesso aos centros de produção de conhecimento científico e de tomadas de decisões⁶, até questões atinentes aos aspectos políticos, financeiros e também culturais em determinando momento histórico.

O pesquisador jurídico brasileiro, de maneira geral, foi formado em um ensino básico acrítico e formatador⁷, reduzindo os potenciais

no Brasil: novos desafios para uma política bem-sucedida. In: BROCK, Colin. SCHWARTZMAN, Simon (org). *Os desafios da educação no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 2005. p. 276).

⁵ BOURDIEU, Pierre. *Poder simbólico*. Lisboa: Edições 70, 2016. p. 226.

⁶ HOLANDA, Sérgio B. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2014. p. 185-200.

⁷ Para Finkel, é necessário aprender os feitos sobre o mundo para poder circular sobre ele, sendo que apenas absorver informação específica – como normalmente é ensinado – não é adequado, aliás, a educação deveria servir para a busca por aprendizado de longa duração que altere a nossa apreciação

individuais para ser encaixado/enquadrado⁸ no padrão profissional que o mercado sempre preferiu e que é etapa necessária para cursar o ensino superior, além de refletir uma determinada estrutura vertical da sociedade⁹, verdadeiras heranças históricas¹⁰. A universidade geralmente reproduz essa mesma lógica, normalmente voltada para a utilidade e/ou eficiência prática exigida pelo mercado profissional, e em poucos casos conta com um projeto pedagógico efetivamente centrado na produção de conhecimento científico, fato mais evidente no caso das instituições privadas¹¹, que correspondem à maioria dos cursos de Direito no Brasil.

Interessante notar que, embora exista um comando constitucional (art. 207, CF/88) que expressamente trate da *indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão*, a realidade brasileira ainda está muito distante dessa “indissociabilidade”. E para evidenciar esse contraste, de acordo com a plataforma GeoCAPES, atualizada com dados de 2013, o número de pós-graduandos (considerando todas as áreas do conhecimento) totalizavam 347.035¹² matriculados e titulados, em uma população de 190.755.799¹³ brasileiros, o que significa a assustadora porcen-

do mundo, aprofundando-a, ampliando-a, generalizando-a e aprimorando-a (FINKEL, Don. *Dar classe con la boca cerrada*. Valência: Publicacions de la Universitat de Valência, 2000. p. 37).

⁸ GIACOMOLLI, Nereu. Pensar, aprender e transmitir Direito Processual Penal. *Boletim Informativo IBRASPP*, Porto Alegre, n. 07, 2014.

⁹ A crítica de Baratta é certa quando afirma que o “sistema escolar, no conjunto que vai da instrução elementar à média e à superior, reflete a estrutura vertical da sociedade e contribui para criá-la e para conservá-la, através de mecanismos de seleção, discriminação e marginalização” (BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e Crítica do Direito Penal*. Introdução à sociologia do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2014. p. 172).

¹⁰ ALFONSO-GOLDFARB, Ana Maria. FERRAZ, Márcia H. M. Raízes históricas da difícil equação institucional da ciência no Brasil. *São Paulo em Perspectiva*, vol. 16, nº 3, 2002.

¹¹ De maneira geral, a contribuição da pesquisa científica no Direito não gera retorno financeiro para instituição como as vezes ocorre na área da Saúde (produção de remédios, técnicas inovadoras, etc.) ou Exatas (novas tecnologias na cibernética, na construção civil, etc.).

¹² Disponível em: <<https://geocapes.capes.gov.br/geocapes/#>>. Acesso em 26 jul. 2017.

¹³ Disponível em: <<http://censo2010.ibge.gov.br/resultados.html>>. Acesso em 26 jul. 2017.

tagem de 0,18%. Se a análise se restringir apenas à área do Direito, esse dado corresponde 0,006%¹⁴ em relação à população brasileira.

Aquele que por um golpe de sorte – ou talvez azar – resolve se dedicar à dupla vocação científica (docência e pesquisa)¹⁵, via de regra, começará uma verdadeira via sacra para, em primeiro lugar, tentar compensar os estudos elementares que não teve acesso durante a graduação, simultaneamente à exigência cada vez maior de dedicação e produção científica que em muitos dos casos nunca foi sequer iniciado¹⁶. Inclusive, a esse respeito existem vários estudos que identificaram a existência de uma patologia relacionada ao estresse no meio acadêmico, conhecido como *burnout* acadêmico¹⁷. Não é difícil perceber que os pesquisadores e pesquisadoras também enfrentarão desafios financeiros, já que a demanda é bem maior do que a oferta de bolsas (cujos valores não são, por si só, um grande incentivo)¹⁸.

No caso das ciências jurídicas, de maneira geral, há uma dissociação bem clara – e por vezes pejorativa – entre o “profissional prático” e o “acadêmico teórico”¹⁹, “como se a teoria não iluminasse a ação, e a prática não atualizasse a teoria”²⁰. Possivelmente decorrente de uma

¹⁴ Conforme GeoCapes, o total de matriculados e titulados na área do Direito é de 11.705 pessoas (Disponível em: <<https://geocapes.capes.gov.br/geocapes/#>>. Acesso em 26 jul. 2017).

¹⁵ ARAÚJO, Nádia de. Formação do jurista pesquisador: pressupostos e requisitos, técnicas de pesquisa e ensino na pós-graduação. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 14, Rio de Janeiro, 1999. p. 25.

¹⁶ SILVA, Talita C. BARDAGI, Marúcia Patta. O aluno de pós-graduação *stricto sensu* no Brasil: revisão da literatura dos últimos 20 anos. *Revista Brasileira de Pós-Graduação*, v. 12, n. 29, 2015.

¹⁷ SOUZA, Rayssa (*et al*). A pós-graduação e a síndrome de *burnout*: estudo com alunos de mestrado em administração. *RPCA*, Rio de Janeiro, v. 4, n.3, set/dez, 2010, p. 21-22.

¹⁸ No Brasil, as bolsas de estudos para pesquisadores variam de R\$400,00 (Iniciação Científica) a R\$2.200,00 mensais (doutorado) (Disponível em: <<http://www.cnpq.br/no-pais/>>. Acesso em 03 abr. 2017).

¹⁹ ALMEIDA, Frederico de; SOUZA, André L. D.; CAMARGO, Sarah B. Direito e realidade: desafios para o ensino jurídico. In: GHIRARDI, José G. FEFERBAUM, Marina (org). *Ensino do direito em debate*: reflexões a partir do 1º Seminário Jurídico e Formação Docente. São Paulo: Direito GV, 2013.

²⁰ VENTURA, Deisy. Do direito ao método, do método ao direito. In: Daniel Torres de Cerqueira; Roberto Fragale Filho. (Org.). *O Ensino Jurídico em*

divisão fictícia entre disciplinas dogmáticas e zetéticas²¹ nos cursos de Direito, onde normalmente o estudante “prático” se aplica às primeiras e tendencialmente se afasta das últimas.

Nesse espaço de disputa ainda é acrescentada uma dificuldade particular: o Direito é uma ferramenta concreta de modificação da sociedade (desde os gestores das instituições públicas até a produção legislativa), o que invariavelmente interferirá no palco de disputa de poder político, econômico e social. Dessa forma, a divisão estabelecida lá na graduação alcança patamares mais elevados com o avanço desses atores na vida social, todavia, a antiga dicotomia permanece, às vezes inflamada em discursos acalorados e ofensivos uns contra os outros.

Há também um claro problema envolvendo o mercado de trabalho que não absorve toda a massa de bacharéis²² formados pelos cursos de Direito²³, fazendo da docência uma via alternativa ou complementar para a renda mensal do profissional. Nesse aspecto, muitas vezes os títulos acadêmicos são mais ostensivos de uma *espetacularização*²⁴ da vida acadêmica, voltados para angariar mais clientes, para a autopromoção ou como símbolo demonstrativo de “conhecimento”, do que para uma efetiva contribuição para a produção científica nas ciências jurídicas.

Debate. Campinas: Millennium, 2007. p. 257-292.

²¹ Para Tércio Sampaio, as disciplinas zetéticas (Filosofia, Ciência Política, Psicologia Forense, Criminologia, etc.) “tem sua característica principal na abertura constante para o questionamento dos objetos em todas as direções” enquanto as dogmáticas (Direito Penal, Constitucional, Processual Penal, etc.) consideram “certas premissas, em si e por si arbitrárias (isto é, resultantes de uma decisão), como vinculantes para o estudo” (FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 21-28).

²² SILVA, Talita C. BARDAGI, Marúcia Patta. O aluno de pós-graduação *stricto sensu* no Brasil: revisão da literatura dos últimos 20 anos. *Revista Brasileira de Pós-Graduação*, v. 12, n. 29, 2015.

²³ Em 2015 o Brasil já “contava com 1.280 Faculdades de Direito, com quase 800 mil advogados inscritos na entidade e cerca de 3 milhões não aprovados no Exame de Ordem” (FREITAS, Vladimir Passos. *Excesso de Faculdade de Direito implode o mercado de trabalho*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-06/segunda-leitura-excesso-faculdades-direito-implodem-mercado-trabalho>>. Acesso em 01 mai. 2017).

²⁴ DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2016. p. 16-17.

Ocorre que esses não são os únicos desafios do desenvolvimento do pesquisador: há ainda clara diferenciação e disparidade relacionadas com questões raciais e de gênero²⁵. A esse respeito, conforme apontado pelo Plano Nacional de Pós-Graduação (PNPG)²⁶, houve de maneira geral um crescimento de cursos de pós-graduação no Brasil, e embora o referido Plano não indique a variação por sexo e/ou cor, segundo os dados da pesquisa realizada por Rosemberg e Madsen, no intervalo que compreende entre os anos de 2003 e 2009, essa é a distribuição por cor e sexo:

TABELA 15. DISTRIBUIÇÃO DE ESTUDANTES DE MESTRADO E DOUTORADO POR SEXO E COR/RAÇA, BRASIL 2003 E 2009

	2003 (%)		2009 (%)		Varição (%)
Total	310.593	100,0	330.351	100,0	6,4
Homens brancos	106.736	34,4	103.235	31,3	-3,4
Mulheres brancas	141.543	45,6	148.958	45,1	5,2
Homens negros	23.659	7,6	30.977	9,4	30,9
Mulheres negras	33.564	10,8	41.360	12,5	23,2
outros	5.091	1,6	5.821	3,5	14,3

Fonte: Tabulações especiais de microdados das PNADs 2003 e 2009.²⁷

²⁵ A análise da variação entre o Censo 2000 e 2010 tendo como critério o ensino superior completo e comparando os dados de cor e gênero evidencia que o número de mulheres nele inseridas se manteve superior ao dos homens, enquanto que a população negra, mesmo tendo um aumento significativo na comparação ainda representa uma parcela muito pequena, contrastando com o seu aumento no total geral da população (Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/apps/snig/v1/?loc=0&cat=1,2,3,4,48,128&ind=4698>>. Acesso em 03 abr. 2017).

²⁶ De acordo com a informação disponível no site da CAPES, o Plano Nacional da Pós-Graduação 2011-2020 (PNPG) “tem como objetivo definir novas diretrizes, estratégias e metas para dar continuidade e avançar nas propostas para política de pós-graduação e pesquisa no Brasil. Paralelamente a este Plano, está sendo elaborado o novo Plano Nacional de Educação (PNE). De fato, pela primeira vez, um plano nacional de educação contemplará as metas da pós-graduação, isso porque o PNPG será parte integrante do PNE. (Disponível em: <<http://www.capes.gov.br/plano-nacional-de-pos-graduacao>>. Acesso em: 15 abr. 2017).

²⁷ ROSEMBERG, Fúlvia; MADSEN, Nina. Educação formal, mulheres e gênero no Brasil contemporâneo. In: BARSTED, Leila L; PITANGUY, Jacqueline. *O Progresso das Mulheres no Brasil 2003–2010*. Brasília: ONU Mulheres, 2011. p. 425.

Os dados apresentados mostram apenas parcela da realidade, até porque não há nada que indique essa proporção especificamente em cursos de pós-graduação em Direito ou nas ciências criminais. Contudo, nota-se que apesar dos dados apontarem que a presença de mulheres nos cursos de pós-graduação – de maneira geral – seja maior, evidentemente isso não está representado no número de profissionais reconhecidos publicamente (lugar de fala, participação em congressos, publicação de livros, etc.)²⁸. Não se trata – como os números revelam – de uma desproporção na quantidade de pesquisadores e pesquisadoras, mas nos atores que dominam o campo e estão em evidência no cenário nacional²⁹.

Tal fato apenas reforça a ideia de que o panorama jurídico-científico brasileiro – embora se reconheça um movimento recente para mudança dessa realidade – ainda é dominado por uma classe e um gênero bastante específicos, o que obviamente influenciará também nas pautas de pesquisa em desenvolvimento no país. A mesma análise pode ser feita em relação aos homens e mulheres negros, com a agravante de que nesses casos o próprio acesso à pós-graduação, conforme apontado pela pesquisa, é menor, escancarando a desigualdade racial existente nos cursos de pós-graduação no Brasil e o claro predomínio de um perfil bastante específico de pesquisador³⁰.

Mas qual a relevância da constatação do perfil do(a) pesquisador(a) nas ciências criminais? Ora, a produção de conhecimento científico, principalmente fruto de uma determinada classe e/ou gênero e/ou cor influenciará direta ou indiretamente nos problemas e objetos de pesquisa a serem desenvolvidos cientificamente. Afinal, o paradigma contemporâneo das ciências já demonstrou a verdadeira dimensão da

²⁸ Infelizmente, a pesquisadora nas ciências criminais ainda não tem a mesma notoriedade que os pesquisadores do sexo masculino. Facilmente observável na quantidade de obras jurídicas que são divulgadas e utilizadas nos cursos de graduação e pós-graduação no Brasil.

²⁹ VASSAL, Mylène G. P. Aproximação conceitual: Gênero, Direito, Violência contra as mulheres e Direitos Humanos. In: *Curso Capacitação em Gênero: acesso à justiça e violência contra as mulheres*. Rio de Janeiro: EMERJ, 2013. p. 104-109.

³⁰ SILVA, Marcos A. B. Políticas e práticas contemporâneas sobre relações raciais e a pós-graduação. *Revista Brasileira de Pós-Graduação*, v. 13, n. 30, 2016.

relação *sujeito-objeto* de pesquisa, quebrando com a falsa imparcialidade do pesquisador diante do objeto pesquisado³¹, pois, é óbvio, o(a) pesquisador(a) é um ser-no-mundo.

No caso específico das pesquisas em Ciências Criminais (como gênero das espécies Direito Penal, Direito Processual Penal e Criminologia), uma análise que considera o sujeito-pesquisador toma uma dimensão bastante representativa, pois normalmente são atores que estão concretamente envolvidos com o sistema de justiça criminal (Ministério Público, Judiciário, Advocacia, etc.) ou com políticas públicas de segurança (Polícias, Sistema Penitenciário, etc). Mas também representam entidades públicas e privadas com enorme reflexo no cotidiano da sociedade, seja na formação de massa crítica e de pesquisas no âmbito das universidades (e cursos de pós-graduação), seja como dirigentes ou membros de presídios, ONGs, partidos políticos, comitês de assessoramento, etc³².

A relevância dessas constatações se dá, principalmente, porque no campo jurídico se opera um fenômeno não experimentado na maioria das outras ciências e que diz respeito à própria essência, ou natureza científica, do Direito *versus* a sua técnica³³. Nesse ponto, Bourdieu afirma que o “campo jurídico é o lugar de concorrência pelo monopólio do direito de dizer o direito, quer dizer, a boa distribuição (*nomos*) ou a boa ordem, na qual se defrontam agentes investidos de competência ao mesmo tempo social e técnica que consiste essencialmente na capacidade reconhecida de interpretar (de maneira mais ou menos livre ou autorizada) um *corpus* de textos que consagram a visão legítima, justa, do mundo social”³⁴.

³¹ SOUSA SANTOS, Boaventura. *Um discurso sobre as ciências*. São Paulo: Cortez, 2010. p. 71.

³² BEATO, Cláudio. Criminologia e Segurança Pública. A Pós-Graduação em Criminologia e Segurança Pública no Brasil 2011-2020. In: Fundação Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior. *Plano Nacional de Pós-Graduação – PNPG 2011-2020*. Vol. 2. Brasília: CAPES, 2010. p. 117.

³³ A esse respeito, sugere-se a leitura: WARAT, Luís Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. *Revista Sequência*. Florianópolis, n. 3, volume 5, p. 48-57, 1982.

³⁴ BOURDIEU, Pierre. *Poder simbólico*. Lisboa: Edições 70, 2016. p. 220-221.

Na realidade histórica brasileira, a construção do pensamento jurídico sempre esteve atrelada às tradições lusitanas, uma espécie de legalidade imposta, sem reconhecer adequadamente as práticas já existentes no território colonizado. A análise dessa relação MetrÓpole-Colônia se faz também importante para expor a raiz da dissonância histórica entre a prática e a teoria dos operadores jurídicos no Brasil³⁵.

Decorre daí, mas somente após a instalação das primeiras faculdades de Direito no Brasil é que floresce, a divisão entre o “jurista” e o “bacharel”. Normalmente voltado para posturas teóricas, abstrações filosóficas e científicas, via de regra afastado da política militante, o primeiro se dedicava a pensar e criar o Direito a partir da dinâmica social³⁶ (progressista ou reacionária). Já o “bacharel *strictu sensu*”, desenvolvia sua atividade prática voltada para a mecânica exegética com grande apego às formulas clássicas, à imutabilidade das estruturas e padrões prefixados, além da identificação com valores conservadores³⁷ e do fetichismo com a lei³⁸.

Não muito diferente é a realidade contemporânea, cujos discursos de “juristas” e de “bacharéis” parecem cada vez mais distantes um do outro e, para completar, muitas vezes ambos afastados da realidade social. Um dos reflexos relevantes dessa dissonância pode ser caracterizado como *apropriação institucional de conceitos*, resultado de “tipo de leitura, dos conceitos, construída no interior de marcos institucionais específicos (escolas de direito, tribunais, órgãos legislativos) onde se produzem versões das teorias ajustadas às crenças e, representações e interesses legitimados pelas instituições”³⁹.

³⁵ WOLKMER, Antonio C. *História do Direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 47.

³⁶ Atualmente, a atenção do jurista à dinâmica social, especialmente tratando-se das ciências criminais é condição elementar para o pesquisador, como bem apontado por Alessandro Baratta em *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*.

³⁷ WOLKMER, Antonio C. *História do Direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 83.

³⁸ DUCE, Mauricio. REGO, Cristián. *Proceso Penal*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007. p. 14.

³⁹ WARAT, Luís Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. *Revista Sequência*. Florianópolis, n. 3, volume 5, p. 48-57, 1982. p. 55.

E, embora seja majoritariamente aceito no meio jurídico, e também pela população em geral, que um possível caminho para o progresso social, político e econômico se dê por meio da educação⁴⁰, a pesquisa jurídica ainda é tida como de menor importância (até por as vezes não ter “aplicação prática”), o que vai contra a concepção geral e as diretrizes da UNESCO⁴¹ além da própria Constituição Federal de 1988. Nesse ponto, a pesquisa científica – no nosso caso, jurídica – é uma das bases para uma educação sólida, crítica e produtiva, além de pré-condição para uma educação de qualidade⁴².

Ora, no país que ainda precisa enfrentar desigualdades sociais crônicas e outras demandas como o analfabetismo, a fome, o desempre-

⁴⁰ Desde o relatório de Faure (1972) elaborado e divulgado com auxílio da UNESCO, já havia uma preocupação de que “a educação não se define mais em relação a um conteúdo determinado que se trata de assimilar, mas concebe-se, na verdade, como *um processo de ser que, através da diversidade de suas experiências, aprende a exprimir-se, a comunicar, a interrogar o mundo e a tornar-se sempre mais ele próprio*”, e nessa sintonia, o relatório Delour (1996), resultado Comissão Internacional sobre Educação para o século XXI (UNESCO), acrescenta que um “dos principais papéis reservados à educação consiste, antes de mais nada, em *dotar a humanidade da capacidade de dominar o seu próprio desenvolvimento*. Ela deve, de fato, fazer com que cada um tome o seu destino nas mãos e contribua para o progresso da sociedade em que vive, baseando o desenvolvimento na participação responsável dos indivíduos e as comunidades” (WERTHEIN, Jorge. CUNHA, Célio da. *Fundamentos da Nova Educação*. Brasília: UNESCO, 2000. p. 14 e 21) (grifos do autor).

⁴¹ Para elucidar algumas das propostas da UNESCO, o resultado da *Declaração Mundial sobre Educação Superior no Século XXI* (Conferência de Paris, 1998), indica, entre outras coisas: (i) educar, formar e realizar pesquisas com estrita observância de garantir alta qualidade. Deverá oferecer uma ampla gama de ofertas e opções e assegurar a educação permanente, como também difundir conhecimentos e contribuir para a preservação e difusão das culturas nacionais, regionais, internacionais e históricas, num contexto de pluralismo, diversidade cultural, consolidação dos direitos humanos e desenvolvimento de uma cultura de paz; (ii) Promover o avanço do conhecimento por meio da pesquisa, que constitui uma função essencial de todos os sistemas de educação superior; (iii) A inovação, a interdisciplinaridade e a transdisciplinaridade devem ser fomentadas e reforçadas pela política de incentivo à pesquisa. (WERTHEIN, Jorge. CUNHA, Célio da. *Fundamentos da Nova Educação*. Brasília: UNESCO, 2000. p. 41-43).

⁴² WERTHEIN, Jorge. CUNHA, Célio da. *Fundamentos da Nova Educação*. Brasília: UNESCO, 2000. p. 34.

go, o abastecimento sanitário, por que investir em pesquisa e pesquisadores(as) – ainda mais jurídica?

Como bem elucidado pelo Fórum de Reflexão Universitária, na década de 1960 um professor universitário, durante alguma reunião de docentes, deveria responder ao questionamento: “Você faz pesquisa?” Nos anos de 1970, a pergunta mudou seu enfoque para “Você tem publicado *papers*?” Já a realidade do século XXI, marcada por intensas e rápidas transformações no mundo (globalização, sociedade do risco, controle, internet, velocidade, etc.) apresenta para o mesmo professor outras perguntas: Quantos trabalhos você publicou este ano? Qual o fator de impacto das revistas nas quais você publica? E mais recentemente, “Objetivamente sua pesquisa serve para quê?”⁴³

Hoje se vivencia um crescimento exponencial de cursos de pós-graduação *lato e stricto sensu*, além de encontros científicos (CONPEDI⁴⁴), criação de revistas científicas, como a Revista Brasileira de Direito Processual Penal - RBDPP, especializadas em determinadas áreas, com corpo de avaliadores, corpo editorial e comitês científicos compostos por pesquisadores(as) qualificados(as). Discute-se ciência jurídica nas redes sociais, nos grupos de pesquisas, etc.

Mas nem sempre foi assim. De fato, o começo do desenvolvimento do ensino superior no Brasil está diretamente relacionado com a vinda da família real em 1808, mas essa formação era constituída por um caráter eminentemente profissionalizante, prático e emergencial⁴⁵. Pode-se afirmar que é principalmente no final do século XIX que começam a estruturar alguns centros de ensino e pesquisa no Brasil,

⁴³ VERCOSI, Aníbal *et al.* Os desafios da pesquisa no Brasil. Uma contribuição de docentes da Unicamp para o debate. *Caderno Temático*, Campinas, nº 12, ano I, 2002. p. 3.

⁴⁴ O Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), criado em 1989, é uma instituição que fomenta a pesquisa jurídica no Brasil, principalmente com a realização de eventos científicos, e atualmente tem a proposta de internacionalizar a pesquisa e o desenvolvimento da pós-graduação do Brasil no exterior. (Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/quemsomos/>>. Acesso em 15 abr. 2017).

⁴⁵ ALFONSO-GOLDFARB, Ana Maria. FERRAZ, Márcia H. M. Raízes históricas da difícil equação institucional da ciência no Brasil. *São Paulo em Perspectiva*, vol. 16, nº 3, 2002. p. 6.

atraindo investimentos específicos e importação de profissionais da educação para esse processo⁴⁶.

Todavia, o desenvolvimento científico implica não apenas no ensino e pesquisa, mas também em processos de divulgação e aplicação do conhecimento adquirido⁴⁷, proporcionando à Ciência “maior autonomia, relevância, liderança local e, sobretudo, com implicações consequentes(sic) para o desenvolvimento científico, tecnológico, social e cultural”⁴⁸. Verdadeiramente, a pesquisa científica e seu desenvolvimento estão relacionados não apenas com incentivo financeiro – embora seja um fator primordial – mas está atrelada a uma visão de mundo segundo a qual a pesquisa científica é um fator de desenvolvimento social, político, econômico, cultural, sanitário e tantos outros e deve constar na agenda dos dirigentes do país.

A esse respeito, a chegada do século XXI foi acompanhada por uma considerável reforma no tratamento da pesquisa no Brasil, resultado de políticas públicas direcionadas para seu fomento seguidas por estruturação institucional de órgãos públicos para a gestão⁴⁹ e aplicação desses recursos⁵⁰. Segundo estatísticas de 2015, o Brasil conta com 91 programas de pós-graduação⁵¹ *stricto sensu* na área de avaliação “Direito”, todavia, esse dado por si só não exprime a totalidade das pes-

⁴⁶ PEREZ, José Fernando. Pesquisa: construção de novos paradigmas. *São Paulo em Perspectiva*, vol. 16, nº 4, 2002. p. 30.

⁴⁷ ALFONSO-GOLDFARB, Ana Maria. FERRAZ, Márcia H. M. Raízes históricas da difícil equação institucional da ciência no Brasil. *São Paulo em Perspectiva*, vol. 16, nº 3, 2002. p. 4.

⁴⁸ VERCOSI, Aníbal *et al.* Os desafios da pesquisa no Brasil. Uma contribuição de docentes da Unicamp para o debate. *Caderno Temático*, Campinas, nº 12, ano I, 2002. p. 4.

⁴⁹ O Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) foi criado em 1951, e está voltado para a “formulação e condução das políticas de ciência, tecnologia e inovação”, cuja missão institucional está orientada para “fomentar a Ciência, Tecnologia e Inovação e atuar na formulação de suas políticas, contribuindo para o avanço das fronteiras do conhecimento, o desenvolvimento sustentável e a soberania nacional”. (Disponível em: <http://cnpq.br/apresentacao_institucional/>. Acesso em 15 abr. 2017).

⁵⁰ GUIMARÃES, Reinaldo. Pesquisa no Brasil: reforma tardia. *São Paulo em Perspectiva*, vol. 16, nº 4, 2002. p. 41.

⁵¹ Disponível em: <<http://geocapes.capes.gov.br/geocapes2/>>. Acesso em 15 abr. 2017.

quisas jurídicas, já que é da sua própria essência a adequação a programas que podem estar relacionados com a área de História, Filosofia, Ciências Sociais, Economia, etc.

Um outro ponto a ser considerado ao se analisar a pesquisa jurídica no Brasil diz respeito ao próprio objeto e a considerável diferença com as demais áreas do conhecimento. Notoriamente existe certa discrepância no desenvolvimento da pesquisa jurídica e as demais áreas (biológicas ou exatas, por exemplo), que pode ter influência de fatores histórico-culturais, mas paulatinamente vem sendo construída uma nova realidade, principalmente em razão da ampliação no acesso a programas de pós-graduação, assim como a internacionalização dos(as) pesquisadores(as), seguida pela valorização financeira e pelo *status* social do(a) pesquisador(a) em ciências jurídicas.

De maneira geral, e apenas para evidenciar a atual configuração da pesquisa em ciências criminais no Brasil, em consulta na base de dados do Diretório de Grupos de Pesquisa no Brasil, a busca pelo termo “ciências criminais” conta com 19 registros, o termo “direito processual penal” aponta 15 registros, o termo “direito penal” apresenta consideráveis 123 registros e 65 para o termo “criminologia”⁵², totalizando 242 grupos de pesquisa abordando esses temas. Em relação à possibilidade de publicação da produção científica no Brasil, no banco de dados disponível pelo Portal Periódicos CAPES, na subárea do conhecimento *Direito*, existem 126⁵³ registros de revistas científicas (nacionais e internacionais) reconhecidas e qualificadas (QUALIS), representando o 3º lugar em número de revistas em comparação com as demais áreas⁵⁴.

⁵² Disponível em: <http://dgp.cnpq.br/dgp/faces/consulta/consulta_parametrizada.jsf>. Acesso em 15 abr. 2017.

⁵³ Disponível em: <http://www.periodicos.capes.gov.br/index.php?option=com_pmetabusc&mn=70&smn=78&sfx=buscaRapida&type=p&Itemid=120>. Acesso em 27 jul. 2017.

⁵⁴ Existem 752 registros de periódicos no banco de dados, divididos da seguinte forma: (i) Administração de empresas, administração pública e contabilidade: 211; (ii) Economia: 167; (iii) Direito: 126; (iv) Ciências Sociais Aplicadas (geral): 89; e (v) Ciência da informação: 86 (Disponível em: <http://www.periodicos.capes.gov.br/index.php?option=com_pmetabusc&mn=70&smn=78&sfx=buscaRapida&type=p&Itemid=120>. Acesso 27 jul. 2017).

Embora apenas o número de grupos de pesquisa e de revistas científicas não evidencie por si só a qualidade da produção científica jurídica no Brasil, esse dado revela, para dizer o mínimo, uma preocupação e dedicação às discussões científicas relacionadas com essa área, sendo que a produção científica acaba sendo consequência dos avanços dessas pesquisas.

Conforme já exposto, o incremento da pesquisa científica, mais especificamente a pesquisa em ciências criminais, deve ser acompanhado de mecanismos para divulgação e publicação dos resultados obtidos em um mundo em constante mutação e marcado pela velocidade. Para os que entendem estarmos diante da hipermodernidade⁵⁵, concretamente vivenciamos o deslocamento do centro gravitacional da temporalidade do futuro para o presente⁵⁶, o que gera reflexos diretos na ânsia por mais informação (de qualidade), inovação na forma de divulgação e discussão dos temas relacionados com as ciências criminais.

E é exatamente nesse ponto que a *RBDPP* se insere, buscando “fomentar a produção e divulgação de conhecimento científico relacionado ao direito processual penal, a Revista Brasileira de Direito Processual Penal tem como objetivo a publicação de textos científicos sobre temas que envolvem o direito processual penal, desde uma perspectiva interdisciplinar, abrindo espaço para o diálogo com outras áreas do direito e os variados campos do conhecimento ligados às ciências criminais, como a psicanálise, a filosofia, a sociologia, antropologia, etc”⁵⁷.

Sem perder de vista as dificuldades inerentes à atividade científica, a realidade contemporânea se mostra favorável para a dedicação à pesquisa, talvez ainda carente de um alinhamento (também reconhecimento) por parte da sociedade e demais operadores do Direito, da

⁵⁵ Segundo Lipovetsky, vive-se uma época diferente da ruptura moderna, marcada principalmente pelo presenteísmo cuja marca é a “cultura do mais rápido e do sempre mais: mais rentabilidade, mais desempenho, mais flexibilidade, mais inovação” (LIPOVETSKY, Guiles. *Os tempos hipermodernos*. São Paulo: Editora Barcarolla, 2004. p. 57).

⁵⁶ LIPOVETSKY, Guiles. *Os tempos hipermodernos*. São Paulo: Editora Barcarolla, 2004. p. 59.

⁵⁷ Disponível em <<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies#focusAndScope>>. Acesso em 15 abr. 2017.

importância de se buscar – longe do idealismo utópico – a conformação da teoria e práticas jurídicas⁵⁸. A prática jurídica isolada da teoria corre o risco de se tornar mero instrumento a serviço de interesses políticos ou econômicos⁵⁹ e, por sua vez, a teoria sem aderência prática pode permanecer na torre de marfim e pouco poderá auxiliar na compreensão do mundo em sociedade⁶⁰.

Aí está assentado o importante papel de Revistas Científicas especializadas em determinados campos para promover o debate científico da dinâmica das ciências criminais buscando iluminar os inúmeros pontos cegos ainda presentes na contemporaneidade. Afinal, como bem colocada a reflexão feita por Gomes Canotilho no prefácio da obra *O ponto cego do Direito*, de Rui Cunha Martins, “o ponto cego é privilégio de quem vê”⁶¹.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALFONSO-GOLDFARB, Ana Maria. FERRAZ, Márcia H. M. Raízes históricas da difícil equação institucional da ciência no Brasil. *São Paulo em Perspectiva*, vol. 16, nº 3, 2002.

ALMEIDA, Frederico de; SOUZA, André L. D.; CAMARGO, Sarah B.. Direito e realidade: desafios para o ensino jurídico. In: GHIRARDI, José G. FEFERBAUM, Marina (org). *Ensino do direito em debate: reflexões a partir do 1º Seminário Jurídico e Formação Docente*. São Paulo: Direito GV, 2013.

⁵⁸ FILHO, Roberto F. VERONESE, Alexandre. A pesquisa em Direito: diagnóstico e perspectivas. *Revista Brasileira de Pós-Graduação*, v. 1, n. 2, nov. 2004.

⁵⁹ A esse respeito, Warat sugere dois caminhos para melhor compreender o poder das significações no Direito a partir de análise epistemológicas: “a) através de uma reflexão sobre a relação do sistema de conotação com a prática jurídica e, b) através de uma leitura preocupada com a explicitação das funções sociais do saber jurídico”. Ademais, propõe-se a substituição do *princípio do egocentrismo textual* pelo *princípio da heteronímia significativa* (WARAT, Luís Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. *Revista Sequência*. Florianópolis, n. 3, volume 5, p. 48-57, 1982. p. 56.)

⁶⁰ Para Zaffaroni, “se alguém pretende fazer uma criminologia teórica pura, sem consequências práticas – sem aplicação –, é melhor que fechem-se a porta e deixemos sozinho em seu escritório” (tradução do autor). (ZAFFARONI, Eugenio R. *La cuestión criminal*. Buenos Aires: Planeta, 2012. p. 202).

⁶¹ CANOTILHO, José G. Prefácio. In: MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do Direito*. The Brazilian Lessons. São Paulo: Atlas, 2013. p. XII.

ARAÚJO, Nádia de. Formação do jurista pesquisador: pressupostos e requisitos, técnicas de pesquisa e ensino na pós-graduação. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 14, Rio de Janeiro, 1999.

BALBACHEVSKY, Elizabeth. A pós-graduação no Brasil: novos desafios para uma política bem-sucedida. In: BROCK, Colin. SCHWARTZMAN, Simon (org). *Os desafios da educação no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 2005.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e Crítica do Direito Penal*. Introdução à sociologia do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

BEATO, Cláudio. Criminologia e Segurança Pública. A Pós-Graduação em Criminologia e Segurança Pública no Brasil 2011-2020. In: Fundação Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior. *Plano Nacional de Pós-Graduação – PNPg 2011-2020*, vol. 2. Brasília: CAPES, 2010.

BOURDIEU, Pierre. *Poder simbólico*. Lisboa: Edições 70, 2016.

CANOTILHO, José G. Prefácio. In: MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do Direito*. The Brazilian Lessons. São Paulo: Atlas, 2013.

DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2016.

DUCE, Mauricio. REGO, Cristián. *Proceso Penal*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito*. São Paulo: Atlas, 2008.

FILHO, Roberto F. VERONESE, Alexandre. A pesquisa em Direito: diagnóstico e perspectivas. *Revista Brasileira de Pós-Graduação*, v. 1, n. 2, nov. 2004.

FINKEL, Don. *Dar classe con la boca cerrada*. Valência: Publicacions de la Universitat de Valência, 2000.

FREITAS, Vladimir Passos. *Excesso de Faculdade de Direito implode o mercado de trabalho*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-06/segunda-leitura-excesso-faculdades-direito-implodem-mercado-trabalho>>. Acesso em: 01 mai. 2017.

GIACOMOLLI, Nereu. Pensar, aprender e transmitir Direito Processual Penal. *Boletim Informativo IBRASPP*, Porto Alegre, n. 07, 2014

GUIMARÃES, Reinaldo. Pesquisa no Brasil: reforma tardia. *São Paulo em Perspectiva*, vol. 16, nº 4, 2002.

HAWKING, Stephen. *Uma breve história do tempo*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015.

HOLANDA, Sérgio B. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

LIPOVETSKY, Guiles. *Os tempos hipermodernos*. São Paulo: Editora Barcarolla, 2004.

MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

PEREZ, José Fernando. Pesquisa: construção de novos paradigmas. *São Paulo em Perspectiva*, vol. 16, nº 4, 2002.

ROSEMBERG, Fúlvia; MADSEN, Nina. Educação formal, mulheres e gênero no Brasil contemporâneo. In: BARSTED, Leila L; PITANGUY, Jacqueline. *O Progresso das Mulheres no Brasil 2003–2010*. Brasília: ONU Mulheres, 2011.

SILVA, Marcos A. B. Políticas e práticas contemporâneas sobre relações raciais e a pós-graduação. *Revista Brasileira de Pós-Graduação*, v. 13, n. 30, 2016.

SILVA, Talita C. BARDAGI, Marúcia Patta. O aluno de pós-graduação *stricto sensu* no Brasil: revisão da literatura dos últimos 20 anos. *Revista Brasileira de Pós-Graduação*, v. 12, n. 29, 2015.

SOUSA SANTOS, Boaventura. *Um discurso sobre as ciências*. São Paulo: Cortez, 2010.

SOUZA, Rayssa (*et al*). A pós-graduação e a síndrome de *burnout*: estudo com alunos de mestrado em administração. *RPCA*, Rio de Janeiro, v. 4, n.3, set/dez, 2010.

VASSAL, Mylène G. P. Aproximação conceitual: Gênero, Direito, Violência contra as mulheres e Direitos Humanos. In: *Curso Capacitação em Gênero: acesso à justiça e violência contra as mulheres*. Rio de Janeiro: EMERJ, 2013.

VENTURA, Deisy. Do direito ao método, do método ao direito. In: Daniel Torres de Cerqueira; Roberto Fragale Filho. (Org.). *O Ensino Jurídico em Debate*. Campinas: Millennium, 2007. p. 257-292.

VERCOSI, Aníbal *et al*. Os desafios da pesquisa no Brasil. Uma contribuição de docentes da Unicamp para o debate. *Caderno Temático*, Campinas, nº 12, ano I, 2002.

WARAT, Luís Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. *Revista Sequência*. Florianópolis, n. 3, volume 5, p. 48-57, 1982.

WERTHEIN, Jorge. CUNHA, Célio da. *Fundamentos da Nova Educação*. Brasília: UNESCO, 2000.

WOLKMER, Antonio C. *História do Direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio R. *La cuestión criminal*. Buenos Aires: Planeta, 2012.

Informações adicionais e declarações do autor (integridade científica)

Declaração de conflito de interesses (conflict of interest declaration): o autor confirma que não há conflitos de interesse na realização das pesquisas expostas e na redação deste editorial.

Declaração de autoria (declaration of authorship): todas e somente as pessoas que atendem os requisitos de autoria deste editorial estão listadas como autores.

Declaração de ineditismo e originalidade (declaration of originality): o autor assegura que o texto aqui publicado não foi divulgado anteriormente em outro meio e que futura republicação somente se realizará com a indicação expressa da referência desta publicação original; também atesta-se que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

COMO CITAR ESTE EDITORIAL:

GALÍCIA, Caíque R. Editorial: O pesquisador e a pesquisa em ciências criminais na contemporaneidade. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 3, p. 769-787, set./dez. 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i3.100>



Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.

Editorial: A avaliação do *Impact Factor* na publicação científica de Direito Processual Penal

Editorial: The evaluation of Impact Factor in the scientific publication of criminal procedure

Bruna Capparelli

Doutoranda em Processo penal na *Alma Mater Studiorum* – Università di Bologna (Itália),
em cotutela com a PUCRS.
Editora-assistente da RBDPP
bruna.capparelli2@unibo.it
 orcid.org/0000-0003-1249-2658

Nereu José Giacomolli

Doutor pela Universidad Complutense de Madrid
Editor-chefe da RBDPP
Professor do PPGCCRIM da PUCRS – Porto Alegre/RS
nereu@giacomolli.com
 lattes.cnpq.br/5969235847033808
 orcid.org/0000-0003-1753-0334

RESUMO: Geralmente e cada vez com maior frequência, os governos decidem implantar medidas políticas destinadas à promoção e premiação da excelência na pesquisa científica. Essa é a finalidade dos exercícios nacionais de avaliação da pesquisa, tipicamente baseados na análise da qualidade dos melhores resultados das investigações. Todavia, uma abordagem diferente à análise e à intervenção funda-se na medida da produtividade de cada pesquisador, isto é, no impacto global de suas publicações científicas em determinado período examinado. O presente editorial analisa, em primeiro lugar, a convergência das duas abordagens; em segundo lugar, questiona se e em qual medida os pesquisadores mais produtivos obtêm sempre o maior número de citações; em terceiro lugar, qual é a função da editoria científica em relação ao fator de impacto.

PALAVRAS-CHAVE: editorial; editoração científica; fator de impacto; critérios avaliativos; direito processual penal.

ABSTRACT: *Generally and increasingly, governments decide to implement policy measures aimed at promoting and rewarding excellence in scientific research. This is the purpose of national research evaluation exercises, typically based on the analysis of the quality of the best research results. However, a different approach to the analysis and the intervention is based on the measure of the productivity of each researcher, the overall impact of their scientific publications over a given period. The present editorial analyzes, firstly, the convergence of the two approaches; secondly, it questions whether and to what extent the most productive researchers always obtain the greatest number of citations; thirdly, what is the role of scientific publishing in relation to the impact factor.*

KEYWORDS: *editorial; scientific editing; impact factor; evaluation guidelines; criminal procedure.*

A avaliação da pesquisa científica representa um instrumento extremamente importante de política pública, que, por definição, há de ser entendida como conjunto de ações colocadas em prática por atores públicos com escopo de enfrentar um problema de interesse e relevância coletiva. Essa é somente uma das funções primárias ao desenvolvimento do conhecimento, que, como já se teve oportunidade de introduzir em outra sede¹, articula-se em uma atividade, tanto na perspectiva qualitativa, quanto quantitativa. Na primeira perspectiva, as atividades se realizam através de índices estatísticos utilizando os arquivos bibliométricos e citações existentes em nível mundial. Por outro lado, a segunda refere-se à atividade de avaliação de um projeto ou de um produto da pesquisa, realizada por espertos da comunidade científica (*peer review*).

Em tema de avaliação, ademais, um dos pontos mais debatidos pela comunidade científica é representado pela escolha e pela definição de critérios à avaliação da pesquisa. Um auxílio na contextualização

¹ Sobre isso, ver: CAPPARELLI, Bruna. Editorial: Sobre a exigência de um método de escrita de artigos científicos e de estudo do Direito Processual Penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, p. 19 s., jan./abr. 2017.

é oferecido por Ben Martin e John Irvine² (dois dos mais ativos pesquisadores em âmbito europeu sobre *research policies*) que, em 1983 previam duas tipologias de mérito científico: a) a qualidade, entendida como originalidade da contribuição do conhecimento oferecido³, e b) o impacto potencial que o produto científico teria na comunidade de referência, assim como a influência concreta exercida pelo resultado do trabalho do pesquisador nas atividades inerentes ao próprio setor disciplinar. Todavia, como é notório, dito impacto potencial não é facilmente avaliável se não a longo prazo, tanto pelos limites conexos às dificuldades de comunicar eficazmente a ciência, quanto pela problemática dos pesquisadores em reconhecer temporalmente o valor científico trazido por um determinado autor. Ademais, o impacto real se explicita principalmente na forma da citação, e pode ser calculado pelo número de citações recebidas por um produto da pesquisa no breve período⁴.

Esses critérios estão na base do tema e do debate sobre avaliação que, nos últimos anos, está fomentando a comunidade científica. A avaliação da pesquisa na área das ciências jurídicas na qual se inserem as ciências criminais é, de fato, um tema particularmente delicado. A heterogeneidade das pesquisas e dos produtos científicos, a especialidade dos canais de comunicação, a ausência de dados objetivos à avaliação em razão da pouca cobertura de bancos de dados citacionais representam alguns dos fatores que estão fomentando a ampla discussão.

Este editorial, com a declarada intenção de evidenciar algumas inegáveis especificidades das ciências jurídicas e, em particular, do Direito Processual Penal, reflete sobre a inaplicabilidade nesta área dos principais critérios de avaliação adotados no mundo das ciências exatas, partindo dos índices mais frequentemente utilizados para julgar a pers-

² MARTIN, Ben; IRVINE, John. Assessing basic research. Some partial indicators of scientific progress in radio astronomy, *Research Policy*, vol. 12, n. 2, 1983, p. 61-90.

³ Sobre isso, ver: <<http://www.ref.ac.uk>>.

⁴ MOED, Henk *et al.* The Use of Bibliometric Data for the Measurement of University Research Performance, *Research Policy*, vol. 14, 1985, p. 131-149; MOED, Henk *et al.* The application of bibliometric indicators: important field and time dependent factors to be considered, *Scientometrics*, vol. 8, n. 3, 1985, p. 177-203.

pectiva de uma contribuição: número das citações, relevância interna ou internacional do texto.

Nesse contexto, as ciências criminais representam um caso de estudo específico porque desde sempre adota práticas avaliativas baseadas em instrumentos de caráter quantitativo, típicos das ciências exatas. De fato, sobre influência dessas últimas, os pesquisadores da área criminal são agora instados, e, às vezes obrigados, a seguir o modelo avaliativo do setor das ciências duras. Portanto, o problema de estabelecer indicadores objetivos de qualidade de uma publicação de Direito Processual Penal e de “traduzir em cifras” o seu valor, é desafiador e, ao mesmo tempo, uma perspectiva a ser construída.

Nesta delimitação espacial e prospectiva, indica-se algumas especificidades do Direito Processual Penal, que o torna um ramo da ciência de particular interesse para ser estudado e analisado não somente em sua complexidade, mas também pela forte heterogeneidade:

a) o Direito Processual Penal não é monolítico. Mesmo através de seus singulares setores existem profundas diferenças;

b) há um evidente e forte vínculo com a práxis. Muitas revistas científicas hospedam contribuições de práticos do direito (juizes, advogados não pesquisadores vinculados a Universidades, Faculdades, Escolas de Direito ou Institutos de Pesquisa) ou artigos dedicados a questões operativas, que provavelmente em um diferente ramo científico receberiam uma destinação diversa;

c) pluralidade dos “gêneros literários” e seus pesos específicos. Além de monografias e artigos científicos, os resultados da pesquisa podem ser publicados através de anotações e comentários de decisões judiciais, comentários à legislação, resenhas. Ademais, cada tipologia de produto possui um seu peso específico;

d) o valor das citações. No campo do Direito Processual penal, as citações, via de regra, possuem demonstram a quantidade de leituras feitas, mais do que a qualidade dos autores citados⁵. Portanto, as citações não são um índice bibliométrico, mas mais um fator de diligência

⁵ Sobre isso, ver: CARNEVALE, Stefania. Indicatori bibliometrici e valutazione della ricerca in campo giuridico: qualche spunto per un dibattito da avviare, *Cassazione penale*, 2012, f. 4, p. 1562 s.

na pesquisa. Citar serve mais para quem cita do que para quem é citado, porque, diferentemente das ciências duras, ao jurista não se exige que selecione, entre os autores de referência, os melhores, mais agudos ou portadores de soluções inovadoras (“autores de ponta”). Ademais, a ele exige-se (quando se exige) que represente quem escreveu sobre um dado tema ou quais as diferentes opiniões acerca de uma certa questão, demonstrando de ter lido muito e considerado muitas opiniões. E, como é notório, este valor da citação altera o significado da “unidade da citação” dos índices bibliométricos utilizados proficuamente no campo das ciências duras. Assim, as citações jurídicas em geral, e de Direito Processual Penal em particular, não indicariam a qualidade de um produto científico, mas, ao contrário, uma certa notoriedade sem cientificidade, com riscos de abusos ou manipulações (escolhas pilotadas das referências nas notas, intencionais omissões das escolas acadêmicas adversas, fartas indicações de escritos de “amigos”). A ausência de qualidade seria muito mais intensa da ocorrida em outros ramos do conhecimento. As reflexões jurídicas, como é notório, pouco marcam desenvolvimentos temporais; representam modos para expressar opiniões, avaliações, representação de problemas. Utilizando-se o critério da diligência em favor daquele da seletividade, este método poderia ser facilmente destorcido. No mundo científico, que procede por experimentações e descobertas, não poderia descurar um resultado alcançado, fazendo de conta que nada aconteceu ou não o referindo. Como seria absurdo continuar a citar uma experimentação falida! Por outro lado, o campo jurídico é propício, em face de vasta bibliografia internacional e doméstica sobre determinado problema, à introdução de artifícios “preenchimentos” nas notas de referência (muitas vezes desconexos e sem que o autor conheça a integralidade do pensamento do autor). Ademais, como avaliar a transitoriedade? Isto é, como avaliar a produção, “com o passar do tempo”, o que foi escrito em outra realidade e dimensão, sem culpa do pesquisador (câmbios temporais, em todas as perspectivas: cultural, social, política, jurídica)?;

e) Impacto. O Processo penal intervém em princípios capitais da sociedade, como a justiça, a liberdade e a dignidade humana. Portanto, um dos objetivos do jurista é incidir no mundo externo. A finalidade de um trabalho pode ser convencer os Juízes e Tribunais a

modificar sua visão sobre um problema jurídico, ou acolher uma determinada interpretação sobre um determinado problema. Contudo, o impacto efetivo de uma publicação científica do pesquisador de processo penal é de difícil medição, porque, por exemplo, no ordenamento italiano a jurisprudência não contém citações doutrinárias⁶. No Brasil, raros são os julgados que citam entendimentos doutrinários, limitando-se a fazer referência a outros julgados anteriores, realidade diversa no STF, onde há um item indicativo do referencial bibliográfico indicado⁷. Portanto, nesse setor, que se utiliza do recurso a instrumentos que abrangem os aspectos sociais da pesquisa, representa um dos desafios mais complexos e difíceis que o mundo acadêmico jurídico enfrenta na contemporaneidade. Ademais, a avaliação dos reflexos sociais da pesquisa de Direito Processual Penal implica conhecimento, tanto dos singulares setores científicos da pesquisa, quanto do contexto social no qual se insere a própria pesquisa. De fato, uma relevante questão é conexa ao alcance de especialistas e de revisores que se ocupam em avaliar o impacto porque, geralmente, os juristas não costumam expressar-se sobre os temas do impacto das publicações⁸. Por outro lado, a avaliação do impacto requer competências disciplinares que confiem em diferentes setores científicos e conhecimento dos relativos campos de aplicação, nem sempre presentes nos *curricula* de um pesquisador;

f) confins nacionais. Embora o Direito Processual Penal seja totalmente internacionalizado e europeizado (o Direito Processual Penal, no Brasil, recebe forte influência da Itália, principalmente a partir do Código de Processo Penal de 1941), o quadro nacional do direito interno é um potente freio à concorrência entre pesquisadores fora dos confins nacionais. Ademais, a relevância nacional da doutrina científica é, de fato, muito debatida;

⁶ Segundo o artigo 118, inciso 3º, do CPC italiano, aplicável também em sede penal, na motivação da sentença “deve ser omitida qualquer citação de autores jurídicos”.

⁷ No ordenamento jurídico brasileiro não há uma vedação semelhante ao CPC italiano.

⁸ HOLBROOK, Britt; FRODEMAN, Robert. Peer review and the ex ante assessment of societal impacts, *Research Evaluation*, vol. 20 n. 3, 2011, p. 239-246.

g) variedade dos destinatários. É difícil traçar a linha de demarcação entre as publicações destinadas à pesquisa acadêmica e aquelas referentes à formação na etapa da graduação em direito ou às dedicadas à práxis forense;

h) falta de adequados bancos de dados bibliográficos. Rara é a disponibilidade de bancos de dados nacionais que incluem publicações jurídicas do texto completo. Além disso, em razão do uso do vernáculo nacional na publicação e da baixa relevância internacional do problema tratado, as publicações do setor são raramente citadas nos arquivos internacionais como o *Scopus*, *Web of Science*, *Social Science Research Network - SSRN*, *Listes de revue SHS - Sciences Humaines et Sociales*;

i) autor e leitor não coincidem. Diferentemente das ciências exatas, o autor das ciências jurídicas criminais trabalha sozinho, o seu *focus* é sobre o objeto da pesquisa, sobre a qual ele oferece uma interpretação pessoal e original em um quadro de absoluto pluralismo de visões. As contribuições dos outros pesquisadores são usadas para delinear o contexto de referência. Isso é relevante quando se utiliza as citações para a avaliação.

Outro aspecto bem discutido na literatura e nos documentos de *policy* sobre a avaliação da pesquisa de Direito Processual penal, como dito acima, é a combinação entre *peer review* e indicadores bibliométricos. Nos estudos e na prática da avaliação, de fato, se usam duas metodologias, embora complementares e não alternativas: a avaliação de tipo qualitativo, baseada na revisão por pares e aquela quantitativa, baseada na bibliometria. Nessa direção, segundo a perspectiva, comumente aceita, a revisão por pares representa o instrumento mais importante quando se trata de julgar ou de garantir a qualidade dos pesquisadores e de seus trabalhos científicos.

Para Robert K. Merton, os quatro imperativos categóricos (universalismo, comunitarismo, desinteresse, ceticismo organizado) fundam a ética da ciência e regulam o trabalho do pesquisador, e, a competição entre estudiosos, ao contrário, é uma condição da ciência que se autorregula⁹. Com fundamento na “teoria normativa das citações”,

⁹ Sobre isso, ver: MERTON, Robert. *The sociology of science*. Chicago: The University of Chicago Press, 1973; tradução ao italiano: *Scienza, religione e*

Merton afirma que as citações representam uma forma de reconhecimento dos méritos por parte da comunidade acadêmica e o pesquisador reconhece o próprio crédito sobre os colegas, citando as contribuições que lhes influenciaram.

Portanto, a *peer review*, junto com a citação, se constituem no processo através do qual as comunidades científicas de pesquisa reconhecem o mérito recíproco. Assim, a revisão entre pares deveria se basear, inteiramente, sobre a qualidade científica, ignorando eventuais interesses pessoais. Caso contrário, ditos juízos poderiam ser influenciados por conflitos de interesses e prejuízos do *referee* e, às vezes, em contradição com outros pares¹⁰. Como é notório, a bibliometria, entendida como ciência que aplica técnicas matemáticas e estatísticas para analisar os modelos de distribuição das publicações científicas e para analisar o seu impacto na comunidade científica, possui o escopo de avaliar a pesquisa, através do uso de métodos quantitativos, em termos de produtividade, impacto, popularidade e prestígio. Essa se fundamenta em indicadores matemáticos, cuja finalidade é medir o impacto de um trabalho de pesquisa. Integram esses indicadores, tanto aqueles de tipo bibliométrico (*Impact Factor*, *H-index*) como aqueles não bibliométricos (dados sobre fundos de pesquisa, participação em conferências, participação em comitês científicos de revistas, etc.). Cada um dos dois métodos possui, naturalmente, qualidades e defeitos e, ambas as metodologias, quando usadas corretamente, se constituem em instrumentos para garantir o processo de crescimento e de disseminação da pesquisa científica.

Sem embargo, o modo de conduzir a pesquisa e como o conhecimento científico se altera temporalmente, são fatores determinantes a evidenciar as diferenças dos dois grandes setores. Enquanto na macro área ciência tecnológica e medicina (de agora em diante CMT) os conhecimentos tornam-se obsoletos em até três/quatro anos, nos setores das ciências jurídicas (de agora em diante CJ), na qual se insere o Direito Processual Penal, esta operação poderia requerer até dez anos

política. Bologna: Il Mulino, 2011.

¹⁰ MARTIN, Ben; Irvine, John. Assessing basic research. Some partial indicators of scientific progress in radio astronomy, cit., p. 74; CLARK, Kenneth. A survey of a growing profession. *American Psychological Association America's psychologists*, 1957, VIII, p. 241.

ou mais. A pesquisa científica no setor das CJ, frequentemente possui um foco local, enquanto a pesquisa nos denominados CMT é orientada em nível internacional e os pesquisadores pertencentes a esse grupo são fortemente orientados à internacionalização, considerado o valor e o impacto universal dos temas objetos de pesquisa. Até mesmo o grau de cooperação internacional é distinto: enquanto é indispensável ter um alto grau de cooperação internacional nas CMT, registra-se um nível muito mais baixo de cooperação internacional no setor das CJ.

Na maior parte dos domínios da CJ, a publicação em idiomas diferentes do inglês é muito frequente. Registra-se, portanto, uma crescente influência do vernáculo inglês como principal meio de comunicação em publicações nas revistas científicas presentes no *Web of Science* dessas matérias.

Nos índices citacionais (*Web of Science*, *Scopus*), a cobertura bibliográfica para as CJ é muito modesta, embora a produção científica nessas áreas tenha se incrementado nos últimos anos. A falta de dados bibliométricos, unida às peculiaridades da produção científica nessas áreas, torna ainda mais complicado e frequentemente impossível avaliar tal produção através indicadores bibliométricos.

É possível, portanto, descrever a situação destes dois *modus operandi* através do seguinte esquema: dessas basilares diferenças se deduz que a bibliometria é um instrumento, insofismavelmente, útil nas CMT, mas não com a mesma intensidade e identidade de características nas CJ. A avaliação desses últimos setores é, portanto, o grande desafio ao qual não se pode subtrair, embora sejam necessárias metodologias diferenciadas daquelas das ciências exatas. Para as ciências jurídicas a bibliometria é, de fato, um *iter* já aberto, do momento em que ditas disciplinas de pesquisa compartilham numerosas metodologias de trabalho com as ciências exatas e tomam como referência, sempre menos, a monografia acadêmica, afastando-se, progressivamente, para outros produtos da pesquisa: o artigo, os *report*, os *working paper*, etc.

Embora por um longo período, no nosso setor, a avaliação da pesquisa tenha se baseado sobre métodos de tipo qualitativo¹¹, a for-

¹¹ Sobre as origens do uso da bibliometria nas Ciências Jurídicas, ver: SHAPIRO, Fred. *Origins of bibliometrics, citation indexing, and citation analysis: The*

te indicação ao estabelecimento de procedimentos e critérios mais explícitos (indicadores) à avaliação da qualidade científica, aumentou no curso dos últimos anos. Contudo, contemporaneamente, vislumbra-se um problema de fundo, o qual impede a condução a um debate construtivo acerca da universalidade da questão: ainda falta um consenso geral sobre o modo em que é concebida a qualidade da pesquisa no Direito Processual Penal. Até hoje, em nível supranacional, inexistente qualquer classificação reconhecida de revistas jurídicas de processo, qualquer sistema harmonizado de revisores entre pares e qualquer *database* que

neglected legal literature, *Journal of the American Society for Information Science*, vol. 43, n. 5, 1992, p. 337-339. Na realidade, o primeiro volume de índices citacionais é de H. H. Labatt de 1860 (LABATT, Henry. *A Table of Cases in California: As Affirmed, Overruled, Modified, Commented Upon, or Altered by Statutory Enactment*, San Francisco: H.H. Bancroft and Co, 1860), organizado alfabeticamente por nome dos *case*, com breves anotações sobre a citação destes em *cases* subsequentes. Segue um outro volume compilado por William Wait (WAIT, William. *A Table of cases affirmed, reversed or cited in any of the volumes of the reports of the State of New York*, Albany: William Gould & Son, 1872), cujo valor consiste na importância de conhecer como um determinado caso é considerado pela Corte, e, portanto, se a sua autoridade foi levada em consideração nos casos seguintes. Além disso, nesta mesma direção, Frank Shepard iniciou, em 1837, a imprimir citações dos casos da suprema Corte de Illinois e o trabalho expandiu-se em um sistema nacional de produção de volumes contendo citações sucessivas às decisões, às leis e a outras fontes jurídicas, até chegar às iniciativas de Eugene Garfield (GARFIELD, Eugene. *Citation indexing - Its theory and application in science, technology, and humanities*, New York: Wiley, 1979), que intuiu como usar o princípio citacional de Shepard (Shepard's Citations. How to use Shepard Citations, Colorado Springs, CO: Shepard's Citations, 1948) como técnica de indexação à literatura médica. Daqui nasce o *Science Citation Index* (hoje o Shepard's Citations Service é um serviço de pesquisa, típico da práxis estadunidense, que admite construir a história de um caso judiciário, referindo-se aos grandes precedentes judiciários até chegar a conhecer os graus superiores de apelação. Além disso, o serviço permite conhecer eventuais outras citações do caso por parte de outros juizes, ou revistas, ou outros recursos sucessivos (<http://www.lexisnexis.com/en-us/products/shepards.page>). Observa-se que no sistema continental europeu, a jurisprudência (*cases*, precedentes) são fontes secundárias; os conceitos são abstratos e as cláusulas são abertas, utilizando-se, sobretudo, a hermenêutica jurídica. A judicatura está mais vinculada à interpretação. Por outro lado, no sistema da *common law*, os *cases* são fonte primária e de referência, tendo os *cases* como referencial, ademais do forte emprego de técnicas de distinção (aproximação e afastamento).

conserve traços das citações¹². Ao contrário, acredita-se que melhorar a qualidade da produção científica seja indispensável para estimular as perspectivas de crescimento a longo prazo, e as considerações desenvolvias acima contribuem para explicar o interesse crescente à avaliação da pesquisa como requisito preliminar para garantir uma maior qualidade da pesquisa e a importância de estudar métodos de avaliação e de seus resultados¹³.

As esperanças de aplicar as *policy* públicas que regulem o progresso científico se endereçam em relação à eficácia de dois aspectos: 1º) a capacidade de prever a orientação da ciência e desta forma intervir antecipadamente para favorecer o desenvolvimento e a capacidade de discriminar os projetos de pesquisa nos quais o uso dos recursos foi

¹² O debate internacional sobre a utilização da *peer review versus* instrumentos bibliométricos é ainda muito vivo e em uso. A declaração de São Francisco sobre a avaliação da pesquisa (*Declaration on Research Assessment – DORA*: <http://www.ascb.org/dora/>), apresentada em dezembro de 2012 pela *American Society for Cell Biology* (ASCB) e assinada por inúmeras sociedades científicas, expressa a importância e a necessidade do debate em andamento em nível internacional e da reflexão por parte de toda a comunidade científica.

¹³ Na Europa, a primeira avaliação de avaliação foi feita no Reino Unido em 1982, seguida por análogos outros em 1986, 1989, 1992, 1996, 2001 e 2008 (ver: <<http://www.Rae.ac.uk/>>); em 2009 foi instituído um novo quadro para a avaliação da pesquisa, com resultados conexos que foram publicados em dezembro de 2014 (ver: <<http://www.ref.ac.uk/>>). Historicamente, esses exercícios de avaliação se fundam em métodos de revisão recíproca. Todavia, nos últimos anos os indicadores bibliométricos foram adotados, cada vez mais, para informar o *peer review*, pelo menos para as ciências rígidas. Por exemplo, em 2008, o exercício da avaliação da pesquisa (ERA) utilizou, experimentalmente, alguns indicadores bibliométricos em alguns campos e, preliminarmente, a REF foi um exercício piloto para testar e desenvolver indicadores bibliométricos sobre a qualidade da pesquisa (ver: <http://www.ref.ac.uk/background/bibliometrics/>). Na Itália foi efetuada uma primeira avaliação da qualidade da pesquisa universitária em 2004-2006, com referência ao período 2001-2003 (ver: <<http://vtr2006.cineca.it/>>). Uma nova avaliação da pesquisa que utiliza seja a revisão de nível, seja métodos bibliométricos, a denominada VQR (La Qualità della Ricerca) foi oficialmente iniciada em 2011 com Decreto ministerial tendo como referência o período 2004/10. Dita avaliação é devolvida na Agência Nacional de Avaliação do Sistema Universitário e da Pesquisa (ANVUR), que foi instituída em maio de 2011. Os resultados da avaliação são publicados pela ANVUR e estão disponíveis em: <www.anvur.org>.

mais eficaz, selecionando à execução de futuros projetos, pesquisadores que demonstraram mais capacidade. Todavia, sobre esse primeiro ponto, muito pouco parece ser possível, em face dos atuais conhecimentos que sublinham a extrema dificuldade em prever o conteúdo da descoberta científica; 2º) a difusão na comunidade científica de processos formalizados de avaliação *ex post* e *ex ante* dos frutos (resultados) da pesquisa (as publicações), sempre mais atentos.

Um passo essencial na prevenção da distorção que mais facilmente podem associar-se à avaliação quantitativa, é a adoção de procedimentos quantitativos de avaliação das políticas editoriais das revistas científicas. Esses procedimentos devem ser concebidos de tal forma a evidenciar as eventuais distorções causadas pelas políticas editoriais das revistas de inferior qualidade. Com a avaliação quantitativa, as revistas, de fato, assumem uma função fundamental na formação das políticas científicas públicas e devem, portanto, ser submetidas a específicas medidas de monitoração que controlem a adequabilidade do comportamento aos requisitos necessários para desenvolver a atividade semiformal dos certificadores da qualidade dos produtos da pesquisa.

Como já afirmado acima, no curso de uma comum monitoração ou avaliação que presidem as escolhas de *policy*, para monitorar a importância de cada publicação em forma mais aderente às efetivas consequências que aquela publicação terá na comunidade científica, essa é medida com o denominado *Impact Factor*.

O fator de impacto é o primeiro e mais notório entre os indicadores que, mesmo sendo rigorosamente quantitativo, possui a finalidade de medir o elusivo elemento “qualidade” do produto científico. Porém, a complexidade dos fenômenos da produção, da divulgação e da fruição da descoberta científica implica, naturalmente, que para refletir sobre os múltiplos caracteres desse fenômeno, pode-se fundamentar, substancialmente, sobre uma constelação de indicadores. Pela interdependência desses fenômenos, é necessário esperar que os aspectos relevados por um quadro de indicadores não sejam totalmente desconexos entre eles, mas, ao contrário, interligados por relações de causa-efeito.

Algumas circunstâncias coligadas ao *Impact Factor* podem ser medidas quantitativamente, permitindo a configuração de uma hipótese de determinação, por quanto parcial e imperfeita desse indicador.

A escolha dessas circunstâncias endereçou-se por meio de uma exigência que possui um estreito vínculo do uso de tal indicador como instrumento de *policy*. Exatamente porque o *Impact Factor* assumiu uma relevância elevada nas políticas da pesquisa é necessário assegurar que na sua distribuição entre as várias revistas este espelhe, mais ou menos fielmente, certas características consideradas recomendadas pela *policy maker*. E para que o *Impact Factor* seja certamente índice de sucesso científico, almeja-se que esse se associe, pelo menos a três elementos do trabalho científico ao qual se refere.

Em primeiro lugar, a importância científica do trabalho é claramente aumentada em relação às novidades dos resultados nele apresentados. Em segundo lugar, a relevância científica implica, tendencialmente, uma maior complexidade de exposição e, portanto, um elemento mais especializado do trabalho. Em terceiro lugar, a importância científica se reflete, indubitavelmente, na capacidade do trabalho de se impor, através da originalidade e do rigor de seu conteúdo, à atenção dos revisores de um periódico científico e da obtenção da aprovação.

Decide-se, portanto, em avaliar esses elementos, com três indicadores numéricos, de conformidade com as diretrizes discutidas acima, sobre a oportunidade de uma avaliação quantitativa.

A novidade da contribuição científica reflete-se no primeiro indicador: a demora média na publicação de um trabalho (expresso em semanas), após ter sido aceito pelos revisores de um periódico¹⁴. Quanto maior é o tempo que intercorre entre os dois eventos, menor será a novidade dos conteúdos, e não somente pelo simples passar do tempo, mas também porque o atraso marca o juízo da própria revista em avaliar a contribuição inventiva que o artigo oferece ao progresso científico.

O segundo indicador refere-se à complexidade do tema da pesquisa e à consequente complexidade e especialização da linguagem necessária para descrevê-los. Trata-se do número de disciplinas cobertas pela revista, considerada caso por caso. Pode-se, sensatamente, diag-

¹⁴ Sobre isso, ver: CAPPARELLI, Bruna. O fascínio do conhecimento do Direito Processual Penal na era do “protagonismo jurisdicional” e da comunicação científica digital, *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 2, p. 459 s., mai./ago. 2017.

nosticar que as contribuições de maior relevância científica, tendencialmente, são publicadas em revistas com um baixo número de áreas disciplinares, e, portanto, com um público altamente especializado e em grau de apreciar o conteúdo dos artigos, apesar das dificuldades de linguagem cobertas.¹⁵ O terceiro indicador mede as dificuldades em obter a publicação de um trabalho em uma determinada revista, com base no percentual de rejeições dos artigos submetidos à revista. Evidencia-se que, quanto mais seletivo for o trabalho dos revisores do periódico, maior será a qualidade média das contribuições que este publica. Esses três fatores, portanto, integram o modelo probabilístico da determinação do *Impact Factor*.

Segundo as hipóteses já discutidas, o coeficiente indicador da demora na publicação dos trabalhos supõe-se ser negativo. Ele sublinha uma relação inversa entre atraso na publicação e o *Impact Factor*, porque, como sustentado acima, uma grande demora implicaria uma baixa novidade e esta, por sua vez, comportaria um limitado interesse da comunidade científica à revista, com um correspondente baixo *Impact Factor*.

Quanto ao coeficiente da variável “número de disciplinas”, este também é negativo. Isto é, parte-se da premissa que a relação entre a especialização da linguagem e a relevância do resultado seja direta. Essa é uma das hipóteses mais delicadas no modelo de referência. De fato, aparecem alguns casos exemplares de revistas científicas, bem conhecidas, com um altíssimo *Impact Factor* e relativamente generalistas em seus conteúdos. Mas estas podem considerar-se exceções (a serem tratadas eventualmente como *outlayer*) no campo da editoração científica e isto não invalida a relação probabilística geral postulada entre o número de disciplinas cobertas e *Impact Factor*.

Para o parâmetro da variável “taxa de rejeição”, prognostica-se ao porvir, indubitavelmente, um sinal positivo, ou seja, uma relação direta entre qualidade atribuída pelo mercado dos beneficiários científicos à revista e a sua seletividade. Não se espera que o modelo assegure (ou como se usa dizer no gíria dos estatísticos “explique”)

¹⁵ CAPPARELLI, Bruna. O fascínio do conhecimento do Direito Processual Penal, cit., p. 461 s, sobre a primordial importância da qualidade linguagem no Direito Processual Penal.

uma elevada quota da variabilidade (em termos estatísticos mais rigorosos, “variabilidades”) do fenómeno do *Impact Factor*. O motivo fundamental dessa expectativa é a forte dispersão da dimensão das singulares comunidades científicas, as quais se referem as revistas e, no conseqüente inevitável e fisiológico, alto valor do resíduo causal da variável dependente. Considera-se satisfatória, porquanto concerne ao poder preditivo do modelo, até mesmo uma cota de variável absorvida baixa, desde que, naturalmente, estatisticamente significativa. Seguem alguns interrogantes:

1º. Quanto tempo (em semanas) transcorre entre a aceitação de um artigo e a sua publicação efetiva?

2º. Qual o percentual de artigos rejeitados entre todos aqueles submetidos à publicação?

3º. Quantas cópias foram descarregadas da revista (e dos artigos) no último ano?

4º. Quais áreas disciplinares são abrangidas pelo escopo e pelas seções da revista?

O modelo acima representa uma tentativa de um controle empírico que, desejavelmente, teria que ser replicado mais vezes para alcançar um refinamento metodológico e uma maior confiabilidade dos resultados, no momento em que, no campo das ciências sociais, os testes empíricos representem, em sua maioria, um *única* não repetível e, portanto, pouco significativo. Embora limitado, acredita-se que dessa proposta pode-se tirar algumas conclusões de certa relevância.

Em primeiro lugar, evitar-se-ia a imersão de estratégias distorcidas dos mecanismos espontâneos de avaliação do mercado das publicações científicas sobre a qualidade dos trabalhos. Isso seria desconfortante, considerando-se o risco que alguns autores desse cenário poderiam adotar para eludir os vínculos postos à qualidade de uma rigorosa aplicação de critérios quantitativos na avaliação da pesquisa. Em segundo lugar, mais especificamente, se confirmaria a confiabilidade do *Impact Factor* como instrumento de monitoração da qualidade da pesquisa e como meio para avaliar a pesquisa. Esse parece um resultado garantidor à realização das políticas editoriais e confirma a substancial honestidade dos mecanismos com os quais se atuam a competição no campo científico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABT, Helmut. Do important papers produce high citation count? *Scientometrics*, 2000, 48, p. 65-70.

ALBERT, Michael *et al.* Direct validation of citation counts as indicators of industrially important patents. *Research Policy*, 1991, 20, p. 251-259.

BALABAN, Alexandru. How should citations to articles in high and low impact journals be evaluated, or what is a citation worth? *Scientometrics*, 1996, 37, p. 495-498. <https://doi.org/10.1007/bf02019260>

CAPPARELLI, Bruna. Editorial: Sobre a exigência de um método de escrita de artigos científicos e de estudo do Direito Processual Penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, p. 19 s., jan./abr. 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.37>

CAPPARELLI, Bruna. Editorial: O fascínio do conhecimento do Direito Processual Penal na era do “protagonismo jurisdicional” e da comunicação científica digital. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, em, Porto Alegre, vol. 3, n. 2, p. 459 s., mai./ago. 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i2.79>

CARNEVALE, Stefania. Indicatori bibliometrici e valutazione della ricerca in campo giuridico: qualche spunto per un dibattito da avviare. *Cassazione penale*, 2012, f. 4, p. 1562-1570.

CLARK, Kenneth. A survey of a growing profession. *American Psychological Association America's psychologists*, 1957, VIII, p. 241.

GARFIELD, Eugene; WELLJAMS-DOROF, Alfred. Citation data: their use as quantitative indicators for science and technology evaluation and policymaking. *Science and Public Policy*, 1992, 19, p. 321-327.

GARFIELD, Eugene. *Citation indexing - Its theory and application in science, technology, and humanities*. New York: Wiley, 1979.

GLANZEL, Wolfgang. The needs for standards in bibliometric research and technology. *Scientometrics*, 1996, 35, p. 167-176. <https://doi.org/10.1007/bf02018475>

HOLBROOK, Britt; FRODEMAN, Robert. Peer review and the *ex ante* assessment of societal impacts. *Research Evaluation*, vol. 20 n. 3, 2011, p. 239-246. <https://doi.org/10.3152/095820211x12941371876788>

LABATT, Henry. *A Table of Cases in California: As Affirmed, Overruled, Modified, Commented Upon, or Altered by Statutory Enactment*. San Francisco: H.H. Bancroft and Co, 1860.

MARTIN, Ben; IRVINE, John. Assessing basic research. Some partial indicators of scientific progress in radio astronomy. *Research Policy*, vol. 12, n. 2, 1983, p. 61-90.

MERTON, Robert. *The sociology of science*, Chicago: The University of Chicago Press, 1973; trad. it.: *Scienza, religione e politica*, Bologna: Il Mulino, 2011.

MOED, Henk et al. A critical analysis of the journal Impact Factors of *Angewandte Chemie* and *The Journal of the American Chemical Society*. Inaccuracies in published Impact Factors based on overall citations only. *Scientometrics*, 1996, 37, p. 105-116. <https://doi.org/10.1007/bf02093487>

MOED, Henk et al. The use of bibliometric data for the measurement of university research performance. *Research Policy*, 1985, 14, p. 131-149. [https://doi.org/10.1016/0048-7333\(85\)90012-5](https://doi.org/10.1016/0048-7333(85)90012-5)

MOED, Henk et al. The application of bibliometric indicators: important field and time dependent factors to be considered. *Scientometrics*, vol. 8, n. 3, 1985, p. 177-203. <https://doi.org/10.1007/bf02016935>

NARIN, Francis. Technology indicators in strategic planning. *Science and Public Policy*, 1992, 19, p. 369-382. <https://doi.org/10.1093/spp/19.6.369>

PAVITT, Keith. The inevitable limits of EU R&D funding. *Research Policy*, 1998, 27, p. 559-568. [https://doi.org/10.1016/s0048-7333\(98\)00056-0](https://doi.org/10.1016/s0048-7333(98)00056-0)

SHAPIRO, Fred. Origins of bibliometrics, citation indexing, and citation analysis: The neglected legal literature. *Journal of the American Society for Information Science*, vol. 43, n. 5, 1992, p. 337-339. [https://doi.org/10.1002/\(sici\)1097-4571\(199206\)43:5<337::aid-asi2>3.0.co;2-t](https://doi.org/10.1002/(sici)1097-4571(199206)43:5<337::aid-asi2>3.0.co;2-t)

RAMIREZ, Ana; GARCIA, Esther; DEL RIO, Antonio. Renormalized Impact Factor. *Scientometrics*, 2000, 47, p. 3-9.

SHEPARD'S Citations. *How to use Shepard Citations*. Colorado Springs, CO: Shepard's Citations, 1948.

VINKLER, Péter. Model for quantitative selection of relative scientometric impact indicators. *Scientometrics*, 1996, 36, p. 223-236. <https://doi.org/10.1007/bf02017315>

WAIT, William. *A Table of cases affirmed, reversed or cited in any of the volumes of the reports of the State of New York*. Albany: William Gould & Son, 1872.

Informações adicionais e declarações do autor (*integridade científica*)

Declaração de conflito de interesses (conflict of interest declaration): os autores confirmam que não há conflitos de interesse na realização das pesquisas expostas e na redação deste editorial.

Declaração de autoria (declaration of authorship): todas e somente as pessoas que atendem os requisitos de autoria deste editorial estão listadas como autores; todos os coautores se responsabilizam integralmente por este trabalho em sua totalidade.

- Bruna Capparelli: projeto e esboço inicial, levantamento bibliográfico, revisão bibliográfica, redação, aprovação da versão final.
- Nereu Giacomolli: revisão crítica e complementação bibliográfica, redação, aprovação da versão final.

Declaração de ineditismo e originalidade (declaration of originality): os autores asseguram que o texto aqui publicado não foi divulgado anteriormente em outro meio e que futura republicação somente se realizará com a indicação expressa da referência desta publicação original; também atestam que não há plágio de terceiros ou autoplagio.

COMO CITAR ESTE EDITORIAL:

CAPPARELLI, Bruna; GIACOMOLLI, Nereu J. Editorial: A avaliação do Impact Factor na publicação científica de Direito Processual Penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 3, p. 789-806, set./dez. 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i3.108>



Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.

Dossiê:
Oralidade e
Garantias Processuais Penais

Editorial dossiê “Oralidade e garantias processuais penais”: de qual oralidade podemos falar?

Editorial dossier “Orality and criminal procedure guarantees”: what orality can we speak?

Flaviane de Magalhães Barros Bolzan de Morais¹

Doutora em Direito pela PUC-Minas
Professora da PUC-Minas e da UFOP – Belo Horizonte e Ouro Preto/MG
Bolsista produtividade CNPq. Editora-associada da RBDPP neste dossiê
barros.flaviane@gmail.com

 lattes.cnpq.br/1159840059123495
 orcid.org/0000-0002-2377-6026

RESUMO: O presente editorial desenvolve uma análise da compreensão da oralidade a partir das garantias fundamentais, vinculando-a como uma técnica que pode permitir a ampliação do contraditório, da ampla argumentação, da fundamentação da decisão e da imparcialidade do juiz. Buscou-se dialogar criticamente com a conformação da oralidade na teoria do processo brasileira e sua forte vinculação com a tradição inquisitorial. O debate com os autores do dossiê permite discutir outras possibilidades de compreensão da oralidade e as experiências nas reformas processuais chilena e argentina.

PALAVRAS-CHAVE: editorial; dossiê; oralidade; garantias processuais penais.

ABSTRACT: *This editorial develops an analysis of the understanding of orality from the fundamental guarantees. The orality is a technique that allows the amplification of the full defense and adversary proceedings. The editorial proposes a critical dialogue with the conformation of orality in the theory of the Brazilian*

¹ Doutora e Mestre em Direito pela PUC Minas. Pós-doutora (CAPES) junto a Università degli studi di Roma TRE. Pesquisadora Visitante da Università degli studi di Roma TRE e Università di Firenze (Centro di Studio per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno). Professora da PUC Minas. Professora da UFOP. Pesquisadora de Produtividade do CNPq. Advogada, Consultora jurídica.

process and its strong connection with the inquisitorial tradition. The debate with the authors of the dossier allows us to discuss other possibilities for understanding orality and experiences in Chilean and Argentine procedural reforms.

KEY-WORDS: *editorial; dossier; orality; criminal procedure guarantees.*

Inicialmente, gostaria de agradecer aos editores da Revista Brasileira de Direito Processual Penal pelo convite. Participar como Editora-associada do Dossiê que discute a oralidade e seu vínculo com as garantias processuais penais foi muito gratificante.

Devo ressaltar os méritos desse dossiê decorrem do trabalho primoroso de coordenação e direção da editoria-chefe da Revista, do apoio de todos os pareceristas que colaboraram para a avaliação cega e realizaram debates muito interessantes com os autores dos textos, e dos autores desse dossiê que contribuíram com seus estudos e reflexões sobre o tema. A mim coube a melhor parte que foi ler e contemplar os textos aprovados e buscar dialogar com eles.

A oralidade não é uma “moda” nova ou uma tendência do direito processual penal que apareceu há pouco no Brasil. Ela é velha conhecida de todos que estudam direito processual penal. Nós, brasileiros que temos o direito processual fortemente influenciado pela tradição romano-canônica, denominação aqui apropriada da obra de Ovídio Baptista², já ouvíamos há muito falar de oralidade. Calamandrei³ ressalta que esse debate seja na Itália quanto na Alemanha data do início do século.

O tema foi retomado no movimento da reforma parcial dos Códigos de processo brasileiros (civil e penal) após o processo de redemocratização com o fim da ditadura civil militar e a nossa “nova” agora velha ordem constitucional.

Os debates nessa fase dividiam a oralidade em quatro dimensões para explicar a operacionalização do denominado princípio da

² Sobre isso, ver: BAPTISTA DA SILVA, Ovidio. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

³ Sobre isso, ver: CALAMANDREI, Piero. *Opere giuridiche*. Vol. I. Problemi generali del diritto e del processo. Napoli: Morano, 1965.

oralidade. Seu objetivo precípua era justificar a introdução no sistema processual da audiência de instrução e julgamento, que simbolizava um grande avanço em termos de celeridade para os idealizadores das reformas parciais. Assim, a oralidade era dimensionada a partir da identidade física do juiz, da imediação, da concentração de atos e da proibição de recorrer das decisões interlocutórias em audiência. Certo é que essa oralidade do movimento de reforma parcial dos códigos de processo brasileiros iniciado nos anos 90, e que durou até o final da primeira década do século XXI, não é a oralidade que os autores do presente dossiê da Revista Brasileira de Direito Processual Penal estão discutindo.

O objetivo do presente dossiê era justamente buscar fomentar o debate sobre oralidade que não partisse da estruturação tradicional que se voltou exclusivamente para a proposição da audiência de instrução e julgamento como a base desse princípio nos processos jurisdicionais brasileiros e que como já se ressaltou foi a tônica da reforma parcial dos códigos de processo brasileiros.

A proposta era convergir a discussão para vincular a oralidade às garantias processuais e realizar um debate entre a viabilidade ou não de se implantar procedimentos orais em reformas processuais. Em especial, buscava-se descortinar a possibilidade de revisão da cultura inquisitória que estava impregnada em legislações processuais penais, em especial, da América Latina, e se é possível em um processo de reforma macroestrutural efetivo, viabilizar a oralidade para o processo penal a partir de uma verdadeira dinâmica acusatória.

Nesse sentido, dois dos artigos publicados representam de forma clara a importância do tema oralidade para as reformas processuais da América Latina. Os artigos auxiliam a comunidade acadêmica científica brasileira a entender os passos de nossos vizinhos (Argentina e Chile, no caso desse dossiê) nas suas reformas processuais. Se por um lado, a reforma do sistema processual penal chileno já guarda uma experiência de mais de 10 anos de juízo oral, a reforma do código da nação argentina data de 2014.

Os dois artigos apresentados representam, além de toda a sua importância acadêmica, a aproximação feita pela academia processual penal brasileira com as experiências de reformas processuais penais da América Latina, que contribui sobremaneira para o fomento de pesqui-

sas comparadas. A colaboração de membros do CEJA com artigos para esse dossiê é além de uma grande honra para a nossa Revista, uma demonstração de que os esforços em aproximar os estudos e debates nas Américas está sendo efetivo.

A análise feita pelo autor do artigo “La renuncia a las garantías del juicio oral por medio del procedimiento abreviado”, Cristián Riego, além de discutir oralidade, ajuda a compreender o desafio que foi no Chile a reforma da legislação processual penal de inquisitória em essência para um modelo acusatório de matriz adversarial. A reforma chilena do juízo oral não significou a simples previsão de concentração do ato de instrução em audiência e do julgamento imediato, e em sequência. Ou seja, não introduzir uma “AIJ” como foi feito no Brasil. Foi uma mudança de mentalidade, de cultura. Foi necessário colocar cada sujeito processual em seu devido lugar, como há muito Jacinto Nelson Miranda Coutinho⁴ já tem dito sobre a questão no Brasil. Assim, o autor do artigo ressalta a mudança da perspectiva da apresentação da prova e da cognição do juiz sobre os elementos de prova por meio do exame e contra-exame. As partes – acusação e defesa – se apresentam no juízo oral como as protagonistas do debate, em que confrontam suas versões em um diálogo.

Creio que a experiência chilena nos demonstra que a mera adaptação de alguns termos como a introdução de uma característica da oralidade como a da nossa “AIJ” não é a suficiente e tampouco adequada para quem pretende a adoção de um sistema adversarial. A necessidade de uma mudança de mentalidade e de cultura se faz real. E ela não ocorre apenas incluindo a concentração de atos em audiência, a imediação do juiz junto aos elementos de prova, a sua identidade física e a proibição de recorrer das decisões tomadas em audiência.

A oralidade precisa ser vista como uma boa técnica processual quando vinculada a uma estrutura processual baseada no sistema acusatório, construída de forma a impor a efetividade dos princípios constitucionais. Essa é a minha perspectiva que creio dialoga com todos os textos publicados nesse dossiê, e que pretendo desenvolver-la neste editorial.

⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema Acusatório – Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 46, nº 183, p. 103-115, jul./set. 2009.

Como ressaltado por Riego, na reforma processual chilena adotou-se o juízo oral como base para a cognição e construção da decisão em processo penal que se pretende a aplicação de pena, no âmbito criminal. Seu objetivo precípua era além de reforçar o caráter republicano, e democrático (incluo eu essa observação), do processo penal como base de um sistema de justiça, a superação da mentalidade inquisitória do sistema anterior por meio de uma estrutural procedimental que deixa clara a separação entre a atuação judicial, que julga com imparcialidade, da acusação; a efetivação de forma plena e integral da garantia da ampla defesa do acusado; a formação da cognição pelos julgadores baseada exclusivamente nas provas apresentadas ao juízo oral de forma pública e inédita aos julgadores.

Gostaria de deixar isso mais claro, pois é de suma importância essa compreensão para nos brasileiros. A imparcialidade somente será verdadeiramente caracterizada em uma estrutura processual que assegure que o juiz, ou melhor, os juízes, pois no Chile a decisão do juízo oral em primeira instância é colegiada, apreendam e formulem compreensões sobre elementos de prova que são inéditos. Logo, eles não podem ter participado de nenhuma decisão sobre aquele caso penal antes, seja ela uma decisão cautelar, como é o caso da decisão de prisão preventiva, ou de análise da viabilidade de acusação, como é o caso da decisão que recebe a denúncia. Eis aí uma estrutura processual que prioriza a garantia do processo penal constitucional.

A discussão sobre qual o modelo de justiça criminal que buscamos depende também, como no Chile, de uma escolha política. Política aqui não significa politicagem, e sim uma compreensão que leve em conta as escolhas políticas do nosso texto constitucional.

O texto de Riego foi muito feliz em ressaltar os dilemas atuais da reforma parcial ocorrida no Chile que permite um acordo para que o acusado abra mão do juízo oral. A lei foi aprovada a partir de um diagnóstico sobre a denominada “Criminalidade comum” formada por condutas vinculadas aos delitos patrimoniais, que são, segundo as pesquisas chilenas, os responsáveis pelos maiores impactos na política de segurança pública. Dentre as reformas no sistema de justiça que visavam a melhorar a persecução penal desse tipo específico de criminalidade estava a ampliação do espectro da negociação.

A grande crítica do autor à reforma efetivada em 2016 é justamente a perda da integridade do sistema de justiça penal chilena com a introdução de um modelo negocial que se afasta na proposta original chilena que adotou o sistema acusatório, mas não introduziu a cultura do *plea bargaining* norte-americano. Logo, o Ministério Público chileno como órgão de acusação não tinha a possibilidade de agir discricionariamente, decidindo por critérios de oportunidade se oferecia um acordo ou não, quando o acusado poderia optar pelo processo abreviado e por consequência abrir mão do juízo oral.

Como disse, a lógica da negociação abarca uma discussão importante sobre como nossa carta política pensa o sistema de justiça criminal. Certo é que a nossa Constituição não permite negociações em qualquer medida, por meio de uma lógica processual neoliberal. Se ela tivesse adotado o modelo político eficientista não teríamos no art. 5º da Constituição um núcleo de garantias processuais penais.

Assim, a discussão atual chilena sobre a reforma do seu Código se parece em muito com o debate que precisamos de forma séria enfrentar no Brasil, em especial quando a negociação ocorre em um país com uma forte cultura encarceradora. O grande risco é que, próximo à preocupação do autor quando analisa a reforma chilena, com o investigado preso é muito mais fácil negociar para ele abrir mão de direitos e ter benefícios na redução da pena privativa de liberdade.

Creio importante essa análise a partir do dossiê apresentado, pois vincula-se a alguns temas centrais da discussão jurídico teórica sobre o processo penal como o debate “eficiência versus efetividade”, “garantias processuais e reforma do sistema de justiça” e “cultura inquisitória e reforma processual”.

Certamente, a necessidade de se discutir de forma profunda a mudança de cultura é algo afeito a toda a discussão de reforma. No artigo subscrito por Postigo e Podestá (em *A oralidade no novo Código de Processo Penal da Nação Argentina*), os autores se preocupam justamente com a viabilidade de uma mudança cultural que permita a oralidade se integrar de forma plena à estrutura processual penal e a resistência dos atuais aplicadores da norma processual a uma mudança de paradigma.

Em específico, os autores do artigo ressaltam a grande preocupação com a proposta de conciliar duas culturas diferentes: oralidade e

escrituração, em especial, em um sistema de justiça que tem de forma arraigada práticas inquisitoriais. O debate sobre oralidade e escrituração está diretamente relacionado à discussão mais profunda das diferenças entre um sistema de justiça penal que está vinculado à tradição romano canônica e o sistema adversarial de raiz anglo-saxônica.

Creio que não podemos furtar a essa discussão, em especial, no atual ponto em que se encontra a reforma macroestrutural do processo penal brasileiro. A única forma de tornar a oralidade uma característica inerente ao processo penal, é não a vinculando a um mero instrumento para viabilizar a celeridade e eficiência, mas passando a reconhecê-la como uma técnica de efetivação e maximização das garantias processuais. É desvincular o processo penal da cultura da escrituração, que esta fortemente vinculada à necessidade de se manipular os autos do processo.

A reforma parcial de 2008 no Brasil buscou implantar outras formas de escrituração, como o registro audiovisual dos atos da audiência, mas percebe-se que essa estratégia não melhorou em nada a oralidade e muito menos surtiu o efeito mais importante que é a vinculação da oralidade como metodologia para concretização do princípio acusatório vinculado a uma cultura adversarial.

Certamente, esse editorial não permite que eu busque verticalizar a presente análise, mas pode servir de mote para que os pesquisadores de processo penal, leitores da Revista Brasileira de Direito Processual Penal, aprofundem suas pesquisas e análise sobre o tema. Mas mesmo arriscando não conseguir chegar em todas as implicações que eu gostaria sobre o tema, vou arriscar pois creio que a RBDPP é um importante veículo de divulgação e reunião de pessoas que se preocupam com o aprimoramento do direito processual penal.

Nossa cultura de escrituração, que já foi há muito reconhecida por Taruffo⁵, tem forte vinculação com a existência dos autos processuais, que são controlados e regidos pelo Poder Judiciário. Uma das estratégias que se percebe para forçar a mudança da mentalidade dos julgadores na reforma chilena é a ausência dos autos, como um modelo

⁵ Sobre isso, ver: TARUFFO, Michele. *Sui confini - Scritti sulla giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 2002.

de documentação não só da sequência de atos do processo, mas como engrenagem mestre da formação da cognição. Não é à toa que até hoje paira sobre os inconscientes dos aplicadores a máxima: “o que não está nos autos não está no mundo”.

No juízo oral chileno os juízes não têm autos para serem manipulados, no qual se encarta todo o conjunto probatório por meio da sua reprodução escrita. O controle, a guarda e a coordenação das informações e dos elementos de prova são de exclusiva responsabilidade do órgão de acusação.

Mesmo quando se reformou a legislação brasileira, buscando modernizá-la seja pelo meio eletrônico seja por meios audiovisuais, não se mudou a lógica do pensar e do agir de todos, pois as partes também atuam sempre peticionando, ou seja, por escrito.

Aliado ao controle judicial do registro dos autos, deve-se ainda discutir a oralidade que foi absorvida pela tradição romano canônica, daquela própria da tradição adversarial. Mesmo quando se afirma que no juízo oral as provas devem ser apresentadas de forma inédita aos julgadores, não se pode deixar olvidar que é necessário mudar a lógica de como se apreende as informações que serão apresentadas em juízo. A dinâmica dialética do exame e contra-exame em debates orais no momento de apresentação do conjunto de elementos de prova exige uma inércia dos julgadores. Nesse momento, a regência está com as partes, os julgadores devem apenas presidir o ato e verificar o respeito aos direitos das testemunhas, vítimas, peritos e acusados. O pressuposto da atuação da acusação e da defesa é a lealdade processual, o *fair play*. Logo, o papel dos juízes não está em verificar a conformidade da atuação das partes, mas em apreender elementos para formação da decisão que são apresentados pelas partes em contraditório por meio do confronto entre a tese da acusação e as objeções da defesa. Não deve se ater a elementos informativos, pois eles não estão em sua posse, já que se supera o uso dos autos. Sua atenção deve estar voltada às pessoas que vão ser apresentadas como testemunhas, vítimas ou acusados, aos esclarecimentos técnicos dos peritos e às outras formas de apresentação dos elementos probatórios colhidos pela acusação ou defesa.

Certamente, se não operar uma verdadeira mudança na compreensão da oralidade no Brasil quanto à referência ao processo de co-

nhecimento em que se imputa uma conduta e discute-se a culpabilidade, a oralidade das demais fases do processo será ainda mais difícil de ser incorporada. Vê-se isso quando se compara a audiência de custódia prevista na Resolução do CNJ e a audiência presidida pelo juiz das garantias chileno. O caso analisado do Código da Nação Argentina revela a necessidade de uma mudança estrutural no procedimento para incluir a oralidade como opção política para melhoria do sistema de justiça e por consequência a sua inclusão como um princípio base do processo. A oralidade como uma técnica permite operacionalizar o sistema acusatório adversarial, o contraditório, a ampla defesa, a imparcialidade e a fundamentação da decisão.

Logo, seja como princípio político ou como técnica operacionalizadora, a oralidade é um importante instituto para viabilizar as garantias do processo. E é por isso que ela dialoga fortemente com o sistema processual penal brasileiro definido a partir da Constituição. Por isso, a discussão apresentada no artigo de Minagé (em *Contraditório público e oral como garantidor de um processo penal democrático constitucional*) para a Revista se mostra absolutamente relevante, já que temos condições constitucionais de pensar a oralidade como garantia advinda ou conjugada com a noção de contraditório.

Certo que não é uma noção de contraditório como simples ação e reação, mas um contraditório revisado a partir das proposições fazza-larianas como ressaltado pelo autor, e que tem sido base para pesquisa de vários e importantes processualistas que reconhecem os limites da proposição relacionista⁶ e os impactos da adoção de tal teoria do processo como limite à própria concretização do processo constitucional.

Como propõe Minagé, um processo em contraditório precisa se pautar pela oralidade e pela publicidade de seus atos, permitindo que todos, não só o juiz, conheçam os elementos de prova, e que todos conheçam os fundamentos da decisão judicial.

⁶ Ver: NEGRI, Daniele; PIFFERI, Michele. *Diritti individuali e Processo Penale nell'Italia Repubblicana*. Ferrara: Guiffrè, 2010; BARROS, Flaviane de Magalhães. O modelo constitucional de processo e o processo penal: a necessidade de uma interpretação das reformas a partir da Constituição. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, F.D.A. (Orgs.). *Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo*

Eu estou a ressaltar o todos, como provocação, pois é preciso que o processo penal se aproxime dos verdadeiros afetados pela decisão, que são o acusado e a vítima. E eles, em especial, no nosso processo penal seletivo, não têm em sua maioria possibilidade de compreender e acessar o que ocorre no processo.

E nesse sentido a contribuição de Carvalho (em *A oralidade no processo penal a partir da noção de compreensão cênica*) com a noção cênica do processo, desenvolvida a partir dos marcos de Lorenzer e Hassemer, também contribui para discutir e conciliar o contraditório pleno com a oralidade, o princípio acusatório com a oralidade.

É necessário discutirmos em um debate verdadeiramente científico, mesmo que as teses tenham marcos teóricos distintos, todas elas buscam um objetivo comum, que une a todos: viabilizar o processo penal como uma metodologia de garantia.

Assim, buscar compreender como os julgadores decidem, o uso de disfarces para encobrir o pré-julgamento ou mesmo a necessidade de superação do solipsismo é fundamental para aprimorarmos cada dia mais o debate que deve chegar até os setores implicados nessa discussão, seja o legislador que pretende a reforma da norma processual, sejam os operadores do direito que atuam na sua aplicação, como juízes, promotores, defensores, delegados e auxiliares da justiça.

Permitir que o direito como ciência utilize de outras bases científicas como a psicologia e psicanálise para discutir o processo cognitivo de formação de decisões pelas pessoas é um passo importante para melhorarmos ainda mais esse debate, e no artigo de Carvalho essa proposição se apresenta pela análise das heurísticas ou dos vieses cognitivos.

A proposta de pensar cenicamente o processo penal parece-me uma interessante forma de discutirmos inclusive como as pessoas (afetados, aplicadores e comunidade) podem acessar a linguagem do direito e compreender melhor a questão penal, humanizando a questão, sem naturalizá-la.

Para mim, a oralidade tem um duplo aspecto: político, pois é preciso que todos entendam as razões pelas quais no nosso projeto poli-

democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009; LOPES JR., Aury. *Fundamentos do Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2017.

tico constitucional se fez uma opção pelo respeito às garantias processuais. Para lembrarmos que nossa Constituição tem um projeto político e é produto de um processo histórico como assevera Catttoni de Oliveira⁷. Para que não se opere o esquecimento das consequências de se deixar de lado as garantias processuais para o conjunto das liberdades, públicas e individuais. Logo, o sistema de justiça deve ser mais “acessível” às pessoas que se comunicam com ele, não é correto que ele se feche em uma linguagem ou pior em texto e autos herméticos à maioria da população brasileira, em especial, àquela que Souza⁸ denominou de a “ralé brasileira”, ou seja, o sub-cidadão que está à margem do estado de direito, mas é “cliente” do sistema de justiça criminal.

O segundo aspecto da oralidade é jurídico constitucional. A oralidade deve se alinhar aos princípios constitucionais de processo e a uma noção de processo que se adequa à proposta constitucional. Nesse sentido, venho trabalhando com duas categorias teóricas que entendo serem importantes para matizar o debate. Uma delas é constitutiva na minha origem acadêmica: a compreensão do processo como procedimento em contraditório, em uma leitura fazzalariana apreendida a partir de Gonçalves⁹. A segunda categoria é a noção de modelo constitucional de processo, desenvolvida inicialmente por Andolina e Vignera¹⁰. Se a Constituição define uma base principiológica para o processo, ela é formada pelo contraditório, ampla argumentação, imparcialidade e fundamentação da decisão. E no que se refere ao processo penal, agrega-se nesse microsistema constitucional, o princípio da presunção de ino-

⁷ CATTTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Democracia sem espera e processo de constitucionalização – Uma crítica aos discursos oficiais sobre a chamada “transição política brasileira”. In: CATTTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, F.D.A. (Orgs.). *Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 365- 399.

⁸ Sobre isso, ver: SOUZA, Jessé. *A invisibilidade da desigualdade brasileira*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006.

⁹ Sobre isso, ver: GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

¹⁰ Sobre isso, ver: ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. *I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale del processo civile italiano*. 2. ed. Torino: Giappichelli, 1997.

cência e o princípio acusatório. Logo, a oralidade como foi definida em vários dos artigos desse dossiê é claramente vinculada ao contraditório.

A oralidade pode, como técnica ou mesmo agregada à noção de princípio, ser um importante ganho para ordem constitucional democrática, tendo em vista justamente a sua capilaridade em permitir que os princípios do modelo constitucional de processo possam ser aplicados de forma plena e integral. Estruturando-se o processo por meio da oralidade, inserindo-a em todas as fases processuais, incluindo as decisões cautelares na fase preliminar, os recursos às instâncias do duplo grau de jurisdição e atos da fase de execução penal, teremos maior efetividade do contraditório, visto como espaço procedimentalizado para construção participada da decisão, e da ampla argumentação, já que com o debate dialético e a produção de prova por meio de exame ou contra-exame em audiência privilegia-se as partes como protagonistas da argumentação processual. O juiz ou os julgadores ficam em um lugar privilegiado de aqueles que proferem a decisão construindo uma síntese do debate, definida pela prevalência da argumentação sustentada pelo conjunto de provas apresentados e a qualidade dos fundamentos jurídicos invocados por cada um dos atores. E, por consequência, a oralidade implicará diretamente na efetividade do princípio da imparcialidade e na adequada fundamentação da decisão.

Sem sombra de dúvida um processo penal que privilegia a oralidade permitiria concretizar o princípio acusatório e auxiliaria na superação da cultura inquisitória da nossa tradição processual.

E assim, esse editorial tenta fechar um ciclo de diálogo com o artigo de Sampaio e Melo (em *Cultura inquisitória e as falsas oralidades*). Certa é a sua conclusão sobre a baixa intensidade da oralidade no Brasil, em especial, aquela que foi inserida pelas reformas parciais iniciadas na década de 90 ou a existente desde a formulação original do nosso Código de Processo Penal. São exemplos de uma falsa oralidade, pois ela não está a cargo do princípio acusatório e de uma melhor qualificação da decisão pela verdadeira imediação decorrente do conhecimento integral e inédito dos julgadores.

Creio que a leitura dos cinco artigos do dossiê permite fechar em um círculo argumentativo uma noção importante da oralidade. E fica claro como ele se fecha quando os autores demonstraram que o que se tem no Brasil é uma falsa oralidade ou uma oralidade de baixa inten-

sidade, ou seja, lugar próximo ao que eu pessoalmente iniciei a minha análise nesse editorial.

A adoção da oralidade em sentido forte somente é possível com a concretização do princípio acusatório e a assunção por parte dos sujeitos processuais de seu lugar constitucional. Mas também pela superação do nosso incôscio inquisitório, para usar a expressão formulada pelos processualistas italianos em um encontro acadêmico em Milão¹¹, ou mentalidade inquisitória como tem sido discutido em encontros brasileiros assim intitulados.

Sem dúvida a oralidade em sentido fraco como é a nossa, mais do que indicar um caminho no sentido da maximização do princípio acusatório no Brasil, significou a consolidação de um processo penal fundado na supervalorização do papel do juiz e na interpenetração da função de julgar e acusar. É uma bela estratégia de encobrimento que esse dossiê tenta em seus limites desvelar e denunciar, objetivando um debate verdadeiro sobre os propósitos da nossa reforma processual macroestrutural que não se preocupou em buscar solucionar esse simulacro de processo que não permite a afirmação das garantias constitucionais e tem sido usado simbolicamente para outros fins que não os legítimos e constitucionalmente admitidos.

Assim, com essa feliz constatação que os textos do dossiê se fecham em um círculo argumentativo e com a forte convicção que os trabalhos aprovados contribuem em muito para o debate sobre o tema e para o engrandecimento da pesquisa científica brasileira, convoco a todos os leitores da Revista Brasileira de Direito Processual Penal para mais esse dossiê.

Belo Horizonte, 07 de setembro de 2017.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. *I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale del processo civile italiano*. 2. ed. Torino: Giappichelli, 1997.

¹¹ Sobre isso: GARLATI, Loredana. *L'inconscio inquisitório*. L'eredità del Codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana. Milano: Giuffrè, 2010.

BAPTISTA DA SILVA, Ovidio. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

BARROS, Flaviane de Magalhães. O modelo constitucional de processo e o processo penal: a necessidade de uma interpretação das reformas a partir da Constituição. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, F.D.A. (Orgs.). *Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CALAMANDREI, Piero. *Opere giuridiche*. Vol. I. Problemi generali del diritto e del processo. Napoli: Morano, 1965.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Democracia sem espera e processo de constitucionalização – Uma crítica aos discursos oficiais sobre a chamada “transição política brasileira”. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, F.D.A. (Orgs.). *Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 365- 399.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema Acusatório – Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 46, nº 183, p. 103-115, jul./set. 2009.

GARLATI, Loredana. L'inconscio inquisitorio. L'eredità del Codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana. Milano: Giuffrè, 2010.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

LOPES JR., Aury. *Fundamentos do Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2017.

NEGRI, Daniele; PIFFERI, Michele. *Diritti individuali e Processo Penale nell'Italia Repubblicana*. Ferrara: Guiffrè, 2010.

SOUZA, Jessé. *A invisibilidade da desigualdade brasileira*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006.

TARUFFO, Michele. *Sui confini - Scritti sulla giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 2002.

Informações adicionais e declarações do autor (*integridade científica*)

Declaração de conflito de interesses (conflict of interest declaration): a autora confirma que não há conflitos de interesse na realização das pesquisas expostas e na redação deste editorial.

Declaração de autoria (declaration of authorship): todas e somente as pessoas que atendem os requisitos de autoria deste editorial estão listadas como autores.

Declaração de ineditismo e originalidade (declaration of originality): a autora assegura que o texto aqui publicado não foi divulgado anteriormente em outro meio e que futura republicação somente se realizará com a indicação expressa da referência desta publicação original; também atesta que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

COMO CITAR ESTE EDITORIAL:

BARROS, Flaviane M. Editorial Dossiê "Oralidade e garantias processuais penais": de qual oralidade podemos falar? *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 3, p. 809-823, set./dez. 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i3.106>



Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.

La renuncia a las garantías del juicio oral por medio del procedimiento abreviado en Chile

Waiver of the judgment's guarantees through the abbreviated procedure in Chile

Cristián Riego¹

Profesor Universidad Diego Portales – Santiago/Chile

cristian.riego@udp.cl

 orcid.org/0000-0002-7013-1976

RESUMEN: El artículo describe como están reguladas las garantías básicas del juicio oral en el Código Procesal Penal chileno de 2000. Al mismo tiempo muestra como en ese Código se estableció la posibilidad de renunciar a esas garantías por parte del imputado mediante el procedimiento abreviado, aunque esta posibilidad se regula de un modo muy limitado. Finalmente se describe como una ley reciente amplió sustantivamente el uso y los incentivos para el procedimiento abreviado en los delitos de criminalidad común dividiendo el sistema chileno en dos subsistemas, uno donde el juicio oral sigue siendo central y otro en el que tendera a volverse excepcional a favor de la negociación.

PALABRAS-CLAVE: juicio oral; procedimiento abreviado; debido proceso.

ABSTRACT: *The paper describes the defendant rights in the new Chilean Criminal Procedure Code of 2000. Also describes how the Code allowed in a very limit-*

¹ Abogado, titulado de la Universidad de Chile. LL.M. (Master en Derecho) en la Universidad de Wisconsin, 1997. Abogado Investigador de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, 1990 y 1991. Director del equipo técnico redactor del Código Procesal Penal Chileno y la ley del Ministerio Público 1994 a 2000. Profesor Titular de la Escuela de Derechos de la Universidad Diego Portales. Ha sido profesor e investigador visitante en las universidades de Yale y Columbia en los EEUU y Warwick en el Reino Unido. Es autor de varios libros y artículos en el tema del proceso penal y ha desarrollado proyectos de investigación en numerosos países de América Latina en el mismo campo. Se desempeñó como Director Ejecutivo del Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA desde 2008 hasta 2013.

ed expression the possibility of the waiver of the judgment guarantees through the abbreviated procedure. Finally it describes a new law that expanded substantially the use and the incentives for negotiation just in property offences. This last development has divided the Chilean criminal procedure in two subsystems, one in which the oral trial is still the center of the procedure and another in which the trial will becomes exceptional.

KEYWORDS: *oral trial; due process; plea-bargaining.*

SUMARIO: Introducción; 1. Las garantías del juicio en el Código Procesal Penal; 2. El procedimiento abreviado en el Código Procesal Penal; 3. La nueva regulación en la Ley 20.931 de 2016; Consideraciones finales; Referencias.

INTRODUCCIÓN

El nuevo Código Procesal Penal Chileno dictado el año 2000 introdujo como gran innovación el establecimiento del juicio oral y público como expresión central y paradigmática de las garantías de debido proceso. Por medio de ese mecanismo se pretendió dar vigencia a derechos tan importantes como la publicidad del juzgamiento, el ejercicio amplio de la defensa, la imparcialidad de los juzgadores y la presunción de inocencia.

De manera algo paradójal, ese mismo Código estableció la posibilidad de evitar la forma de juzgamiento que el mismo proclamó por medio del establecimiento del procedimiento abreviado², que constituye la renuncia al juicio oral y su reemplazo por una forma de juzgamiento simplificada basada en el reconocimiento de los hechos por parte del imputado y la lectura de la carpeta de la investigación del Fiscal

² Esta paradoja parece ser una tendencia bastante generalizada en todo el mundo: “The irony of this development (towards oral and public trials), is that, with the greater ability of the defense to achieve an acquittal, or make the criminal procedure more lengthy and cumbersome, the more the system turns, informally or formally, to trial-shortening guilty pleas, confession bargaining or other consensual procedural modes” (THAMAN, Stephen. A Typology of Consensual Criminal Procedure, an Historical and Comparative Perspective on the Theory and Practice of Avoiding the Full Criminal Trial.

por parte de juez. Esta fórmula se tradujo en el llamado procedimiento abreviado para los delitos con penas de más de quinientos cuarenta días regulado en el artículo 406 y siguientes y, para los delitos de penas inferiores, en la aceptación de responsabilidad en procedimiento simplificado, regulada en el artículo 395.

La recepción del procedimiento abreviado en el Código del año 2000 se hizo teniendo especialmente en cuenta las críticas que suelen dirigirse al modelo del *plea bargaining* en los Estados Unidos. Dichas críticas plantean que este favorece la práctica masiva de la renuncia al juicio y sus garantías por medio del establecimiento de fuertes incentivos consistentes en la gran diferencia entre las penas elevadas que se arriesgan en el juicio oral, frente a las reducciones que pueden obtenerse por medio de una negociación con el fiscal.

Debido a lo anterior, el procedimiento abreviado en el Código Procesal Penal chileno tuvo una expresión limitada, se admitió solo para penas no superiores a cinco años y se cuidó de no establecer la posibilidad de diferencias de penas significativas que pudiesen constituir incentivos muy fuertes para la renuncia al juicio.

Recientemente se ha introducido, para un grupo limitado de delitos, una nueva ley destinada a favorecer el uso del procedimiento abreviado por medio de la generación de fuertes incentivos para que el imputado renuncie al juicio. Por medio de esas normas especiales, los fiscales están en condiciones de ofrecer a los imputados diferencias muy sustantivas de penas, esas ofertas pueden resultar muy difíciles de resistir y pueden derivar en que el juicio oral pase a ser una especie de lujo que pocos podrán permitirse.

El presente trabajo pretende mostrar como ha evolucionado la noción de centralidad del juicio oral en el Código Procesal Penal desde

In: THAMAN, Stephen (ed.). World Plea Bargaining. Consensual Procedures and the Avoidance of the Full Criminal Trial. Durham: Carolina Academic Press, 2010. p. 392). En la misma línea Langer habla del Plea Bargaining como “el caballo de troya del sistema adversarial” (LANGER, Maximo. From Legal Transplants to Legal Translations: The globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure Trial. In: THAMAN, Stephen (ed.). World Plea Bargaining. Consensual Procedures and the Avoidance of the Full Criminal Trial. Durham: Carolina Academic Press, 2010. p. 46).

el año 2000 a la fecha actual. En una primera sección mostraremos de manera resumida la forma en que el Código del 2000 reguló las garantías del juicio oral. En una segunda parte mostraremos cuales fueron las características del procedimiento abreviado en el Código y como se pretendió que este tuviera una expresión limitada para evitar la instalación de un modelo de aplicación masiva de sentencias condenatorias basadas en incentivos de rebajas de penas.

En una tercera parte analizaremos la nueva regulación e intentaremos proyectar como debiera funcionar, validando la hipótesis de que se puede generar, para un segmento que abarca casi la mitad del conjunto del sistema, una lógica semejante a la de los Estados Unidos en cuanto a que los incentivos consistentes en grandes diferencias de penas reducirán significativamente el acceso de los imputados al juicio.

1. LAS GARANTÍAS DEL JUICIO EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL

El Código Procesal Penal dictado el año 2000 estableció en Chile el juicio oral como la base fundamental del sistema de garantías. Esta idea se expresa con toda claridad en su artículo primero, que proclama: “Toda persona tiene derecho a un juicio previo, oral y público, desarrollado en conformidad con las normas de este cuerpo legal”.

Los primeros artículos del Código plantean un catálogo de garantías básicas que el juicio pretende realizar, como la presunción de inocencia en el Artículo 4, o el derecho a la defensa artículo 8. Pero son las normas que regulan el juicio y la prueba las que dan cuenta más específicamente del modo en que el Código entiende las garantías básicas que pretendió establecer.

Para explicar las garantías del juicio en Código Procesal Penal Chileno es necesario distinguir dos niveles diferentes de análisis, que además corresponden al desarrollo temporal de la discusión sobre el juicio oral durante el periodo de su discusión y diseño. En un primer nivel se encuentra una noción de garantías básicas muy ligadas a la ritualidad de la oralidad. En una primera etapa de la discusión sobre el Código se entendía que el objetivo principal de la introducción de la oralidad estaba vinculada al reconocimiento de los valores políticos del sistema

republicano al interior del sistema de justicia penal. La pretensión original estaba vinculada al establecimiento del juicio como un acto público donde las partes en conflicto pudiesen diferenciarse claramente, en especial el carácter imparcial del juzgador y la función acusatoria del fiscal. También se pretendió afirmar la posibilidad de que el imputado y su abogado pudiesen expresarse con completa autonomía y la garantía de ser oídos en todo momento por el juzgador. Asimismo, se buscaba afirmar que la prueba se presentara de manera inmediata y pudiera ser escuchada, observada y analizada por todos los intervinientes y el público. También se pretendía que las decisiones finales solo obedecieran a la información presentada en el juicio. Todas estas cuestiones deben entenderse como parte del propósito de abandonar el sistema inquisitivo tradicional chileno en el que ninguna de estas condiciones se producía y respecto del cual el juicio oral representaba una gran innovación.

En este primer nivel, las normas más importantes son las que regulan de los llamados principios del juicio oral, que están en los artículos 282 a 291 del Código. Estas son una serie de normas que pretenden asegurar la noción de lo que es un juicio en el contexto de una cultura jurídica completamente ajena a esa noción y al interior de la cual todas las normas procesales tendían a leerse y a aplicarse bajo la lógica del expediente escrito. Los artículos 282, 283 y 284 proclaman el principio de continuidad del juicio, regulan muy restrictivamente las posibilidades de suspensión y exigen la presencia ininterrumpida de los jueces en las audiencias, todo con el fin de evitar a toda costa que el juicio se transforme en una serie de trámites separados cuyas actas luego puedan ser leídas por el juez. Los artículos 285 y 286 por su parte exigen la presencia ininterrumpida del imputado y su defensor para efectos del ejercicio de sus facultades. Los artículos 289 y 291, por su parte, regulan detalladamente la publicidad del juicio y el uso obligatorio de la oralidad para el desarrollo de todas las actividades del mismo. En la misma línea anterior, es decir la de asegurar una ritualidad nueva consistente con los ideales republicanos que el Código pretendía realizar, una de las normas generales sobre la prueba contenida en el artículo 296 proclama el principio de que la prueba a ser valorada por los jueces es la que se rinde durante el juicio y en consecuencia se someta a todas las condiciones establecidas en su regulación.

En un segundo nivel, y que corresponde a una segunda etapa en la discusión del proyecto del Código chileno, se encuentran otras normas que desarrollan algunas garantías de manera bien específica. Se trata de normas vinculadas principalmente al tratamiento de la prueba y expresan en nuestra opinión una comprensión más profunda del juicio, ya no solo como un rito republicano sino como una oportunidad de que el imputado ejercite su defensa de modo intensivo. Se trata de reconocer que el derecho a la defensa supone que el imputado debe estar en condiciones de cuestionar a fondo la prueba de cargo. Esta actividad del imputado opera en su propio beneficio pero también en el del sistema, el que de esta manera minimiza así la posibilidad de cometer errores.

Este segundo tipo de normas está también vinculado a la creciente influencia en Chile del modelo angloamericano de la justicia penal, la que no estuvo muy presente a los inicios de la discusión del Código pero que fue importante en sus etapas finales y lo ha seguido siendo como lo acredita la ley 20.931 que comentaremos más adelante.

Probablemente la más notoria de las normas a las que nos venimos refiriendo es la que introduce en el sistema chileno la regla, típica del sistema adversarial anglosajón, del examen y contraexamen. El artículo 330 permite el desarrollo de un contrainterrogatorio por medio de preguntas sugestivas, esto es la posibilidad de confrontar al declarante con otras versiones por medio de afirmaciones que realiza el abogado y que el declarante debe aceptar o negar. Este método es entendido por el Código, y por la cultura legal derivada de él, como la expresión más importante del derecho a defensa³.

Recoge además el Código otras normas que son complementarias de la anterior como es la del artículo 329 que prohíbe el reemplazo de la comparecencia de un declarante por la lectura de una declaración prestada previamente, esto es, se pretende evitar que la

³ Ejemplos del gran desarrollo que estas nociones han tenido en Chile son los numerosos trabajos que han elaborado acerca de sus consecuencias. Por ejemplo: BAYTELMAN, Andres; DUCE, Mauricio. *Litigación Penal y Prueba*. Santiago: Universidad Diego Portales, 2004; VIAL, Pelayo. *Técnicas y Fundamentos del Contraexamen en Proceso Penal Chileno*. Santiago: Librotecnia, 2016.

confrontación de la prueba sea eludida por medio de su reemplazo por documentos que den cuenta de declaraciones previas del testigo o perito. Mas específica todavía es la regla del artículo 334 que prohíbe la incorporación a juicio de los registros de la policía o del Ministerio Público, es decir con esto se termina de proscribir el uso del expediente de investigación como fuente de prueba, lo que solía ser el método fundamental en el sistema inquisitivo tradicional. Otra norma muy importante es la del artículo 332 que permite el uso excepcional de declaraciones previas para la confrontación de un testigo que comparece al juicio. Esta regla es otro instrumento central destinado al ejercicio de la defensa entendida como facultad de confrontación de la prueba de cargo.

Las regulaciones del ejercicio de la defensa en juicio por medio de la confrontación de la prueba están complementadas con otras normas destinadas a hacerlas practicables. Nos referimos fundamentalmente a aquellas destinadas a permitir que el imputado tenga acceso anticipado al conocimiento de las pruebas que el fiscal pretende presentar con el fin de preparar el ejercicio de la confrontación. Ellas son fundamentalmente la del artículo 259 letra f), que obliga al fiscal la indicación precisa de las pruebas de que se ha de valer en el juicio y la del artículo 182, que otorga a la defensa pleno acceso a los registros de la investigación del fiscal con el objetivo de preparar la confrontación de la prueba durante el juicio.

En síntesis, el Código Procesal Penal buscó establecer en Chile un juicio oral que permitiera el ejercicio de las garantías básicas del debido proceso. Para lograr ese propósito procuró en primer lugar instalar con mucha fortaleza las ritualidades básicas por medio de normas muy estrictas, pero además busco desarrollar de manera bastante específica el ejercicio de la confrontación entendiendo que este constituye el elemento fundamental del ejercicio de la defensa. Estas regulaciones a su vez han dado lugar a un amplio desarrollo de prácticas, comentarios legales, actividades de capacitación y jurisprudencia de los diversos tribunales, lo que las ha hecho adquirir una enorme centralidad práctica en el sistema de justicia chileno, que ha pasado a recepcionar al juicio oral como la expresión central de su funcionamiento y expresión fundamental de las garantías del imputado.

2. EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL⁴

Como ya hemos indicado, el propio Código Procesal Penal que lo consagró introdujo la posibilidad de evitar al estado la necesidad de llevar adelante un juicio oral y público, permitiendo que el imputado renunciara a todos los derechos que se realizan en él y admitiera un juzgamiento con mucha menos garantías por la vía del procedimiento abreviado regulado en el Título III del libro cuarto del Código Procesal Penal, o por su correlato en el procedimiento simplificado para los casos de penas inferiores a quinientos cuarenta y un días de privación de libertad, consistente en el reconocimiento de responsabilidad en regulado en el Artículo 395.

La base de dicha renuncia está constituida por un acuerdo entre el imputado y el fiscal por el cual el primero acepta los hechos de la acusación y el juzgamiento basado en los antecedentes de la investigación realizada por el fiscal, y este último fija una pena que constituye el máximo de la condena que puede ser establecida por el juez.

Cuando se tomó la decisión de proceder de esta manera se estaba siguiendo la tendencia generalizada de las legislaciones de la época⁵. Pero además se tuvo en cuenta la información disponible que llamaba la atención acerca de los riesgos involucrados en permitir la renuncia al juicio oral y sus garantías e cuanto este camino se pudiera convertir en una formula extorsiva destinada a presionar a los imputados para obtener su renuncia al juicio y generar así la posibilidad de una vulneración de las garantías básicas que el Código pretendía establecer⁶.

⁴ Mi conocimiento de la discusión que se produjo en torno al procedimiento abreviado proviene de mi participación como director del equipo que redactor del Proyecto de Código Procesal Penal que fue enviado por el ejecutivo al Congreso y luego como asesor del ministerio de justicia en toda la tramitación del Código. Además: RIEGO, Cristián. *El Procedimiento Abreviado*. In: CAROCCA, Alex (org.). *Nuevo Proceso Penal*. Santiago: Jurídica Cono Sur, 2000. p. 205-226; RIEGO, Cristian. *El Procedimiento Abreviado en Chile*. In: MAIER, Julio B. J.; BOVINO, Alberto (comps.) *El Procedimiento Abreviado*. Buenos Aires: Del Puerto, 2001. p. 453-475.

⁵ HORVITZ, María Inés; LOPEZ, Julián. *Derecho Procesal Penal Chileno*. Tomo II. Santiago: Jurídica de Chile, 2014. p. 503.

⁶ Un buen ejemplo de las aprehensiones que a la época del Código generaba el procedimiento abreviado la expresa Julio Maier, sin duda el autor más in-

En consecuencia, la fórmula que se utilizó estuvo destinada a permitir que el imputado que no tuviera una discrepancia sustantiva con los cargos formulados en su contra pudiera optar por una forma de juzgamiento más sencilla obteniendo algunas ventajas limitadas, las que en ningún caso deberían constituirse en un incentivo o una presión tan fuerte como para que quienes realmente se opongán sustantivamente a la acusación se vieran motivados a renunciar al juicio y a las garantías que el ofrece.⁷

La limitación más importante que se estableció en el Código al procedimiento abreviado consistió en restringir su aplicación a la aplicación de sanciones relativamente bajas por medio de establecer que solo podían ser juzgadas por esta vía las acusaciones en que la pena solicitada por el fiscal no excediera los cinco años de privación de libertad. Esta limitación tiene una enorme importancia porque en la práctica no solo restringe la posibilidad de que se establezcan penas de larga duración por la vía de la negociación sino que favorece el uso de este procedimiento para penas sustitutivas a la privación de libertad que son de general aplicación en el sistema chileno a las penas no superiores a cinco años tratándose de personas sin condenas penales anteriores.

A pesar de que no contamos con datos precisos al efecto, no parece demasiado aventurado afirmar que en la práctica en nuestro sistema de justicia penal, hasta antes de la vigencia de la ley 20.931 no era

fluyente sobre los Códigos que se dictaron en diversos países latinoamericanos en ese período: “el orgullo que sin modestia siento al observar como “prendieron” ciertas instituciones de aquel proyecto de 1986 (...) no se reproduce en este caso. Aquí he dado pie, sin una reflexión política y de fondo, a una institución, en principio extraña a nuestra cultura jurídica, que se expande y amenaza con derribar los pilares de nuestra comprensión de la pena estatal y del procedimiento necesario para imponerla” (MAIER, Julio. Prologo. In: MAIER, Julio; BOVINO, Alberto (comps). *El Procedimiento Abreviado*. Buenos Aires: Del Puerto, 2001).

⁷ Un ejemplo de las múltiples aprehensiones y resistencias que en la comunidad legal chilena genera la posibilidad de una condena basada en un procedimiento consensuado en: DEL RIO, Carlos. *Proceso Penal consenso de las partes y enjuiciamiento jurisdiccional*. Santiago: Librotecnia, 2009. También: HORVITZ, María Inés; LOPEZ, Julián. *Derecho Procesal Penal Chileno*. Tomo II. Santiago: Jurídica de Chile, 2014. p. 503. Quienes además exponen algunas de las críticas más importantes a estas formas de juzgamiento provenientes de la literatura europea y de los EEUU.

común que se condenara en procedimiento abreviado a penas que se traduzcan en encarcelamientos efectivos. La gran mayoría de los condenados por esta vía lo son medidas alternativas a la privación de libertad. Tampoco estableció el sistema chileno premios o rebajas especiales de penas para quienes acepten la renuncia a juicio, fórmula que es común en otras legislaciones que se tuvieron a la vista en la elaboración del Código Procesal Penal.⁸

En general nos parece posible sostener que el sistema del Código Procesal Penal no estuvo orientado a incentivar la aceptación de renuncia al juicio por la vía de una negociación basada en diferencias entre la sanción que es posible establecer en el juicio y aquella que el fiscal fija como máxima en el procedimiento abreviado. Es claro que alguna diferencia puede existir, pero ella no resulta demasiado significativa dado que los fiscales no pueden renunciar a la persecución ni a una parte de ella de acuerdo con el principio de legalidad. En la práctica las diferencias de penas que los fiscales pueden ofrecer para incentivar la renuncia al juicio se limitan más bien a fijar las penas máximas que se ubiquen en los rangos inferiores de los marcos establecidos por la ley, a favorecer la aceptación por parte del juez de una circunstancia atenuante, a no alegar alguna circunstancia agravante, o a recomendar el uso de una medida alternativa o sustitutiva a la privación de libertad, cuestiones que por lo demás los jueces pueden resolver autónomamente sin la petición del fiscal si es que sus fundamentos aparecen probados.⁹

⁸ Por ejemplo, en el sistema Italiano la aceptación del procedimiento abreviado por parte del imputado se premia con una rebaja de un tercio de la pena que el juez deba imponer. Artículo 442 N° 2 del Código de Procedimiento Penal Italiano.

⁹ En un texto anterior, cercano a la vigencia del inicio del nuevo sistema procesal penal, sostuve que si bien el CPP pretendió regular de modo restrictivo la posibilidad de la rebaja de penas como un incentivo a la renuncia al juicio, existían posibilidades de que por la vía informal los fiscales pudieran generar esos incentivos. No obstante, y aunque no conozco estudios empíricos que permitan acreditar esto de manera precisa, mi impresión es que ello ha ocurrido solo en el sentido de que en algunos casos los fiscales favorecen sustantivas, en general orientadas a alcanzar marcos penales que permitan la aplicación de medidas alternativas a la privación de libertad: RIEGO, Cristian. El Procedimiento Abreviado en Chile. In: MAIER, Julio B. J.; BOVINO, Alberto (comps.) *El Procedimiento Abreviado*. Buenos Aires: Del Puerto, 2001.

Por otra parte el diseño del procedimiento mismo también está orientado a no favorecer la negociación directa sobre el monto de la pena dado que el juez no basa su decisión en el acuerdo entre las partes. A pesar de la aceptación de los hechos por parte del imputado, se requiere que el juez valore la prueba y dicte una sentencia, la que incluso podría ser absolutoria.¹⁰ De este modo la ley ha procurado evitar un modelo de justicia estrictamente consensual en el que la condena tiene su origen directamente desde el acuerdo de partes, reemplazándolo más bien por un modelo en el que el acuerdo establece una forma distinta de juzgamiento en la que tanto la decisión condenatoria como el monto de la pena son decisiones entregadas al juez y este debe tomarlas con base en las pruebas allegadas y en las reglas legales.

A todas las limitaciones enumeradas anteriormente se suma la existencia de la norma del Artículo 409 del CPP que obliga al juez a cautelar de manera específica la voluntariedad del acuerdo, pudiendo rechazarlo si es que estima que el imputado no ha actuado voluntariamente o con la adecuada información. Dicha obligación del juez aparece especialmente fortalecida en cuanto el artículo 414 inciso segundo del CPP permite que el ejercicio de ese control pueda ser objeto de revisión por la vía del recurso de apelación que recae sobre la sentencia dictada en el procedimiento abreviado, es decir una vez que el procedimiento abreviado ha concluido, probablemente con una sentencia condenatoria, todavía puede el imputado cuestionar la voluntariedad del acuerdo por el cual renunció a su derecho a un juicio.

En síntesis, nos parece posible afirmar que la recepción de la posibilidad de renuncia al juzgamiento por medio de un juicio oral y su reemplazo por un sistema simplificado basado en un acuerdo entre las partes, fue admitida en el Código Procesal Penal del año 2000 de modo muy limitado tanto en cuanto al monto de las penas susceptibles de ser impuestas por esta vía, a la falta de un margen importante de discrecionalidad para el fiscal que favoreciera su poder negociador y en cuanto a preservar para el juez facultades importantes que le permiten controlar

¹⁰ FALCONE, Diego. La Absolución en el Procedimiento Abreviado. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXVI, p. 363-378, 2005.

tanto las condiciones del pacto entre las partes, la suficiencia de la prueba de cargo y la legalidad de la pena, antes de dar lugar a una condena.

3. LA NUEVA REGULACIÓN EN LA LEY 20.931 DE 2016

El juicio oral tiene ya diecisiete años de presencia en Chile y parece razonable sostener que más allá de innumerables defectos en su práctica, sus ritualidades básicas se encuentran bastante asentadas en el país. No obstante, uno de los problemas que se ha venido planteando es que el volumen de juicios es bastante elevado¹¹. Esta situación ha generado la percepción de que el gasto de recursos humanos y materiales en los juicios es muy alto y de que en muchos casos no está justificado dado que en una porción importante de los casos no hay una verdadera contradicción de los cargos por parte de la defensa.

Dichos cuestionamientos han sido especialmente importantes en los casos vinculados a lo que podríamos llamar la criminalidad común, que suele ser la principal fuente de atención por parte de los medios de comunicación y de la política nacional. Frente a ese tipo de planteamiento se han esbozado diversas iniciativas de reforma una de las más importantes de las cuales se ha traducido en la ley 20.931 del año 2016.

Dicha ley contiene una cantidad muy significativa de reformas específicas destinadas a mejorar la persecución penal de los delitos que se considera que afectan de modo significativo la seguridad pública. Desde el punto de vista de las políticas de seguridad pública se ha estimado que de la gran cantidad de delitos definidos por la ley, es solo un número limitado de ellos los que producen el efecto de afectar de manera predominante la seguridad de la población tanto en términos objetivos como subjetivos. Es decir, unos pocos tipos penales concentran una gran cantidad de hechos delictivos y estos a su vez contribuirían de manera decisiva al aumento del temor de la población. Debido a esto las

¹¹ De acuerdo con los datos del Ministerio Público en el año 2007, a dos años de la entrada en vigencia del nuevo sistema en todo el país, se desarrollaron un total de 6.086 juicios orales. El año 2010 esa cifra aumentó a 10.175 juicios. En 2013 la cifra fue de 9.135 y en 2016 de 11.705 juicios por año.

estrategias estatales destinadas a mejorar la seguridad suelen concentrarse en los delitos incluidos en esa categoría, la que suele ser definida como delitos que afectan la seguridad pública o delitos de mayor connotación social¹².

Es a partir de una definición como la descrita que esta ley ha buscado fortalecer la persecución penal respecto de un grupo de delitos específicos¹³. Se trata de los delitos contra la propiedad más tradicionales vinculados a lo que se conoce comúnmente como la delincuencia común, esto es los delitos de hurto y las diferentes formas de robos descritas en nuestra legislación penal¹⁴⁻¹⁵.

¹² Aparentemente uno de los primeros usos del criterio de discriminación descrita y la expresión “delitos de mayor connotación social” corresponde al documento llamado: Diagnostico de la Seguridad Ciudadana en Chile, Ministerio del Interior, Mayo de 2004. p. 19. En ese texto se plantea la necesidad de focalizar la atención en algunos delitos y aunque no se hacen definiciones precisas se focaliza la atención en algunos delitos contra la propiedad. Otros documentos que utilizan esta aproximación varían en cuanto a los delitos que se toman en cuenta pero siempre con un énfasis en los delitos contra la propiedad. Por ejemplo, la encuesta de victimización Paz Ciudadana- Adimark pregunta por los delitos de robo solamente (<<http://www.pazciudadana.cl/wp-content/uploads/2017/01/ipc-2016-version-conferencia-120117.pdf>>). Por su parte la encuesta nacional de victimización ENUSC que realiza el gobierno incluía tradicionalmente los delitos de hurto, robo y lesiones, a los que a partir del año 2015 se agregaron otras categorías de delitos como son los daños a vehículos o viviendas, algunos delitos económicos, los delitos cibernéticos, el delito de amenazas y una categoría caracterizada como incivildades y violencias en los barrios (<<http://www.seguridadpublica.gov.cl/media/2016/05/ENUSC-2015.pdf>>).

¹³ El mensaje de la ley hace referencia al aumento en los delitos de mayor connotación social registrado por las encuestas de victimización y al hecho de que dentro de esa categoría los delitos contra la propiedad representan una proporción muy mayoritaria. Mensaje N° 1167-362/ del Presidente a de la República a la cámara de diputados, Santiago, 23 de enero de 2015.

¹⁴ Los delitos incluidos en este nuevo régimen son los delitos comprendidos en los Párrafos 1 a 4 bis, con excepción de aquellos contemplados en los artículos 448, inciso primero, y 448 quinquies, y del artículo 456 bis A, esto es, todos los robos y hurtos con excepción del hurto de hallazgo simple y el de apropiación de plumas, pelos, crines, cerdas, lanas o cualquier elemento del pelaje de animales ajenos y con la adición del delito de recepción de bienes producto de robos y hurtos.

¹⁵ La identidad que esta ley plantea entre afectación a la seguridad pública y delitos de robo y hurto parece problemática tanto por la exclusión de ciertos

La modificación más sustantiva está constituida por un conjunto de cambios específicos cuya interacción simultánea genera en nuestra opinión un escenario completamente nuevo para el funcionamiento del procedimiento abreviado en un espacio que representa una porción muy significativa del total de delitos de que conoce el sistema.

Este cambio tiene tres componentes legales principales. El primero de ellos está constituido por una modificación del sistema de determinación de las penas aplicables a los delitos de hurto y a todas las modalidades de robo establecidas en Código Penal Chileno. El sistema general de determinación de penas consiste en que el Código Penal asocia a cada tipo delictivo unas penas cuya duración está condicionada por un marco relativamente amplio de tiempo dentro del cual el juez debe determinar la duración específica a partir de algunos criterios que la ley establece. Pero el marco de duración establecido por la ley puede cambiar por la existencia de diversas circunstancias atenuantes o agravantes que están descritas pormenorizadamente por la ley y cuya existencia debe el juez determinar de modo preciso en el fallo. De este modo, la existencia de circunstancias atenuantes o agravantes puede hacer que la pena final se encuentre fuera del marco establecido por la ley para el tipo penal.

La nueva ley cambia la fórmula descrita respecto de los delitos abarcados por ella, en el sentido de impedir que las atenuantes y agravantes permitan al juez modificar el marco penal. Es decir, respecto de esos delitos, hurtos y robos, el efecto de las atenuantes o agravantes que puedan existir opera solo para permitir al juez determinar la pena al interior del marco. En el caso de tratarse de personas reincidentes, además del efecto descrito, se establece que la determinación de la pena

delitos como por la inclusión de otros. En cuanto a la exclusión, los propios instrumentos usados para medir la victimización han ido ampliando el conjunto de situaciones que se incluyen en esta categoría por su contribución a la inseguridad, de este modo se trata de abarcar diversos hechos violentos que generan un efecto de temor en la población como las peleas con resultados de lesiones o los disparos de armas de fuego. Por otra parte, en cuanto a la inclusión, el tipo penal de hurto incluye muchos incidentes que en realidad tienen una peligrosidad baja y que difícilmente contribuyen al temor ciudadano de manera importante, como son los hurtos de cosas de poco valor en el comercio, por ejemplo.

operará solo en la mitad superior del marco penal, es decir la reincidencia produce el efecto de excluir del ámbito de determinación de la pena la mitad inferior del marco¹⁶.

El segundo componente del cambio está constituido por una norma que otorga un incentivo extraordinario para el imputado que, tratándose de los mismos delitos a los que se aplican las nuevas reglas de determinación de las penas, consienta en renunciar a su derecho a un juicio oral y convenga en un procedimiento abreviado o acepte la responsabilidad en un procedimiento simplificado. El premio establecido por la ley consiste en la posibilidad de rebaja de un grado en la pena, respecto de la que corresponda a partir de la aplicación de los criterios de determinación establecido en el componente descrito anteriormente¹⁷.

Finalmente, el tercer componente está constituido por la ampliación, solo para los delitos a los que se refiere esta nueva regulación, de la aplicabilidad del procedimiento abreviado el que pasa de un límite

¹⁶ Nuevo artículo 449: “Para determinar la pena de los delitos comprendidos en los Párrafos 1 a 4 bis, con excepción de aquellos contemplados en los artículos 448, inciso primero, y 448 quinquies, y del artículo 456 bis A, no se considerará lo establecido en los artículos 65 a 69 y se aplicarán las reglas que a continuación se señalan: 1ª. Dentro del límite del grado o grados señalados por la ley como pena al delito, el tribunal determinará la cuantía de la pena en atención al número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes concurrentes, así como a la mayor o menor extensión del mal causado, fundamentándolo en su sentencia. 2ª. Tratándose de condenados reincidentes en los términos de las circunstancias agravantes de los numerales 15 y 16 del artículo 12, el tribunal deberá, para los efectos de lo señalado en la regla anterior, excluir el grado mínimo de la pena si ésta es compuesta, o el minimum si consta de un solo grado”.

¹⁷ Intercálase en el artículo 407 el siguiente inciso cuarto, nuevo, pasando el actual a ser inciso quinto: “Sin perjuicio de lo establecido en los incisos anteriores, respecto de los delitos señalados en el artículo 449 del Código Penal, si el imputado acepta expresamente los hechos y los antecedentes de la investigación en que se fundare un procedimiento abreviado, el fiscal o el querellante, según sea el caso, podrá solicitar una pena inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley, debiendo considerar previamente lo establecido en las reglas 1a o 2a de ese artículo”. Agrégase en el artículo 395 el siguiente inciso segundo: “En los casos de los delitos señalados en el artículo 449 del Código Penal, el fiscal podrá solicitar una pena inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley, debiendo considerar previamente lo establecido en las reglas 1a y 2a del artículo 449 del mismo cuerpo legal”.

de cinco años de privación de libertad como pena máxima a uno de diez años¹⁸.

El conjunto de estos tres componentes produce un efecto muy acentuado sobre el modo en que los delitos contra la propiedad son tratados por el sistema de justicia penal a partir de la vigencia de la nueva ley. En la práctica, la ley en cuestión supone un aumento muy sustantivo en las penas que efectivamente han de ser determinadas por los jueces. Por otra parte ese aumento puede ser compensado, a lo menos parcialmente, por medio de la renuncia al juicio y el acuerdo en el procedimiento abreviado. El efecto descrito es especialmente intenso en los delitos que tienen una pena superior a los cinco años debido a que bajo ese umbral existe la posibilidad de la aplicación de una medida alternativa a la pena privativa en libertad siempre que el imputado no tenga condenas previas. En esos casos, solía ocurrir que el juez rebajara la pena por aplicación de atenuantes y otorgara una medida alternativa a la privación de libertad que permite evitar el encierro. De acuerdo con la nueva ley, el único camino que queda disponible al imputado que es candidato a la medida alternativa a la privación de libertad es el de acceder a la rebaja de pena por medio de la renuncia a juicio.

Llevando la situación a un ejemplo concreto, supongamos que se trata de un imputado por robo con intimidación que no tiene condenas previas. La pena establecida por la ley fija un marco entre cinco años y un día a quince años. Anteriormente, dependiendo de las circunstancias específicas, esa persona podía tener la expectativa de una rebaja de pena por la atenuante de la irreprochable conducta anterior quedando por ejemplo con una pena de tres años y un día a cinco años. En ese rango de pena quedaba en una buena posición para obtener una medida alternativa a la privación de libertad y no ir a la cárcel. Con la nueva regulación, las atenuantes que pueda tener, incluyendo la irreprochable

¹⁸ Añádese, en el inciso primero del artículo 406, luego de la frase “no superior a cinco años de presidio o reclusión menores en su grado máximo”, la expresión: “no superior a diez años de presidio o reclusión mayores en su grado mínimo, tratándose de los ilícitos comprendidos en los párrafos 1 a 4 bis del título IX del Libro Segundo del Código Penal y en el artículo 456 bis A del mismo Código, con excepción de las figuras sancionadas en los artículos 448, inciso primero, y 448 quinquies de ese cuerpo legal”, antecedida de un punto y coma.

conducta anterior no le permiten bajar la pena de los cinco años y un día y por lo tanto deberá cumplir una de privación de libertad efectiva. La única manera de evitarlo será la de renunciar al juicio y aceptar el procedimiento abreviado. En consecuencia, la diferencia de pena como incentivo para renunciar al juicio será de cinco o más años de privación de libertad. Si va a juicio arriesga una condena por ese tiempo, si accede al procedimiento abreviado puede acceder a una pena de cumplimiento alternativo, es decir, no será privado de libertad.

En el caso de las personas que tiene condenas anteriores el elemento que acrecienta la diferencia de pena está en la norma que suprime el grado mínimo o el *minimum* para el cálculo de la sanción específica. Si tomamos el mismo ejemplo anterior del robo con intimidación pero de una persona reincidente, la pena establecida en la ley abarca dos grados, de cinco años y un día a diez años y de diez años y un día a quince años. La nueva regla obliga a suprimir el grado más bajo con lo que el sujeto podría ser condenado en juicio oral a una pena mínima de diez años y un día. Con la renuncia a juicio se puede obtener una reducción de un grado con lo que la pena mínima que el fiscal puede ofrecer es de cinco años y un día. De nuevo en este segundo caso la diferencia de pena es importante y sería de cinco años de privación de libertad.

El análisis del efecto de la nueva regulación que podemos hacer a estas alturas es solo hipotético y además aparece muy simplificado porque solo toma en cuenta la variable del monto de las penas que podrían ser aplicadas de acuerdo con la nueva ley. En la realidad existen varios otros factores que condicionan las negociaciones que eventualmente conducen a un procedimiento abreviado. Uno sin duda muy importante es el de la prisión preventiva, el hecho de que el imputado se encuentre en prisión preventiva u otras medidas cautelares importantes puede ser un gran incentivo a la aceptación de un procedimiento abreviado, especialmente si la oferta del fiscal permite anticipar una pena susceptible de una medida alternativa a la privación de libertad. En relación con esta variable, nos parece claro que la ley 20.931 debiera jugar un papel importante en cuanto a favorecer el otorgamiento de prisión preventiva u otras cautelares intensas para los delitos a los que afecta. Lo anterior especialmente debido a que diversas reformas legales han

condicionado cada vez más intensamente a los jueces para la dictación de esa medida en los delitos con penas altas¹⁹⁻²⁰.

La ley 20.931 ha realizado modificaciones que sin constituir cambios estructurales aparentes a las instituciones del sistema procesal penal representan, a lo menos respecto de un aspecto muy importante del mismo lo que podríamos llamar un cambio de modelo. Esto es, el legislador ha establecido un conjunto de reglas que fijan nuevas condiciones y nuevos incentivos para los actores del sistema de justicia penal que muy probablemente los llevarán a una práctica muy diferente a la vigente en cuanto a la aplicación del procedimiento abreviado en los delitos contra la propiedad abarcados por ella. Todo este nuevo esquema obedece en realidad a un nuevo marco ideológico para la comprensión de la función del procedimiento abreviado en los delitos de robo y hurto.

En el segmento de delitos regulados de manera especial por la ley comentada se ha dispuesto un alza sustantiva de las penas efectivamente aplicables para los delitos de hurto y robo. No obstante, dicha alza puede compensarse a lo menos en parte por medio de la renuncia al juicio. Al mismo tiempo se ha ampliado el rango de pe-

¹⁹ En especial el inciso cuarto del artículo 140 letra c) introducido por la ley 20.253 de 2008 que establece una especie de presunción de peligrosidad para varias hipótesis entre las que se encuentra la de tener el delito una pena de crimen establecida en la ley. Sobre esto: DUCÉ, Mauricio; RIEGO, Cristián. *La Prisión Preventiva en Chile: Análisis de los cambios legales y su impacto*. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, 2011.

²⁰ La propia ley 20931 contiene una norma que continúa la tendencia de favorecer el uso de la prisión preventiva. Se trata de una modificación del inciso segundo del Artículo 149 del Código Procesal Penal. La ley 20.253 de 2008 introdujo en ese inciso una regla que estableció que tratándose de ciertos tipos penales, la resolución del juez de garantía que no otorgara o revocara la prisión preventiva no daría lugar a la libertad del imputado mientras no fuera confirmada por la Corte de Apelaciones. Tres de esos delitos están entre los afectados por nuestro análisis, los de los artículos 433, 436, 440 del Código Penal. La ley 20.931 modifica esa regla en varios sentidos siendo el más importante que suprime la limitación de su aplicación a los delitos que merezcan pena de crimen. Es decir ahora la norma se aplica a los tipos penales cualquiera sea su pena. Sin embargo, no afecta a la posibilidad del otorgamiento de la prisión preventiva en los casos que estamos analizando dado que los tres tipos penales contra la propiedad incluidos en el inciso segundo de artículo 149 tienen todas penas de crimen.

nas a las que puede aplicarse el procedimiento abreviado. En consecuencia, aquellos que demanden el ejercicio de su derecho a un juicio deberán pagar un costo muy alto en términos del riesgo de una pena mayor. Lo más probable es que dada esta señal otorgada por la ley y los incentivos asociados, los actores amolden su conducta generando prácticas que abandonen cualquier desconfianza respecto del procedimiento abreviado y se orienten más bien a favorecerlo, reduciéndose por ejemplo las posibilidades de que los jueces indaguen sobre las motivaciones del acuerdo, sobre los méritos probatorios del caso y se reduzca la posibilidad de rechazo del procedimiento abreviado por parte del juez. Incluso es probable que los defensores asuman e integren a su práctica la noción de que la negociación es un camino conveniente y aún los mismos imputados, especialmente aquellos con contactos frecuentes con el sistema entiendan que es así como este funciona y tiendan a olvidar la noción de que el juicio es la forma regular de resolución de los casos.

En consecuencia, es posible que en los próximos años podamos observar que tratándose de los delitos no regulados por la ley 20.931 se mantenga vigente una lógica de utilización limitada del procedimiento abreviado, donde se exprese la noción original del Código Procesal Penal que lo regula de manera más bien reticente a su utilización. En cambio, en los delitos incluidos en la nueva ley es muy probable que se genere una lógica diferente en que el juicio tienda a disminuir su presencia y el procedimiento abreviado tienda a constituirse en la forma rutinaria de funcionamiento del sistema.

En una sociedad democrática es normal y esperable que el proceso penal cambie en sus orientaciones ampliando o reduciendo las expresiones concretas de las garantías individuales. Los cambios en las expectativas de público, en las circunstancias de la criminalidad, en las diversas opciones ideológicas de los gobernantes, son, entre otros, factores que van modificando los diversos componentes de la justicia penal. Sin embargo, lo que es criticable es la aplicación diferenciada de una concepción ideológica de la justicia penal, en este caso destinada a evitar el juicio oral y sus garantías, a solo una parte de los delitos de que conoce el sistema, en especial cuando ellos tienden a ser cometidos por un segmento socialmente desfavorecido de la población.

CONSIDERACIONES FINALES

Quizás el principal factor que contribuye a que las nociones ideológicas en competencia respecto a la justicia penal mantengan un cierto equilibrio en el terreno legislativo y de las definiciones de prioridades y lógicas de las instituciones está en el hecho de que, dada la amplitud de la definición de las conductas delictivas, miembros de todos los grupos sociales pueden ser a lo menos teóricamente objeto de la persecución penal. Si bien es cierto que la persecución penal suele recaer muy mayoritariamente sobre personas de los grupos relativamente más pobres y con menos influencia política y social, existen casos en que se persigue a personas de otros grupos e incluso ocasionalmente a algunos miembros de los sectores más influyentes. Esta circunstancia permite que cuando se toman las definiciones sobre el sistema de justicia penal todos los grupos y en especial los de mayor poder se vean obligados a tomar en cuenta, aunque sea de manera tenue, las nociones que aquí hemos caracterizado como vinculadas al modelo del debido proceso. Es decir el hecho de que todos podamos ser afectados por el sistema, aunque el riesgo sea muy diferente, contribuye a que este mantenga un cierto equilibrio básico.

En nuestra opinión la ley 20.931, siguiendo otras reformas anteriores, aunque menos significativas en cuanto a su impacto,²¹ ha venido a establecer una segmentación en nuestro sistema de justicia penal que rompe el principio de unidad del sistema y permite, en consecuencia, el desequilibrio del mismo. Es muy difícil imaginar una regulación del procedimiento abreviado como la que introduce esta ley, con los enormes incentivos para la renuncia al juicio si es que debiera aplicarse a todos los delitos, en especial a aquellos que pueden ser cometidos por personas que forman parte de los grupos sociales más poderosos.

Las ideas que hemos planteado sobre lo que hemos pretendido definir como un segmento diferenciado de nuestro sistema de justicia penal que es el constituido por los delitos de hurto y robo después de la ley 20.931 son prospectivas e hipotéticas. La sola existencia de una regulaci-

²¹ Existen otras modificaciones legales recientes que han introducido reglas especiales para la determinación de las penas para delitos específicos. Es el caso de la ley 20.770 relativa algunos delitos de la ley de tránsito y la 20.813 relativa a delitos de la ley de control de armas. Estas leyes son manifestaciones de la tendencia a la fragmentación de nuestro sistema de justicia penal y generan

ón legal diferenciada no basta para definir que ese segmento responde a otro modelo ideológico puesto que para ello se requeriría que las prácticas profesionales, la comprensión de los operadores y el funcionamiento rutinario del sistema se orientara en el sentido inducido por la ley. La ocurrencia o no de un fenómeno semejante es algo que debe evaluarse en el futuro por medio de estudios empíricos y es posible pensar razones por las cuales dicho desarrollo puede verse fuertemente atenuado. Por ejemplo, cabe la posibilidad de que, frente a la necesidad de imponer penas más severas, los jueces aumenten las exigencias probatorias y tiendan a absolver una mayor proporción de casos. Eso disminuiría el poder negociador de los fiscales y consecuentemente no se produciría el efecto de disminución en el incentivo del imputado para pedir su derecho al juicio.

Pero, más allá de cómo se desarrolle en concreto el proceso de aplicación de la nueva ley pensamos que esta abre una perspectiva muy problemática, que es la de que continúe la dictación legislación para un segmento diferenciado del sistema de justicia penal continúe a nivel legislativo. Es decir, una vez que este se encuentra definido resulta mucho más fácil para el legislador dictar nuevas normas que, por ejemplo, corrijan cualquier resistencia que desde los actores del sistema se manifieste en cuanto a dar lugar a un sistema de sanciones rápidas mediante procedimiento abreviado para los delitos de Hurto y Robo.

REFERENCIAS

BAYTELMAN, Andres; DUCE, Mauricio. *Litigación Penal y Prueba*. Santiago: Universidad Diego Portales, 2004.

DEL RIO, Carlos. *Proceso Penal consenso de las partes y enjuiciamiento jurisdiccional*. Santiago: Librotecnia, 2009.

DUCE, Mauricio; RIEGO, Cristian. *La Prisión Preventiva en Chile: Análisis de los cambios legales y su impacto*. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, 2011.

FALCONE, Diego. La Absolución en el Procedimiento Abreviado. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXVI, p. 363-378, 2005.

serios problemas aunque no alcanzan el carácter estructural ni tienen en impacto cuantitativo de la ley 20.931.

HORVITZ, María Inés; LOPEZ, Julián. *Derecho Procesal Penal Chileno*. Tomo II. Santiago: Jurídica de Chile, 2014.

LANGER, Maximo. From Legal Transplants to Legal Translations: The globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure Trial. In: THAMAN, Stephen (ed.). *World Plea Bargaining*. Consensual Procedures and the Avoidance of the Full Criminal Trial. Durham: Carolina Academic Press, 2010.

MAIER, Julio. Prologo. In: MAIER, Julio; BOVINO, Alberto (comps). *El Procedimiento Abreviado*. Buenos Aires: Del Puerto, 2001.

RIEGO, Cristián. El Procedimiento Abreviado. In: CAROCCA, Alex (org.). *Nuevo Proceso Penal*. Santiago: Jurídica Cono Sur, 2000.

RIEGO, Cristian. El Procedimiento Abreviado en Chile. In: MAIER, Julio B. J.; BOVINO, Alberto (comps.) *El Procedimiento Abreviado*. Buenos Aires: Del Puerto, 2001.

THAMAN, Stephen. A Typology of Consensual Criminal Procedure, an Historical and Comparative Perspective on the Theory and Practice of Avoiding the Full Criminal Trial. In: THAMAN, Stephen (ed.). *World Plea Bargaining*. Consensual Procedures and the Avoidance of the Full Criminal Trial. Durham: Carolina Academic Press, 2010.

VIAL, Pelayo. *Técnicas y Fundamentos del Contraexamen en Proceso Penal Chileno*. Santiago: Librotecnia, 2016.

Informações adicionais e declarações dos autores (integridade científica)

Declaração de conflito de interesses (conflict of interest declaration): o autor confirma que não há conflitos de interesse na realização das pesquisas expostas e na redação deste artigo.

Declaração de autoria (declaration of authorship): todas e somente as pessoas que atendem os requisitos de autoria deste artigo estão listadas como autores. O autor se responsabiliza integralmente pelo conteúdo total deste artigo.

Declaração de ineditismo e originalidade (declaration of originality): assegura-se que o texto aqui publicado não foi divulgado anteriormente em outro meio e que futura republicação somente se realizará com a indicação expressa da referência desta publicação original; também atesta-se que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

Dados do processo editorial

(<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies>)

- Recebido em: 11/04/2017
- Controle preliminar e verificação de plágio: 12/04/2017
- Retorno rodada de correções 1: 12/04/2017
- Avaliação 1: 25/05/2017
- Avaliação 2: 04/06/2017
- Avaliação 3: 07/06/2017
- Avaliação 4: 07/06/2017
- Decisão editorial preliminar: 08/06/2017
- Retorno rodada de correções 2: 12/06/2017
- Decisão editorial final: 13/06/2017

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editora-associada: 1 (FMB)
- Revisores: 4

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

RIEGO, Cristián. La renuncia a las garantías del juicio oral por medio del procedimiento abreviado en Chile. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 3, p. 825-847, set./dez. 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i3.80>



Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.

A oralidade no novo código de processo penal da nação Argentina¹

The orality in the new criminal procedure code of the argentine nation

Leonel González Postigo

Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) – Santiago/Chile

leonel.gonzalez@cejamericas.org

 orcid.org/0000-0001-7924-7791

Tobías José Podestá

Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) – Santiago/Chile

podestatobias@gmail.com

 orcid.org/0000-0002-9792-4255

RESUMO: O novo Código de Processo Penal da Nação Argentina estabeleceu um sistema de audiências orais. Neste artigo se descrevem as principais mudanças de cada etapa processual, em conjunto com a identificação dos desafios colocados para a dinâmica das audiências.

PALAVRAS-CHAVE: Processo Penal; oralidade; Argentina.

ABSTRACT: *The new Criminal Procedure Code of the Nation of Argentina established a system of oral hearings. This article describes the main changes of each stage of the process together with the identification of the challenges involved in the dynamics of the audiences.*

KEYWORDS: *Criminal procedure; orality; Argentina.*

¹ Este artigo é uma versão resumida e traduzida para português do trabalho *Oralidad en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación Argentina*, publicado na *Revista de Derecho Procesal Penal*, Santa Fe, Argentina, 2015. Tradução de Caíque Ribeiro Galícia e Vinícius Diniz Monteiro de Barros.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho se ocupará de analisar a oralidade no novo Código Processual Penal da Nação (doravante, CPPN) como metodologia de trabalho para que as partes formulem suas pretensões e os juízes decidam, ao longo de todo o processo.

A promulgação da Lei 27.063² (2014) provou-se um grande feito, ao aprovar um novo Código de Processo Penal da Nação Argentina, de matriz acusatória que incorpora vários institutos processuais com a finalidade de permitir os exercícios de direitos em diversos corpos normativos supraleais.³ Sem embargo, pelo decreto presidencial 257/2015⁴ se postergaram aqueles aspectos vinculados à sua implantação, com base nos conteúdos dos informes elaborados pela Comissão Bicameral de Monitoramento e Implantação do Novo Código de Processo Penal da Nação e pela União de Pessoal da Justiça da Nação. O diferimento, por ora indefinido (ou ao menos até maio de 2017), ficará sujeito ao cronograma de implantação progressiva que a aludida Comissão Bicameral estabeleça, à prévia consulta com o Ministério da Justiça e Direitos Humanos e com o Conselho da Magistratura, ambos da Nação. Chama a atenção que não se integre a todos os organismos do

² Disponível em: <<http://www.saij.gob.ar/se-promulgo-ley-27063-aprobacion-nuevo-codigo-procesal-penal-nacion-se-promulgo-ley-27063-aprobacion-nuevo-codigo-procesal-penal-nacion-nv9812-2014-12-04/123456789-0abc-d21-89ti-lpssedadevon>>. Acesso em: 25 jul. 2017.

³ De modo não taxativo se pode mencionar: traz clareza e precisão aos papéis das partes; fortalece o poder dos juízes, reservando sua intervenção apenas ao âmbito jurisdicional; valoriza o julgamento como instância institucional para a resolução de conflitos; procura eficiência global do sistema, ao diminuir e controlar os prazos de investigação (113 CPPN); prevê investigações de casos complexos (293 e seguintes CPPN); favorece uma maior participação da vítima (78 CPPN); estabelece novas formas de composição de conflitos (34 CPPN); estende a oralidade a todas as fases do processo e evita a delegação das funções (2 CPPN); estipula medidas do coerção pessoal regradas; estipula como fundamento para a revisão judicial a nova jurisprudência dos organismos internacionais (318 CPP); altera o regime da nulidades; incorpora a suspensão do juízo (250 CPPN); garante a publicidade e o acesso dos meios de comunicação (253 e 254) etc.

⁴ B.O. 29/12/2016.

sistema de justiça penal, como a Defensoria Pública (Ministério Público da Defesa) e o Ministério Público (Fiscal) ⁵.

Essa situação conjuntural incerta não deve ser um impedimento para que se difundam diversas opiniões técnicas sobre os institutos processuais emergentes do novo ordenamento processual penal da nação Argentina. Embora não sejam novidades no plano do direito comparado, podem ter um impacto nos operadores judiciais da justiça nacional da Cidade Autônoma de Buenos Aires e da Justiça Federal de todo o país.

Já ingressando no tema concreto do trabalho, o novo CPPN categoriza a oralidade como um princípio (art. 2.º CPPN), mesmo que seja um instrumento ou mecanismo de comunicação⁶. Isso não modifica sua relevância pois “é o único modo eficaz que nossa cultura encontrou até o momento para dar a ele verdadeira positividade ou vigência aos princípios políticos (...) Por ser condição necessária de eficácia desses princípios, a oralidade se converte em um instrumento de primeira ordem (...)”⁷.

Essa nova forma de trabalho permitirá humanizar o processo e substituir o trabalho escrito e delegável aos empregados e funcionários que dependem do juiz. Permite um contato imediato e concentrado das partes com o juiz, facilitando a entrega direta de informação de qualidade sobre o caso (com a possibilidade de a outra parte a contradizer); e só a partir desse conjunto de informações poderá decidir. Em outros termos, opera sobre a base de reunir os atores interessados e que se gere entre eles um intercâmbio verbal sobre as posições e argumentos que cada um sustenta, para que mais tarde e no mesmo ato, salvo exceções, se defina motivadamente a controvérsia. Dessa forma, decide-se no mesmo momento, com pleno exercício de seus direitos e dotando as decisões jurisdicionais de adequada publicidade.

⁵ A seu tempo apresentaram-se projetos para modificar o atual Código de Processo Penal (Lei 23.984), assim como o processo de flagrância (Lei 27.272), que culminaram por dilatar a vigência do novo sistema de justiça.

⁶ CANO JARAMILLO Carlos Arturo; *Oralidad, Debate y Argumentación*. 2da reimpressão; Bogota; Editorial Ibañez, 2007.

⁷ BINDER Alberto; *Introducción al derecho procesal penal*; Ad Hoc, Buenos Aires, 2005, p. 101.

Como se pode notar, a oralidade constitui na realidade um modelo de trabalho que coloca a sala de audiência como o espaço natural para o trabalho dos juízes e das partes.

Essa mudança de modelo, que significa a substituição do expediente pela audiência como fonte de produção e depuração da informação, envolve uma completa transformação na forma de conceber o processo.

As experiências latino-americanas têm demonstrado as enormes dificuldades e retrocessos na implantação da oralidade ao longo dos últimos anos⁸. Com base nesses antecedentes é que pretendemos adiantar as possíveis interpretações ou desvios do novo sistema de audiências adotado para a justiça federal argentina.

1. ORALIDADE NA ETAPA PREPARATÓRIA

A “etapa preparatória” possui dois objetivos: 1.- estabelecer se existe ou não mérito suficiente para inaugurar um juízo a respeito de uma ou mais condutas com relevância jurídica penal (art. 195 CPPN) e 2.- propiciar a utilização de meios alternativos de resolução de conflitos (art. 34 e 35 CPPN).

De acordo com a regra que o código estabelece para esta etapa, o juiz deverá proferir todas as decisões jurisdicionais em audiência (art. 199 CPPN), conforme os princípios gerais que assinalamos no tópico anterior (art. 2 CPPN) e o disposto no art. 105 do CPPN.

Nesta etapa, podem-se fazer diferentes classificações sobre as hipóteses em que é necessária uma decisão jurisdicional; uma dela pode ser se os casos possuem caráter unilateral, bilateral ou multilateral; no nosso caso, faremos uma divisão temática, em três áreas: tramitação, meios de coleta e/ou produção de prova e medidas de coerção e cautelares. Para além desta classificação, deve-se notar que as audiências não

⁸ Entre as manifestações contrárias à oralidade, tem-se evidenciado que nos processos de reforma persistiu um papel muito ativo de juízes na produção de informações durante o processo; a suspensão de audiências sem causa justificada; a escassa preparação das partes; ou a incorporação de prova por leitura etc. Cfr. Projeto de acompanhamento dos processos de reforma judicial na América Latina, disponível no site virtual do CEJA.

têm apenas o propósito para o qual foram solicitadas ou convocadas, mas reúnem a qualidade de haver “multipropósitos”; não deveria haver obstáculos e/ou impedimentos para que nelas se tratem outras questões que excedam os objetivos iniciais para os quais foi convocada.

1.1. DA TRAMITAÇÃO

Durante a investigação preparatória ou etapa preliminar, os juízes deverão decidir, ante o pedido de intervenção de alguma das partes do processo, nas seguintes hipóteses: homologação do acordo de conciliação entre o imputado e a vítima (art. 34 §1.º CPPN); reabertura da investigação ante o descumprimento do acordo de conciliação (art. 34 §2.º CPPN); audiência de suspensão do juízo de prova [suspensão condicional do processo] (art. 35 CPPN); por descumprimento das condições estabelecidas na suspensão do juízo de prova [suspensão condicional do processo] (art. 35 CPPN); para levantar as exceções arroladas no art. 37 (art. 38 CPPN); recusa [impedimento ou suspeição] do juiz (art. 61 CPPN); inimputabilidade no momento do fato (art. 66 CPPN); doença mental superveniente (art. 67 CPPN); declaração de revelia (art. 68 CPPN); quando o imputado estiver foragido ou, se presente, tiver sido colocado à disposição da autoridade requerente (art. 68 §4.º CPPN); constituição de querelante (e parte civil [assistente]) ante a negativa por falta de legitimidade do membro do Ministério Público Fiscal (art. 83, 94, 42 e 209 CPPN); desistência do querelante (art. 84 CPPN); desistência da parte civil [assistente] (art. 96 CPPN); reserva [pedido] total ou parcial de arquivamento da investigação (art. 201 CPPN); prorrogação da investigação prévia à formalização da investigação (art. 220 CPPN); formalização da investigação (art. 221 CPPN); ampliação do objeto de investigação (art. 226 CPPN); para modificação do prazo da investigação, seja sua redução (art. 232 CPPN), seja sua prorrogação (art. 233 CPPN); entre outros.

1.2. MEIOS DE PROVA

Os meios de coleta e/ou produção de prova que exigem autorização judicial são os seguintes: negativa do Ministério Público para a

coleta de prova em que seja necessário o uso do poder de polícia (art. 128 b e 227 CPPN); requisição (art. 130 CPPN), pedido de busca e apreensão domiciliar ou pessoal (art. 136 CPPN); manutenção do sequestro [apreensão] dos objetos que guardem relação com o fato investigado (art. 145 CPPN); solicitação do membro do Ministério Público de realizar diligências sem comunicação ao afetado (art. 231 CPPN); sequestro (art. 141 CPPN); interceptação e sequestro [apreensão] de correspondência postal, telegráfica, eletrônica ou qualquer outra forma de comunicação ou de outro efeito transmitido (art. 143 CPPN); apreensão de dados (art. 144 CPPN); devolução de componentes ou destruição de dados apreendidos (art. 144 CPPN); manutenção dos objetos apreendidos que tenham relação com o processo (art. 145 CPPN); fechamento [interdição] de locais (art. 147 com remissão ao art. 136 CPPN); controle das medidas adotadas pelos membros do Ministério público Fiscal, seus auxiliares ou os funcionários policiais (art. 148 CPPN); condução [coercitiva] de testemunha (art. 152 § 2.º CPPN); exame de DNA, ante a recusa da pessoa em ser examinada (art. 169 §7,º CPPN); reconhecimento de pessoas (art. 171 CPPN); exames físicos (art. 175 §2.º CPPN), antecipação de provas (art. 199 e 229 CPPN).

1.3. MEDIDAS DE COERÇÃO E CAUTELARES

Por último, acerca das medidas de coerção e cautelares que se podem aplicar a todo o processo, podem-se individualizar as seguintes: controle de legalidade da prisão ou apreensão (art. 61 a CPPN); imposição de medida de coerção (art. 177, 185 e 190 CPPN) - em qualquer fase do processo -; incomunicabilidade do imputado (art. 179 CPPN); execução de caução (art. 180 CPPN); ordem de prisão do imputado (art. 183 CPPN); prorrogação da prisão (art. 183 CPPN); excesso de duração nas medidas privativas de liberdade (art. 194 CPPN); embargo e outras medidas cautelares (art. 186 CPPN); e revisão, prorrogação ou substituição de medida de coerção (art. 190, 192, 193, CPPN).

Em linhas gerais, pode-se afirmar que a oralidade está presente na etapa inicial do processo. Sem embargo, sem uma justificativa ou necessidade visível, o art. 105 do CPPN debilita o regime de audiência como única metodologia de comprovação e tomada de decisões ao não

materializar o caráter absoluto como se invocou nos princípios gerais (art. 2 CPPN), ao fixar que as audiências se realizarão quando se “requeira um debate prévio ou a produção de prova” (art. 105 § 2. CPPN). Esta norma assinala uma restrição inconveniente, pois só contempla a necessidade de audiências em dois requisitos: que seja necessário o contraditório ou enfrentamento entre as partes ou na produção de provas. Então, que se há de fazer com o resto do universo de casos que não abarcam esses pressupostos? Emprega-se a metodologia escrita, que não está contemplada? E por que é mais eficaz? Tudo torna ao problema das práticas judiciais que têm uma forte raiz inquisitiva. É mais fácil não estabelecer diferenças, dado que não deveria haver inconvenientes a que todos tipos de decisões jurisdicionais sejam adotados no marco de uma audiência, desde um mandado de busca solicitado de forma individual, uma recusa [impedimento ou suspeição] ou acordo de procedimento abreviado, apresentado por todas as partes envolvidas.

Gerar alternatividade e multiplicidade de metodologias de trabalho exigirá uma gestão administrativa funcional de cada uma delas. Utilizar um regime de audiências e, por vezes, por escrito, clássico trabalho de despacho, tornará o sistema mais oneroso. Apesar disso, essa regra, tal como fui exposta, não deveria ser considerada uma limitação à oralidade, porque não proíbe que o restante das decisões seja levado adiante de outro modo; porém, seguramente, os operadores judiciais, ao menos na etapa inicial do processo de implantação, em razão das arraigadas práticas culturais inquisitoriais, apoiar-se-ão em sua literabilidade para fazer um uso restritivo das audiências e seguir trabalhando como até agora. Esta mesma observação se estende a outras hipóteses que podem ser corrigidas em um processo de implantação e posterior ajuste ou correção.

O novo ordenamento admite que, para o pedido de uma medida de prova como a busca e apreensão domiciliar ou uma interceptação de comunicações, o interessado poderá requerer por “escrito ou em forma oral” e que a realização da audiência dependerá da discricionariedade do juiz interveniente (art. 136 última parte e 143 CPPN)⁹.

⁹ A título de exemplo, não é em nada mais simples e célere materializar uma medida de prova mediante um pedido escrito. Para isso, deve-se confeccio-

Mas há outras questões que permitem demonstrar que o novo código de processo penal não tem uma técnica legislativa uniforme e depurada para deixar para trás a cultura judicial escrita e altamente formal.

Na verdade, ele não descreve a metodologia (oral ou escrita) em que se sustentará e/ou decidirá. Alguns exemplos disso são: em caso de conversão da ação (art. 33 CPPN); declaração de revelia (art. 68 CPPN); desistência do querelante como autor [principal] (art. 84 CPPN); desistência como parte civil [assistente] (art. 96 CPPN) ou pedido de esclarecimento (art. 107 CPPN) ou a ordem de prisão (art. 183 CPPN) que, neste último caso, o juiz decidirá “sumariamente” (denominação que não se repete em outra norma do código e que denota menor rigorosidade do juiz para sua decisão em comparação com outras medidas de prova ou coerção).

Em uma terceira caracterização, por sua redação, infere-se que os pedidos devem ser apresentados de forma escrita e fundamentadamente, com o que não serão decididos na formal oral. Este é o caso de requerimento de libertação antecipada [liberdade provisória] e queixa por demora da justiça (art. 114 § 1.º CPPN); atraso de juízes com funções de revisão (art. 115 CPPN) e demora em relação a medidas privativas de liberdade (art. 194 CPPN).

nar o pedido com um documento escrito que explique o objeto processual e todos os elementos probatórios e jurídicos necessários para justificar a medida, montar um arquivo para anexar a base fática e/ou probatória, que respalda o pedido (o acusador não pode ficar sem o arquivo para seguir paralelamente investigando, o que gera uma duplicidade registral) e sua remessa ao juiz interveniente por um oficial judicial. Depois de recebido o pedido, além do registro, o juiz deve analisar a peça escrita como o resto do arquivo (que pode ter distintos formatos: escrito, áudio e/ou vídeo, segundo os recursos registrais utilizados pelo Ministério Público Fiscal para coletar a evidência), e, ao tomar mesmo brevemente uma decisão, deverá formalizá-la por escrito. Esta sequência não é rápida nem efetiva para uma investigação dinâmica, quando é possível que o acusador se desloque para uma sala de audiências e formule seu pedido de forma oral (ou excepcionalmente a requeira pelo telefone). A preparação escrita do pedido, ainda que seja rápida para essa modalidade, [por] um detalhe deficiente dos elementos probatórios reunidos ou uma má interpretação por parte do juiz interveniente, dilatará ou frustrará qualquer medida. Toda essa falta de uniformidade na regulamentação não é inócua, pois poderá ser geradora de mau funcionamento do sistema.

Em quarta ordem, não está bem resolvido no código o prazo máximo em que as audiências devem ser realizadas a partir do pedido concreto (p. ex. art. 224 CPPN). Só estão baseadas em algumas hipóteses, como por exemplo no marco das medidas de coerção (p. ex. art. 190 § 4.º CPPN). Em termos gerais, só se fixaram prazos para decisão, que se computam a partir da conclusão da audiência (sem interrupção, salvo se as partes acordarem um prazo distinto em face da complexidade do assunto a resolver) e, nos casos em que não se requer a realização da audiência, o requerimento deve ser decidido no prazo de três dias (art. 112 CPPN). Esta norma, lamentavelmente, também habilita uma dupla metodologia na tomada de decisões (última parte da norma), mas o que é ainda mais grave é que exclui a decisão como parte relevante da audiência. Os juízes devem decidir na própria audiência, e não imediatamente depois. Será um difícil desafio cultural que os juízes fundamentem e decidam em audiência, quando a lei lhes deixa margem de interpretação autorizando fazê-lo por escrito, o que implica que podem delegar a seus colaboradores a elaboração da minuta de decisão.

2. ETAPA INTERMEDIÁRIA

A investigação preparatória se conclui com o requerimento de sobrestamento ou a acusação do imputado (art. 235 CPPN). No primeiro caso, pode concretizar-se com um pedido expresso do Ministério Público (art. 237 e seguintes CPPN) ou por ser procedente um pedido peremptório de exceção [defesa] (art. 37 CPPN). O sobrestamento encerra definitiva e irrevogavelmente o processo em relação ao imputado em favor do qual é proferido e inibe sua nova persecução penal pelo mesmo fato (art. 240 CPPN). No segundo caso, a acusação deve ser formulada por escrito e conter os dados de identificação do imputado e seu defensor, os fatos, os fundamentos e os meios de prova que sustentam a imputação, as disposições legais aplicáveis, o oferecimento de prova ao juízo, a delimitação do dano e o requerimento de pena estimada (art. 241 § 1.º CPPN). A acusação somente poderá referir-se aos fatos e pessoas incluídas na formalização da investigação, podendo atribuir-se uma qualificação jurídica diferente (art. 241 § 2.º CPPN) ou mesmo formular-se uma acusação alternativa, indi-

cando alternativamente aquelas circunstâncias do fato que permitem enquadrar o comportamento do imputado em uma figura diversa na lei penal (art. 242 CPPN).

Formulada a acusação, o promotor deve assegurar o conhecimento do seu conteúdo ao querelante, assim como os elementos de prova, no prazo de cinco (5) dias (art. 243 §1.º CPPN). Dentro desse prazo, o querelante [assistente] terá duas opções: aderir à acusação do promotor ou apresentar uma acusação autônoma (que não poderá exceder os limites da formalização). Se se constituiu em autor civil, ademais, deverá especificar sua demanda propondo as provas (art. 243 §§ 2.º e 3.º CPPN). Findo o prazo, o promotor remeterá à vara judicial sua acusação e, sendo o caso, a do querelante, junto com a demanda civil (art. 243 §4.º CPPN). A partir do momento em que recebe a acusação, o cartório judicial deverá, em até quarenta e oito (48) horas, remetê-la ao imputado e seu defensor, por um prazo de dez (10) dias, prorrogáveis por outros dez (10), para os fins do art. 246 do CPPN. Uma das questões não resolvidas expressamente [pelo CPPN] é se a defesa tem de formular, nesse prazo e por escrito, os argumentos preliminares e o oferecimento dos meios de prova para produzir o debate. Poderia fazê-lo, porém, não há obstáculo a formular diretamente os argumentos e o oferecimento de prova no momento da audiência.

Tanto o promotor quanto a defesa, no momento da citação ou da audiência, deverão indicar certos dados na lista de testemunhas para sua correta identificação; o mesmo se aplica à prova documental (se não for possível apresentá-la diretamente, deverão explicar onde se encontram, para que os juízes, a pedido da parte, requisitem ou autorizem sua obtenção). Por sua vez, para facilitar o trabalho do juiz, tanto nesta etapa quanto na etapa do juízo, e para que a parte demonstra solidez e clareza expositiva na teoria do caso, poderia requerer a [demonstração da] pertinência da prova, individualizando ou vinculando cada uma das provas aos extremos da acusação que se pretende sustentar.

Transcorrido o prazo da defesa, a vara judicial convocará as partes e a vítima, se for o caso de sua intervenção, à audiência de controle da acusação, dentro dos cinco (5) dias seguintes (art. 246 § 1.º CPPN). Um primeiro ponto de análise é determinar a necessidade de

que as partes estejam presentes nessa audiência. Embora esse aspecto não esteja exposto de forma explícita, infere-se como um requisito de validade da audiência, pelas questões que se tratarão nela. Se o querelante não se apresenta para formular sua acusação, salvo justificação, implicará tacitamente o abandono da acusação, a desistência da ação¹⁰. A interrogação é [saber se] essa regra se estende também ao acusador público. No caso da defesa, se tampouco comparece à audiência sem justificação, implicaria colocar o imputado na condição de indefeso, o que obrigaria a suspender a audiência e designar-se um novo defensor para que assuma o trabalho de uma forma efetiva.

Essa audiência, como as restantes, tem uma finalidade multipropósito. Como questão preliminar, a defesa poderá: a. objetar a acusação ou a pretensão civil, apontando os [seus] defeitos formais; b. opor exceções (art. 37 CPPN); c. instar o sobrestamento; d. propor reparação, conciliação, suspensão condicional do processo ou a aplicação do procedimento abreviado (total ou parcial); e. solicitar que se unifiquem os fatos objeto das acusações quando a diversidade de abordagens ou circunstâncias prejudiquem a defesa; f. pleitear a união ou separação de julgamentos; g. constatar a demanda civil. Resolvidas essas questões, realizar-se-ão os oferecimentos de prova para cada uma das etapas do julgamento e ter-se-ão por incontroversos certos extremos fáticos, que não poderão ser discutidos em juízo (circunstâncias fáticas sobre as quais não exista contradição entre as partes).

Sobre a importância política desta etapa no processo penal, o professor Alberto Binder afirma que “*muitas das grandes decisões de política processual que dão conformação [distinção] ao processo penal passam por esta fase intermediária e pelo modo concreto como se controla o resultado da instrução*”¹¹. Por isso sustentamos que aqui radica um dos

¹⁰ Para o querelante se contempla expressamente que “(...) se considera que renunciou à sua intervenção nos seguintes casos: (...) se não formular a acusação na oportunidade processual legalmente prevista (...)”. Por sua vez, não poderá corrigir sua posição com [após] os argumentos da defesa, nem oferecerá prova nem responderá às observações que se formularem a respeito (art. 246 § 2.º CPP).

¹¹ BINDER Alberto: *Introducción al Derecho Procesal Penal*, 1ª ed., Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, 1993, p. 231.

assuntos principais do trabalho de um sistema processual, porque consiste no último filtro de discussões para a determinação de levar o caso a julgamento. Difere do sistema atual, em que se discute realização do julgamento até o momento mesmo de seu início.

No tocante ao controle da acusação, a partir de uma visão comparada, têm-se notado três regulamentações distintas: 1.- a condução direta a julgamento: à defesa falta a faculdade de questionar o mérito da investigação e só pode invocar exceções [processuais] por carência de ação (extinção, não foi iniciada legalmente, não pode prosseguir, etc.). 2. – o controle da acusação só pode ser gerado a partir da oposição deduzida pela defesa contra a condução a julgamento: se não houver oposição, a condução a julgamento é direta. Neste caso, têm-se percebido dois níveis de controle. Um é o controle de legalidade da acusação (controlar os aspectos meramente formais) ou sua razoabilidade (controle material, analisar o mérito da decisão do acusador, de modo comparado, instar a discutir um processamento adiado à etapa intermediária). 3.- controle obrigatório da acusação: para além do pedido das partes, tanto no aspecto formal quanto no material.

De acordo com o art. 246, inciso a, do CPPN, o imputado e sua defesa, como questão preliminar, na audiência de controle, poderão “objeitar a acusação (...) apontando defeitos formais”. Isso repercutirá sensivelmente na prática. Um controle formal habilita potencialmente um maior número de casos a julgamento e poderá sobrecarregar a capacidade dos órgãos jurisdicionais para celebrar julgamentos orais. Essa circunstância deve ser avaliada pelo Ministério Público fixando critérios de “persequibilidade” [viabilidade e importância da persecução penal], cuja tarefa, em última instância, consistirá em acusar e requerer o envio a julgamento somente aqueles casos que sejam resolvidos apenas mediante a imposição de uma pena; para tanto, haverá de contar com altos níveis de probabilidade de confirmar [provar] a hipótese acusatória.

Sobre o tratamento da admissibilidade da prova, o primeiro ponto a tratar é definir que extremos fáticos da imputação se tenderão por confirmados ante a falta de impugnação pelas partes. Esse acordo é chamado comumente como “convenções probatórias”, que podem ser

propostas pelas partes ou sugerido pelo juiz, mas sempre terá de contar com a soma da vontade dos interessados¹².

Superado isso, as partes postularão a prova para as etapas do julgamento de determinação de culpabilidade e da aplicação da pena¹³ (no caso de o imputado ser culpável) e formulará requerimentos, observações que entender relevantes com relação às provas oferecidas pelos demais intervenientes (art. 246 CPPN). A primeira intervenção será formulada pela acusação, enquanto a defesa fará o encerramento dos pleitos.

No caso de não prosperarem as questões preliminares, e admitida total ou parcialmente a prova, elaborar-se-á o que se denomina “auto de abertura e julgamento oral”, que em concreto consiste na delimitação fática, probatória e jurídica do desenvolvimento do debate¹⁴. Como já exposto anteriormente, o juiz do julgamento não terá acesso a essa peça antes do julgamento.

O auto de abertura do julgamento cumpre, ao mesmo tempo, uma função de garantia: exige que a sentença posterior seja compatível com os fatos pelos quais o juízo foi aberto (princípio da congruência), seja em relação à acusação principal, seja em relação à alternativa.

¹² Desde o ponto de vista estratégico, esta prática pode permitir às partes concentrar o objeto do julgamento em aspectos realmente contraditórios e omitir a abordagem daqueles em que não existam posturas antagônicas, o que permitirá encurtar a duração dos debates ao estritamente necessário.

¹³ N.d.T.: O termo originalmente empregado é *cesura* que se refere à segunda etapa da audiência de juízo oral e cujo objetivo é determinar a modalidade e a quantidade de pena que será cumprida pelo imputado.

¹⁴ Na referida peça, deverão consignar uma série de dados, a saber: a. o órgão jurisdicional competente para intervir no juízo oral; b. a acusação admitida; c. os fatos que se dizem por verdadeiros em razão das convenções probatórias; d. a decisão sobre a admissibilidade ou inadmissibilidade da prova oferecida para o debate e o juízo da pena, com o fundamento; e. os fundamentos pelos quais se rechaça, total ou parcialmente, a oposição da abertura do juízo; f. a decisão acerca da legitimação do querelante para habilitar a abertura do juízo ou para intervir nele e, em caso de pluralidade de querelantes, a ordem de unificar a personalidade, se for procedente; g. quando o acusado suportar uma medida de coerção, a decisão acerca da manutenção da medida ou sua substituição; h. em seu caso, a indicação de como tem sido trabalhada a litis na demanda civil e sua contestação (art. 247).

Com toda a informação contida no auto de abertura do julgamento, o cartório judicial competente poderá planejar de modo preciso o tempo que a audiência de julgamento demorará, de modo tal que se possa realizar uma distribuição de tempo compatível com a complexidade do caso concreto.

3. ORALIDADE DURANTE O JUÍZO

No tópico anterior fizemos referência a que, admitida a acusação na audiência da etapa intermediária, o juiz com funções de garantias formulará um auto de abertura do juízo oral, para que posteriormente o cartório judicial (art. 247. CPPN), no prazo máximo de quarenta e oito horas (48h) – contadas desde o seu recebimento – proceda a planejar e coordenar os trabalhos necessários para a efetiva realização da audiência de juízo oral. Isto implicará, entre outras atividades, sortear o juiz ou juízes que intervirão; fixar o dia e hora da audiência, a qual não se realizará antes de cinco (5) dias nem depois de trinta (30) dias contados a partir do auto de abertura; estabelecer a sala de audiência; citar todas as partes intervenientes; publicar; receber os objetos e documentos que serão apresentados e valorados no debate; e realizar todas as demais medidas necessárias para a organização e desenvolvimento do juízo oral (art. 248 1er. párr. CPPN).

Em casos complexos, ou quando as partes solicitarem, o cartório judicial poderá convocar uma audiência administrativa para resolver questões práticas de organização da audiência (art. 248 3er párr. CPPN), como por exemplo, a ordem de declaração das testemunhas, os requerimentos técnicos necessários para as partes (realizarem alegação com apoio audiovisual); o manejo com a imprensa; etc.

Em relação ao órgão jurisdicional interveniente no juízo oral, o código prevê três possibilidades: unipessoal, colegiado ou jurados. Sobre a última hipótese, o legislador optou por estabelecer as definições sobre sua composição, integração, constituição, substanciação e deliberação à lei especial de juízo por jurados (art. 249 CPPN).

Em todas as hipóteses, o certo é que a audiência de juízo oral é a que apresenta os maiores níveis de contradição no processo penal

e, eventualmente, realizar-se-á em duas partes: na primeira, a determinação da existência do fato, sua qualificação jurídica e a determinação da responsabilidade do acusado; e, caso seja considerado responsável, a segunda parte consiste em determinar a sanção a ser imposta, sua modalidade e lugar de cumprimento (art. 250 CPPN).

O debate deverá se realizar com a presença ininterrupta dos juízes e de todas as partes. Concretamente, se o representante do Ministério Público não comparecer, fica estipulado que incorrerá em falta grave e causa de mal desempenho (art. 251 CPPN), embora não se trate de solução para o caso discutido.

Outro exemplo, uma solução que se ficou estabelecida no projeto de Código Processual Penal apresentado no ano de 2010 (apresentado pelo Deputado Albriú), era considerar que haveria um abandono da acusação: “(...) se o promotor não comparecer, perde a possibilidade de acusar (...)”. Mas a regulamentação do novo código, ao não estabelecer expressamente como uma causa de desistência, deixa aberta a possibilidade para uma nova audiência. Por outro lado, como regra geral, o juízo oral será público (art. 252 CPPN); o que implicará que se permitirá o acesso do público geral e aos meios de comunicação, às salas de audiência (arts. 253 e 254 CPPN).

Quanto à intervenção das partes, estas devem ser exclusivamente na forma oral (art. 255 CPPN), não sendo possível a admissão de pleitos fora do espaço próprio das audiências quando estas requisitarem uma decisão judicial.

Sobre a produção de prova, sua incorporação será através de prova direta e oral das testemunhas e dos peritos (os informes periciais têm caráter de declaração prévia). Também poderá incorporar por leitura e/ou exibição audiovisual: a. as provas recebidas conforme as regras de antecipação jurisdicional de prova, sempre que não seja possível a presença de quem participou ou presenciou o ato; b. a prova documental ou de informes e as certificações; c. os registros de declarações anteriores de testemunhas ou peritos que tiverem morrido ou tornados incapazes física ou mentalmente, ou estiverem ausentes do país, ou cuja residência se ignorava ou que por qualquer outro motivo difícil de superar não puderem declarar em juízo, sempre que elas tiverem sido recebidas notificando previamente a defesa e em con-

formidade com as demais pautas estabelecidas no código (art. 256 CPPN). Uma das questões que podem trazer controvérsia, é o alcance do termo “prova documental ou os informes”. Não poderá ser considerado como tal, os documentos que registram os atos policiais (ex, assalto), pois a informação de como sucedeu esse evento, seu resultado e detalhes, deverão ser introduzidos pelo relato direto e vivo do agente policial que o conduziu ou esteve presente. As distintas suposições deverão se resolver através dos princípios reitores da imediação, concentração e contraditório.

A respeito das habilidades dos juízes na condução das audiências de juízo, foi estipulado que o juiz presidente do debate será quem a conduza, faça as advertências legais, receba os juramentos, modere as discussões e os interrogatórios impedindo intervenções impertinentes, sem restringir o exercício da acusação nem a amplitude da defesa e exercerá as faculdades para disciplina. Também limitará o tempo de uso da palavra das partes que intervirão durante o juízo, fixando limites máximos igualitários para todas as partes ou interrompendo quem fizer uso manifestadamente abusivo do seu direito (art. 257 CPPN). Como se pode advertir, o juiz com funções de juízo terá a direção do debate sem chegar a afetar a imparcialidade, nem a posição estratégica das partes.

Vinculado ao ponto anterior, o código regula que a audiência poderá ser suspensa por um prazo máximo de dez (10) dias se alguma revelação ou retratação for indispensável para a produção de uma medida de prova (art. 258 inc. f CPPN). De acordo com o papel que se espera do juízo, sob nenhuma circunstância deverá assumir uma postura na produção dos meios de prova que forem introduzidos no debate.

Se algum dos convocados como testemunha e/ou perito, não puderem comparecer pessoalmente à audiência por um impedimento justificado, deverão ser ouvidos no lugar em que se encontrem ou mediante meios tecnológicos que permitam receber sua declaração à distância, conforme for apropriado e assegurando a participação das partes (art. 259 CPPN). Sem um sentido prático, a mesma norma, acrescenta ainda a exigência para essas hipóteses, lavrar uma ata para que seja lida na audiência. Isso demonstra como ainda se joga o duelo

de práticas entre um sistema escrito e um oral, resultando vestígios próprios de um sistema inquisitivo¹⁵.

No que se refere à primeira fase do juízo, este poderia ser dividido em três momentos: em primeiro lugar, as alegações de abertura (art. 261 CPPN), cujo Ministério Público e/ou querelante, expõem o conteúdo da acusação que consiste em descrever o objeto da imputação e poderá individualizar as provas que serão apresentadas ao longo dos debates, a qualificação legal do fato (e se há acusação alternativa). No caso da defesa, além da conveniência estratégica, não tem a mesma obrigação que a acusação e poderá, eventualmente, apresentar quais são os pontos de contradição, as provas que apresentará para dar crédito à sua teoria sobre o caso ou refutar a sua contraparte e a pretensão que finalmente pretende. O código prevê a possibilidade de que o representante do Ministério Público ou o querelante ampliem a acuação, quando no transcurso dos debates, por uma revelação ou retratação, se tiver conhecimento de uma circunstância do fato que a acusação não continha, que seja relevante para a qualificação legal (art. 262 CPPN). Também neste momento, é a oportunidade de postular as convenções probatórias para reduzir o âmbito de recepção de prova à controvérsia fática.

Como segunda etapa da audiência de responsabilidade, as partes se encarregam de produzir as provas anteriormente oferecidas, para introduzir informação que sustente ou refute suas posturas total ou parcialmente antagônicas. As provas são recebidas na ordem que for acordada pelas partes. No caso de não haver acordo, serão recebidas primeiramente as que tenham sido oferecidas pelo Ministério Público, seguidas das apresentadas pelo querelante e, por último, as propostas pela defesa (art. 263 CPPN). Será apresentada de forma que as partes as proponham, havendo sempre a possibilidade da outra parte fazer o contra-exame. Somente poderá haver um novo exame direto sobre os testemunhos e/ou peritos, quando no contra-exame tiver sido produzida uma informação nova que não tinha sido revelada no exame direto (art. 264 2da párr. CPPN). Sobre a formulação das perguntas, no exame dire-

¹⁵ A solução mais adequada para essas situações de exceção, é que tais declarações sejam incorporadas normalmente mediante áudio ou vídeo reproduzido durante o curso do debate, inclusive diretamente, sem a necessidade de recorrer à leitura de uma ata (cf. arts. 264 ult. párr. y 332 últ. párr. CPPN).

to não se admitirá que as partes formulem perguntas sugestivas ou indicativas, que são aquelas que propõem a respostas na própria pergunta; salvo se autorizado para tratamento de uma testemunha hostil ao exame direto (art. 264 3er. párr CPPN). Por sua vez, não se admitirão perguntas enganosas, repetitivas, ambíguas ou destinadas a coagir a testemunha ou o perito (art. 264 5to. párr. CPPN). No exame direto, os litigantes poderão ajudar a testemunha a refrescar sua memória com o uso das declarações formuladas na etapa de investigação. Para o caso do contra-exame, será utilizado para destacar as contradições ou inconsistências da testemunha ou do que foi dito (art. 264 4to párr. CPPN)¹⁶. Outro mecanismo de controle do ingresso da informação, é a possibilidade de objetar (diante de perguntas impertinentes, reiterativas, sugestivas ou capciosas, entre outras), estrategicamente, as perguntas inadmissíveis, que trazem dano à teoria do caso da parte. Em todo momento, poderão ser objetadas as perguntas inadmissíveis indicando o motivo. No entanto, os juízes colocarão imediatamente se o pleito é manifestamente excessivo ou decidirão logo em escutar a réplica da contraparte (art. 264 6ta párr. CPPN). Por último, se fixa que as testemunhas e peritos que, por algum motivo grave e difícil de superar, não puderem comparecer para declarar na audiência de juízo oral, poderão fazê-la através de videoconferência ou qualquer outro meio tecnológico apto para seu exame e contra-exame (art. 264 8vo párr. CPPN).

Por sua vez, se estipula a possibilidade do juiz, provocado por petição de alguma das partes, caso seja desconhecida no momento de oferecimento da acusação, possa propor novas provas (art. 267 1er párr. CPPN). E se com a recepção de uma prova surgir uma controvérsia relacionada exclusivamente com sua veracidade, autenticidade ou integralidade, o tribunal poderá autorizar, a partir de petição da parte, a produção de outros meios de informação, ainda que eles não tenham sido oferecidos oportunamente e não fosse previsto a sua necessidade (art. 267 2do. párr. CPPN).

O terceiro e último momento desta audiência está contido no artigo 268 CPPN, sob o título de “discussão final”. Isto é o que correntemente se conhece como “alegações finais”: é o único exercício argu-

¹⁶ LORENZO, Leticia; *Manual de Litigación*, Op. Cit., p. 223.

mentativo que os litigantes podem realizar durante todo o juízo, e é onde expõem aos juízes ou jurados um projeto de sentença sobre como deveriam basear a sua sentença¹⁷. Nestas alegações finais, os litigantes não poderão ler memoriais, sem prejuízo de leitura parcial de notas (art. 268 2do. párr. CPPN) e se tiver intervindo mais de um representante do Ministério Público, do querelante ou da defesa, todos poderão participar desde que repartindo as tarefas para evitar repetições ou dilações (art. 268 3er. párr. CPPN). Sempre corresponderá ao defensor a última palavra, sem prejuízo das partes poderem replicar (art. 268 4to párr. CPPN). Em último lugar, será perguntado ao imputado se tem algo mais que deseja manifestar e serão convocadas as partes para comunicar a decisão judicial, indicando a hora da sua leitura (art. 268 6to. párr. CPPN).

Finalizada a primeira parte dos debates, o código somente regula a metodologia de deliberação para os juízes de direito (art. 269 CPPN), enquanto que nada se refere para quando os juízes são os jurados populares. Para os processos complexos, a deliberação poderá se estender, excepcionalmente, por um prazo máximo de quarenta e oito (48) horas, salvo motivo de enfermidade grave de algum dos juízes. Neste caso, a suspensão não poderá durar mais que dez dias, e logo em seguida deverá realizar o juízo novamente (art. 269 3er. párr. CPPN). Dentro do prazo de duração da deliberação, os juízes não poderão atuar em outro juízo (art. 269 4to párr. CPPN). Esta exigência obedece a simples necessidade de que os juízes devem concentrar sua memória nos detalhes e informações do juízo para poder adotar uma decisão, sem interferência de informação de um outro juízo.

A segunda fase do juízo é chamada audiência de determinação da pena ou de *cesura*¹⁸ (art. 270 CPPN), que somente terá lugar se houver uma declaração de responsabilidade. Se ocorrer, será fixado dentro das quarenta e oito (48) horas, debate para determinar o tipo e quantidade de pena, assim como a modalidade de cumprimento. Se tiver sido exercida a ação civil, estabelecerão a indenização, se for cabível. Nesta audiência, as partes apresentarão a prova oferecida na etapa intermedi-

¹⁷ LORENZO, Leticia; *Manual de Litigación*, Op. Cit., pp. 241-245.

¹⁸ N.d.T.: Termo originalmente empregado pelos autores.

ária, argumentarão sua incidência para a medida da pena e formularão seus pedidos concretos.

Para a prolação da sentença, deverão ser cumpridos os seguintes requisitos: a. o lugar e a data em que se pronuncia, a composição do órgão judicial, o nome do ou dos juízes e as partes, os dados pessoais do imputado e o enunciado do fato que foi objeto da acusação e, se for o caso, da ação civil; b. o voto dos juízes sobre cada uma das questões levantadas, com exposição dos motivos que o fundamentam; c. a determinação precisa e circunstanciada do fato que se está julgando; e d. a parte dispositiva com menção das normas aplicáveis; e. a assinatura dos juízes (art. 271 CPPN).

A sentença será redigida e assinada imediatamente depois da última deliberação. Os juízes se reunirão novamente na sala de audiência, depois de convocar verbalmente as partes e o público. O documento será lido em voz alta para todos que comparecerem (art. 272 1er. párr. CPPN). Porém, está previsto que os juízes podem protelar a redação da sentença no prazo não superior a cinco (5) dias (art. 272 2do. párr. CPPN). Se for verificada a suspensão prevista no art. 258 (continuidade, suspensão e interrupção da audiência), o prazo estabelecido será de dez (10) dias e se poderá estender até vinte (20) dias quando a audiência tiver sido prolongada por mais de três (3) meses (art. 272 4to. párr. CPPN). No caso dos processos catalogados judicialmente como complexos, os prazos serão duplicados (art. 294 inc. e CPPN).

Outro aspecto relevante vinculado com os requisitos da decisão, é a sua relação que deve ter com a acusação (art. 273 CPPN). Não poderão ser imputados outros fatos ou circunstâncias diversos dos que já foram descritos na acusação e, dependendo do caso, na ampliação da acusação. Tão pouco se dará ao fato uma qualificação jurídica distinta, salvo se for em benefício do imputado sempre que tenha sido objeto de debate (art. 273 1er. párr. CPPN). Não poderá ser imposta uma pena mais grave que solicitada pelos acusadores e deverão absolver no caso em que ambas partes requeiram (art. 273 2do. párr. CPPN). Em definitivo, os juízes só poderão resolver o que tenha sido matéria de debate.

Um dos trabalhos principais do cartório judicial no âmbito da audiência, será o registro. Este trabalho, que ficará a cargo de um servidor da secretaria sem necessidade de comprovação da autenticidade

dos documentos¹⁹, poderá desenvolver de dois modos distintos: para dar assistência à gravação do vídeo (com conteúdo sucinto), dado que o fundamental é o suporte audiovisual (art. 276 CPPN). O registro audiovisual permite maior precisão do que ocorre no desenvolvimento do debate, e terá maior eficácia, mesmo para as impugnações.

4. ORALIDADE NOS RECURSOS

O regime de revisão das decisões judiciais regulado pelo código é um modelo de controle de caráter estrito ou taxativo. Desde um aspecto objetivo, as decisões judiciais só poderão ser questionadas pelos meios e apenas nos casos expressamente estabelecidos pelo texto do código (art. 297 1er. párr. CPPN).

Enquanto que, em relação ao aspecto subjetivo, o direito de recorrer corresponderá apenas a quem for expressamente reconhecido e demonstre um interesse na anulação, revogação ou reforma da decisão impugnada, podendo o Ministério Público recorrer, inclusive, em favor do imputado (art. 297 2do. párr. CPPN).

As regras de impugnação reguladas pelo novo código de processo penal federal se comprometem com uma visão completamente distinta: um sistema de recursos compatíveis com o sistema de garantias e construído com o fim de reduzir os erros judiciais. Isto implica, por um lado, que o objetivo principal é o de atender ao interesse apresentado pelas partes, o que converte o recurso em garantia individual; por outro lado, se vem construindo de tal modo que se preserve o juízo como o espaço central de realização das garantias e que ao mesmo tempo transfira os princípios da oralidade, publicidade e imediação para a instância recursal.

No que diz respeito ao trâmite administrativo, a impugnação será interposta por escrito, devidamente fundamentada, perante juiz que prolatou a decisão, dentro do prazo de dez (10) dias se se trata de uma sentença condenatória ou absolutória; de três (3) dias se for caso

¹⁹ Originalmente, foi utilizado o termo *facultades de fedetarios* que diz respeito à fé-pública que atesta autenticidade de documentos (notas dos tradutores).

de aplicação de medida cautelar e de cinco (5) dias nos demais casos, salvo hipóteses previstas no código de revisão imediata (art. 313 1er. párr. CPPN). A norma estipula que a interposição do recurso é perante o *juiz que prolatou a sentença*, quando na verdade isto se realiza perante a secretaria do cartório judicial, como de fato esta é uma das suas funções, servindo de apoio à atividade jurisdicional.

Em suma, os trabalhos que o cartório judicial deverá cumprir se concentram em: traslado de cópias da impugnação para as outras partes (art. 313 5to. párr. CPPN); sortear os juízes que intervirão (sejam os compostos por colegiado de juízes ou aqueles que seguem operando da maneira tradicional) e marcar a audiência dentro de cinco (5) dias desde a última comunicação (art. 313 7mo. párr. CPPN).

Um ponto que não está claramente expresso no código é o modo em que se dará o exame de admissibilidade. Existem diversos modos de organizar esta tarefa: através de uma unidade especial de admissibilidade, composta por juízes que integrem o tribunal; a cargo de um ou mais funcionários do cartório judicial; ou fazer no início da audiência, na presença das partes. Um aspecto determinante para escolher um dentre esses modelos será de acordo com a carga de trabalho que cada tribunal tenha.

Como último tópico a ser enfrentado, nos referiremos à sustentação do recurso na audiência, a função do juiz e o papel das partes nesse marco conforme a etapa processo da qual emana a impugnação. Um primeiro aspecto, é que a audiência será celebrada com a convocação de todas as partes, que deverão apresentar oralmente os fundamentos da sua impugnação (art. 314 CPPN), para além da interposição escrita inicial. Isso é em si mesmo uma mudança absoluta na lógica de trabalho em respeito ao atual sistema, pois significa que serão as partes quem devem expor em audiência, os motivos pelos quais pretende que a decisão seja modificada ou confirmada. Se o impugnante requer a produção de prova, a oferecerá junto com a petição de interposição, assinalando de forma concreta o fato que se pretende provar, e ficando a sua responsabilidade de apresentá-la (art. 314 CPPN).

Um segundo aspecto, se vincula com a postura dos juízes nessas audiências. O código estipula que promoverão o contraditório entre as partes com o propósito de escutar as diversas opiniões sobre o objeto

de impugnação e, ademais, poderão interrogar os recorrentes sobre as questões pleiteadas e seus fundamentos legais, doutrinários ou jurisprudenciais (art. 314 CPPN). Isso claramente difere com o que está previsto no art. 105 CPPN (resoluções judiciais) que fixa o contrário: “(...) O juiz não poderá suprir a atividade das partes, e deverá sujeitar-se ao que tenha sido discutido (...)”.

Embora o código não faça uma distinção, o certo é que a sustentação do recurso em audiência varia segundo se trata de um recurso produto do juízo oral ou das etapas anteriores.

No caso das impugnações que se originam antes ao juízo, a amplitude de tratamento dos pleitos será de forma tal que na audiência poderão ser reeditados os pleitos formulados ao juiz de garantias e incorporar novas provas, novos argumentos probatórios e jurídicos. Por outro lado, no caso de recurso de uma sentença de um juízo oral terá duas alternativas: que seja contra uma sentença advinda de um tribunal profissional ou um veredito de um jurado popular. Enquanto nós sustentamos que não deveriam existir divergências entre ambas metodologias, a tradição acadêmica e as recentes experiências nas províncias de nosso país nos indicam que estão sendo diferentes²⁰. A isso se soma o que se tem feito pela doutrina do “máximo esforço revisor” decorrente do caso “Casal” da Corte Suprema de Justiça da Nação, que, em poucas palavras, estipulou que o tribunal de cassação deve esgotar o esforço por revisar tudo o que possa ser revisado, ou seja, esgotar a revisão do que pode ser revisado (considerando 23) e que os únicos que não sejam passíveis de revisão sejam os que surjam direta e unicamente da imediação (considerando 24).

Em relação aos prazos a que estão submetidos os juízos com funções de revisão, o código estipula que se a decisão impugnada for uma sentença, ditarão a decisão dentro de vinte (20) dias a contar de quando ocorreu a audiência; enquanto que em outros casos, os juízes

²⁰ O caso mis concreto pode ser encontrado na província de Neuquén, onde no começo desse ano se gerou uma interessante discussão ao redor da metodologia recursiva nos casos de sentenças e vereditos. Um resumo destes debates pode ser encontrado no seguinte link: <<https://medium.com/@FdelExpediente/impugnacion-y-jurados-populares-3195c16e3243>>. Acesso em: 25 jul. 2017.

deverão resolver de imediato, dando os fundamentos para finalizar a audiência, exceto se as partes acordarem em um prazo maior em razão de novos fatos ou complexidade do assunto (art. 315 CPPN).

Em definitivo, acreditamos que a discussão sobre a estrutura e o modo de trabalho de um sistema recursivo compatível com as exigências de um modelo acusatório não se esgota nesses tópicos que foram desenvolvidos, mas apresentamos os pontos de maior resistência para conseguir uma mudança de paradigma estrutural no modo de controlar as decisões judiciais.

5. ORALIDADE NA ETAPA DE EXECUÇÃO PENAL

Nesta última etapa, o regime de audiências para a formulação de petições para apreciação judicial se aplica para todos os casos (art. 323 y 332 CPPN), exceto para o caso de cômputo da pena. De todo modo, a competência do juiz não é “passiva”, espera de uma pretensão das partes; também de modo ativo deverá “visitar periodicamente [pelo menos semestralmente] os estabelecimentos onde se encontrem pessoas privadas da sua liberdade” (art. 57 inc. e CPPN y cf. 208 ley 24.660).

Os pleitos que o Ministério público, o condenado ou seu defensor, pretendem formular nesta etapa serão diretamente perante o juiz com funções de execução penal. Não apenas serão apresentados de forma direta, sem mediação por uma petição escrita, como também deverão ser resolvidos na mesma audiência, com a presença das partes (art. 332 1er. párr. CPPN).

A intervenção do condenado nas audiências é uma questão essencial e contempla o uso de recursos tecnológicos em casos de limitação pela distância entre o lugar em que se encontra preso e a sede dos juízes da execução. Para recorrer a essa conexão, “deverá ser assegurado a privacidade da comunicação entre o condenado e seu defensor durante todo o seu desenvolvimento” (332 5 párr. CPPN).

É admissível a produção de prova durante a audiência, devendo a parte que propõe apresentá-la obter uma autorização judicial na mesma audiência, que só poderá ser rejeitada quando não tiver vin-

culação com o pedido (impertinente) ou considere já provado em excesso uma circunstância fática invocada (superabundante). Se deverá admitir qualquer meio de prova e de não contar com possibilidades de apresentá-la em audiência por questões alheias a sua vontade se contempla a possibilidade de requerer o auxílio judicial, para o qual se deve requerer ordem do juiz ou do cartório judicial (art. 332 2do. párr. CPPN).

Todas as decisões do juiz da execução poderão ser revisadas diante de pedido expresso das partes dentro do prazo de cinco dias de prolatada (art. 333 CPPN), embora entendemos que não houvesse impedimento de interpuser na mesma audiência ao individualizar os motivos do recurso, deixando para a audiência perante os juízes a possibilidade de rever o desenvolvimento dos agravos.

Com a formulação do pedido de revisão, ao cartório judicial corresponde o dever de sortear os três juízes de revisão, que não podem ter atuado anteriormente no caso, e fixar data para a celebração de uma audiência dentro de cinco dias. Para a revisão, as partes deverão expor seus argumentos, primeiro o recorrente e logo depois os restantes; para que os juízes, logo após deliberarem, emitam imediatamente sua decisão de forma fundamentada. Embora a norma não o mencione expressamente, é razoável entender que o indivíduo submetido à sanção também deve intervir nas audiências de revisão.

Sobre o desenvolvimento da audiência, não se estabelecem maiores detalhes, então a dinâmica dependerá da interpretação das regras que adotem os juízes. Os interrogantes gerados no início do novo sistema podem ser: se se deve reproduzir a totalidade do registro audiovisual da audiência do juiz da execução (substituindo a leitura dos fundamentos que se poderia fazer em uma sentença feita por escrito), ou se pode oferecer nova prova. Sobre a primeira incógnita, apoiamos a postura segundo a qual não é necessário a reprodução da audiência anterior, devendo as partes exercerem corretamente o sentido do contraditório, devendo a parte controlar a qualidade da informação que introduz a parte contrária. Na realidade, toda a informação introduzida na audiência, tem que estar sob o exame da contraparte, que em sua exposição poderá manifestar-se sobre as omissões ou erros do recorrente. Em tais casos, o recorrente explicará qual é a petição

inicial e no que se baseou; seguirá relatando a decisão a qual se agrava e seus motivos, e finalmente, explicará os fundamentos pelos quais pretende a revogação ou modificação. Somente quando a controvérsia não se puder ser resolvida, recorrerá a reprodução total ou parcial da audiência prévia.

A respeito ao tipo de pleitos na etapa da execução penal que contempla expressamente o novo Código de Processo Penal, mencionamos os seguintes: 1.- De caráter geral, todos os pleitos suscitados durante a execução das penas e medidas de segurança ou educativas (art. 56 inc. c CPPN); 2.- Unificação de penas ou condenação (arts. 56 inc. “g” e 329 CPPN); 3.- Diferimento da execução (art. 330 CPPN); 4.- Regras de conduta; 5.- Cumprimento em um estabelecimento de saúde (art. 334 CPPN); 6.- Multa (art. 335 CPPN): para prorrogação do prazo de pagamento, parcelamento ou substituição; 7.- Inabilitação (art. 336 CPPN); 8.- Expulsão de condenados estrangeiros em situação irregular no país (art. 56 inc. d CPPN); 9.- resolver impugnações que se apresentem contra decisões administrativas penitenciárias (art. 56 inc. g. CPPN); 10.- revisão de sentenças condenatórias quando entrem em vigor uma lei penal mais benéfica (art. 56 inc.. f CPPN) e 11. Revisão (art. 333 CPPN).

Como se mencionou anteriormente, o cômputo da pena privativa de liberdade (art. 328 CPPN) ou de inabilitação (art. 336 1er. CPPN) é a única hipótese na etapa da execução penal que se resolve sem audiência. Logo que o cartório judicial (oficina judicial) recebe uma cópia da sentença condenatória, é dado conhecimento ao juiz para que realize o cômputo da pena, fixando a data em que finaliza a condenação e tudo o que implicar em saída transitória ou definitiva do condenado, em conformidade com a lei de execução penal. As partes serão comunicadas e as mesmas terão acesso dentro de três dias. A oposição ao cômputo se materializará em audiência, na qual o juiz decidirá antes de escutar as partes. Essa decisão poderá ser revisada por três (3) juízes dentro do prazo de cinco (5) dias de interposta a revisão por escrito perante o cartório (art. 333 CPPN).

Neste ponto, os autores deste trabalho possuem posições antagônicas. Por esse motivo, serão expostas conforma a opinião de cada um. Um, não vislumbra questionamentos à exceção porque seria sobrecarga

ao trabalho nas audiências dos juízes com função de execução e que esse trabalho, por sua condição administrativa, deveria ser realizado pelo cartório judicial (oficina judicial). Esta última poderia solicitar maior informação às partes em caso de necessidade e a parti dela praticar o cômputo, sem ter que movimentar o processo de celebração de uma audiência específica para esta finalidade. Somado a isso, convém recordar que na atualidade, tanto a nível comparado como na justiça federal em concreto, o recurso “juiz de execução” é de caráter limitado, o que desde uma visão pragmática não haveria necessidade de sobrecarregar seu trabalho com uma tarefa que poderia realizar o próprio cartório judicial por meio de uma unidade de execução. A outra opinião, por outro lado, destaca negativamente a falta de regulação do cômputo da pena em audiência quando são as partes que contam com maior informação sobre o caso concreto, e os antecedentes do imputado. Ao contrário, a informação com que pode contar o juiz de execução ou o cartório judicial são limitadas, pois os autos da execução penal só se constituem inicial com uma cópia da sentença condenatória (art. 327 CPPN), peça processual que geralmente não faz menção aos prazos de detenção do indivíduo durante o caso ou outros processos paralelos. Por sua vez, o cômputo de detenção não é motivo de debate nem deliberação em nenhuma das duas etapas do debate; mesmo o juiz da execução não poderia ter acesso ao auto de abertura do juízo oral. Mas ademais, o sistema adversarial rege em todas as etapas do processo e não somente até o debate ou a revisão da sentença, pelo qual o órgão jurisdicional ou o cartório de apoio não deveriam atuar de ofício completando a informação ausente nos autos da execução.

CONCLUSÃO

A reforma da justiça penal federal da Argentina tem dado somente o primeiro passo com a sanção do novo Código de Processo Penal da Nação e que este processo apenas inicia um grande e complexo caminho de múltiplas dimensões.

A primeira dimensão é precisamente normativa. No presente trabalho descrevemos a estrutura e dinâmica processual com a qual o

novo código se compromete. Na dimensão estrutural, se tem regulou um sistema de audiências orais para a doção das decisões judiciais, no marco segundo o qual se redefine os papéis dos atores processuais que intervém no procedimento penal. Em fins gerais, estamos em condições de concluir, comparativamente, que se trata de um bom texto normativo, para além das observações negativas que foram manifestadas. Estas podem ser sanadas com uma adequada implementação, ainda que seja pouco provável.

Existem numerosas experiências latino-americanas que tem demonstrado que grande parte do êxito das reformas se joga em como induzir e trabalhar a enorme mudança cultural que supõe uma transformação da magnitude da que se trata a reforma federal argentina.

BIBLIOGRAFÍA

BINDER Alberto. *Implementación de la nueva justicia penal adversarial*. Buenos Aires: Ad-hoc, 2012.

BINDER Alberto. Independencia judicial y delegación de Funciones: El extraño caso del Dr. Jekyll y Mr. Hyde. In: BINDER Alberto. *Justicia Penal y Estado de Derecho*. 2º ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2011.

BINDER Alberto. Código-mentira al servicio judicial: algo más sobre la delegación de funciones. In: BINDER Alberto. *Justicia Penal y Estado de Derecho*. 2º ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2011.

BINDER Alberto. *Introducción al derecho procesal penal*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2005.

CANO JARAMILLO, Carlos Arturo. *Oralidad, Debate y Argumentacion*. Bogota: Editorial Ibañez, 2007.

GARCIA YOMHA, Diego; MARTINEZ, Santiago. *La oralidad de decisiones durante la ejecución de la pena*. In: *Sistemas Judiciales*, CEJA, Año 6, N° 11.

GONZALEZ PRECIADO, Mireya. Oralidad y gestión, el reto de hoy. In: *Reformas Procesales Penales en América Latina, Discusiones Locales*. Santiago: CEJA, 2005.

LEDESMA Ángela E. *La reforma procesal penal*. Buenos Aires: Editorial Jurídica Nova Tesis, 2005.

LORENZO, Leticia. *Manual de Litigación*. Buenos Aires: Ediciones Didot, 2012.

Informações adicionais e declarações dos autores (integridade científica)

Declaração de conflito de interesses (conflict of interest declaration): os autores confirmam que não há conflitos de interesse na realização das pesquisas expostas e na redação deste artigo.

Declaração de coautoria e especificação das contribuições (declaration of authorship): todas e somente as pessoas que atendem os requisitos de autoria deste artigo estão listadas como autores; todos os coautores se responsabilizam integralmente por este trabalho em sua totalidade.

- Leonel González Postigo: projeto e esboço inicial, coleta e análise de dados, levantamento bibliográfico, redação do artigo.
- Tobías José Podestá: projeto e esboço inicial, coleta e análise de dados, levantamento bibliográfico, redação do artigo.
- Tradução do espanhol ao português (com posterior revisão dos autores): Caíque Ribeiro Galícia e Vinícius Diniz Monteiro de Barros.

Declaração de ineditismo e originalidade (declaration of originality): versão resumida em português inédita de artigo originalmente publicado em espanhol em: GONZÁLEZ POSTIGO, Leonel; JOSÉ PODESTÁ, Tobías. *Oralidad en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación Argentina. Revista de Derecho Procesal Penal*, Santa Fe, Argentina, 2015; os autores asseguram que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

Dados do processo editorial

(<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies>)

- Recebido em: 24/06/2017
- Tradução e revisão: 16/07/2017
- Versão final: 28/07/2017
- *Autores convidados*

<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies> - custom-1

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editora-associada: 1 (FMB)
- Editora-assistente: 1 (CRG)

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

GONZÁLEZ POSTIGO, Leonel; JOSÉ PODESTÁ, Tobías. A oralidade no novo código de processo penal da nação Argentina. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 3, p. 849-878, set./dez. 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i3.89>



Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.

Cultura Inquisitória e as Falsas Oralidades

Inquisitorial Culture and the False Oralities

André Rocha Sampaio¹

Professor Adjunto de Direito Processual Penal do UNIT/AL – Maceió/AL
Doutor em Ciências Criminais pela PUCRS
andrerochasampaio@gmail.com
 lattes.cnpq.br/0645556530168637
 orcid.org/0000-0002-6288-5487

Marcos Eugênio Vieira Melo²

Mestrando em Ciências Criminais pela PUCRS – Porto Alegre/RS
marcos.evmelo@gmail.com
 lattes.cnpq.br/6518709197337260
 orcid.org/0000-0001-5854-579X

RESUMO: O presente artigo tem como escopo evidenciar a necessidade da oralidade para superar a insuficiência das medidas que envolvem meras reformas legais para a modificação da cultura inquisitorial que nos aflige desde nossa matriz. Para tal, valemo-nos da hipótese de que a oralidade presente no modelo processual penal brasileiro é de baixa intensidade, enfraquecida pela lógica autoritária que atravessa nossa dinâmica processual desde fora. Foram utilizados diversos textos de processualistas penais nacionais e estrangeiros relacionados à necessidade de desvelamento do engodo do “sistema misto”, da necessidade do direito ao confronto e da restauração da oralidade. Partiu-se

¹ Professor das disciplinas Direito Processual Penal I e Direito Processual Penal II do Centro Universitário Tiradentes (UNIT/AL) e Direito Processual Penal I da Faculdade Integrada de Pernambuco (FACIPE/PE), Doutor em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), Mestre em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL), Pós-graduação Lato Sensu pela Escola Superior de Marketing de Alagoas (ESAMC/AL), Advogado.

² Mestrando em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), Pós-graduado em Processo Penal pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) e Faculdade de Direito de Coimbra, Advogado.

de hipótese que uma oralidade em sentido forte não pode estar dissociada da imediação judicial e, sanando tal deficiência, a estrutura dialética do processo poderia ser mais bem evidenciada.

PALAVRAS-CHAVE: inquisitorialidade; oralidade; confronto; imediação.

ABSTRACT: *The purpose of this article is to demonstrate the necessity of orality to overcome the insufficiency of measures that concerns the very legal reforms to modify the inquisitorial culture that afflicts us from our matrix. For this, we have used the hypothesis that the orality found in the Brazilian penal process model is of a low intensity, weakened by the authoritarian logic that crosses our penal process dynamics from the outside. Various texts of national and foreign criminal proceduralists were used, mainly those related to the need to unveil the illusion of the “mixed system”, the need for the right of confrontation and the restoration of orality. It was hypothesized that an orality in the strong sense cannot be dissociated from the judicial immediacy and, by remedying such deficiency, the dialectical structure of the process could be better evidenced.*

KEYWORDS: *inquisitoriality; orality; confrontation; immediacy.*

SUMÁRIO: Introdução; 1. Matrizes Inquisitoriais do Modelo Processual Penal Brasileiro; 2. A Oralidade como Elemento de Superação da Cultura Inquisitorial; 3. A Falsa Oralidade: estratégias de superação; Considerações Finais; Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda a necessidade de incremento da oralidade para superar a cultura inquisitorial que permeia o modelo processual penal brasileiro, muitas vezes refém de meras (insuficientes) modificações legislativas para tal. Este, que se apresenta como “acusatório”, acaba por operar em uma lógica “inquisitorial reformada”, valendo-se do engodo da presença superficial de elementos dotados de democracia para obstar uma verdadeira ruptura de paradigma.

Trata-se de tema que adquire ainda maior relevo quando nos encontramos na iminência de um novo Código de Processo Penal, que corre o manifesto risco de preservar a nódoa inquisitória que atravessa

sa nosso sistema desde seu nascedouro. Assim, buscaremos demonstrar que menos do que mudar leis se torna necessário repensar os fundamentos de operacionalização, tendo no trato da oralidade a pedra de toque.

Na consecução do presente, a literatura processual penal pátria de vanguarda, bem como diversos processualistas internacionais, serão utilizados como base para repensarmos o fenômeno por meio de breves comparativos com o direito estrangeiro. Nessa senda, a desconstrução do mito da acusatoriedade, traçada por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, e a necessidade de superação das falsas oralidades abordada por Alberto Binder constituem o referencial de base do presente.

O que temos, em suma, é um modelo que se reveste de certo verniz democrático, elencando, inclusive, como um dos princípios reitores a própria oralidade, mas que a rigor podemos questionar: trata-se de uma oralidade efetiva para a estruturação de um modelo que supere nosso ranço inquisitório? Partimos da premissa, então, de que essa oralidade frágil, divorciada da imediação judicial, contribui justamente para o oposto, a perpetuação do gérmen inquisitório, resistente a quaisquer modificações puramente legais, que não alcançam o âmago da cultura inquisitorial.

1. MATRIZES INQUISITORIAIS DO MODELO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

Os sistemas jurídicos latino-americanos são, em grande parte, fruto da conjuntura política que os estruturou historicamente, nomeadamente no que tange aos conquistadores ibéricos. Desse modo, o cenário percebido hoje, resultado não de um determinismo absoluto, mas de um plexo de fatores estruturantes, contempla inexoravelmente uma forte tradição inquisitorial³, sinalizada por meio de, entre outros

³ Importante ter em questão que se deve entender o sistema inquisitivo não somente como um modo de organização do procedimento e da administração da justiça, mas que gera ao seu redor uma cultura inquisitiva que se retroalimenta ao longo do tempo e que o permitiu e permite sobreviver por esses quase quinhentos anos (BINDER, Alberto M. *La justicia penal en la transición a la democracia en américa latina*. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005, p. 86).

sintomas, uma extrema centralização hierárquica dos Tribunais e uma organização claramente burocrática.⁴

Por outro lado, sua dimensão político-criminal tem encontrado artifícios históricos discursivos para minar os aspectos limitadores do poder punitivo e fazer prevalecer elementos que ampliam o exercício do poder relacionado à persecução penal. Com efeito, tem-se que a relação entre o sistema político imperante e a substância do direito processual penal é mais direta e imediata do que em qualquer outro ramo do ordenamento jurídico.⁵

Já ensinava Goldschmidt que “os princípios de política processual de uma nação não são outra coisa que segmentos de sua política estatal geral”, bem como que “a estrutura do processo penal de uma nação não é senão o termômetro dos segmentos corporativos ou autoritários de sua constituição”.⁶ Logo, entende-se que o fenômeno processual penal deve ser compreendido rizomaticamente,⁷ como elemento inserido

⁴ MAIER, Julio B. J. Situación de la justicia penal y problemas de los sistemas escritos. *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, junio 1991, nº 4, p. 2-3.

⁵ MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal*. Tomo I: fundamentos. Buenos Aires: Del Puerto, 2006, p. 260.

⁶ GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso*: problemas jurídicos y políticos del proceso penal. vol. II. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961, p. 110.

⁷ Deleuze e Guattari assim resumem os pontos principais de um rizoma: (1) ele conecta quaisquer dois pontos, cada um com suas características que não se remetem necessariamente a característica da mesma natureza, o rizoma põe em jogo regimes de signos muito distintos e até mesmo de não-signos; (2) Ele não se reduz nem ao Uno e nem ao Múltiplo; (3) ele não se compõe de unidades, mas de dimensões, ou, melhor, de direções que se modificam; (4) não tem nem início e nem fim, sempre um meio, no qual cresce e desborda; (5) o rizoma constitui multiplicidades lineares de n dimensões, sem sujeito ou objeto, distribuíveis em um plano de existência do qual sempre se subtrai o Uno (n-1); (6) ele é integralmente composto por linhas (de segmentariedade, de estratificação, de fuga ou desterritorialização, esta como dimensão máxima pela qual a multiplicidade se metamorfoseia ao mudar de natureza); (7) ele é uma anti-genealogia, uma memória curta ou anti-memória; (8) ele procede por variação, expansão, conquista, captura, injeção; (8) o rizoma está relacionado com um mapa que deve ser construído, produzido, sempre desmontável, conectável, alterável, com múltiplas entradas e saídas, em suas linhas de fuga; (9) trata-se de sistema acentrado, não hierárquico e não significante, sem um comando central, sem memória organizadora central (mais detalhes,

em um contexto de circunvizinhança com os mais variados fatores – sociais, políticos, culturais, etc. – que o afetam ainda que indiretamente, produzindo irritações a serem observadas e interpretadas com base em seus próprios códigos.⁸ Desde uma perspectiva política, é necessário ressaltar que o papel do processo está inextricavelmente relacionado com os desígnios do próprio Estado.⁹

Há, portanto, umnexo entre a manifestação política do Estado e o modo de exercício do processo. Em um Estado Democrático de Direito, no qual o cidadão tem seus direitos individuais protegidos, o processo tende à ampliação das garantias; já em um Estado em que a relação Estado-cidadão é desequilibrada e pende em favor exclusivamente do primeiro, as garantias são diminuídas ou eliminadas.¹⁰

Nessa senda, poder-se-ia esperar um modelo democrático de processo penal apenas de um Estado que de fato se pautasse por tais valores, todavia apenas se pautaria ele deste modo de possuíse instituições que estruturassem relações jurídicas deste jaez, fomentando, assim, uma relação bilateral complexa, de afetação recíproca, de modo que, ao se conceber o Estado como conjunto das manifestações políticas (*lato sensu*) de um determinado espaço geográfico, seria mais razoável operar uma reestrututação menos descendente do que ascendente (das instituições ao Estado). Neste sentido, Ferrajoli atribui ao direito e ao processo penal um caráter democrático apenas se servirem para limitar

cf. DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Felix. *Rizoma: introducción*. Trad. José Vásquez Pérez e Umbelina Larraceleta. Valencia: Pre-textos, 2013, p. 48- 49).

⁸ LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Trad. Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 584.

⁹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à Prova no Processo Penal*. Imprenta: São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 18-19. Como adverte CHOUKR (*Garantias constitucionais na investigação criminal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 8): “O Estado, pela sua óptica, cria uma regulamentação processual penal a partir dos valores políticos dominantes”. Nessa ótica, para GIMENO SENDRA (Prólogo. In: GONZALES-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*. Madrid: Colex, 1990.p. 7), “o processo penal é, junto com o Direito Penal, o setor do ordenamento em que maiores poderes são concedidos ao Estado para a restrição dos direitos fundamentais que a Constituição reconhece aos cidadãos” (tradução livre).

¹⁰ BETTIOL, Giuseppe; BETTIOL, Rodolfo. *Istituzioni di diritto e procedura penale*. 7ª ed. Pádua: CEDAM, 2000, p. 128-129.

e diminuir a violência punitiva do Estado e assegure os direitos fundamentais do cidadão frente ao seu arbítrio e abuso da força¹¹.

Dessa forma, no contexto especificamente brasileiro, a tendência inquisitorial do processo penal parte de uma matriz cultural portuguesa autoritária em que, por um lado, o julgador é o protagonista na produção das provas, bem como, por outro, a apologia ao punitivismo sob os mais variados discursos da pena e de seus populismos fazem com que se instale um *impulso inquisitivo* e uma *mentalidade inquisitória* nos diversos atores jurídicos.¹²

Com isso, entende-se que, assim como o sistema processual é reflexo do regime político ideológico, o sistema probatório é por sua vez a coluna vertebral do sistema processual.¹³ Logo, uma regulação normativa ou uma prática forense probatória que não respeite garantias constitucionais como a do contraditório, subvertem o sistema acusatório e convertem a decisão judicial em um exercício de pura arbitrariedade.¹⁴

¹¹ FERRAJOLI, Luigi. Justicia penal y democracia. *Jueces para la democracia*, n. 4, Madrid, set. 1988, p. 3.

¹² AMARAL, Augusto Jobim do. *Política da prova e cultura punitiva: a governabilidade do processo penal brasileiro contemporâneo*. São Paulo: Almedina, 2014, p. 389. Para mais detalhes sobre a matriz inquisitória/autoritária no sistema penal brasileiro, cf. BATISTA, Nilo. *Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2002, v. I. Esses discursos populistas/inquisitórios acabam se revelando como o lugar em que existe a ligação mais genuína entre o *desejo* e o *poder*: “A linguagem da punição, mesmo podendo muito bem estar associada às melhores intenções, seduz profundamente, pois sabemos desde tempos que o *discurso* não é simplesmente aquilo que manifesta ou oculta o *desejo*, mas é o próprio *desejo*, traduz tão somente as lutas ou os sistemas de dominação, mas revela aquilo porque se luta, pelo que se luta – o poder, enfim, do qual queremos nos apoderar” (AMARAL, Augusto Jobim do; ROSA, Alexandre Morais da. *Cultura da Punição: a ostentação do horror*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 44).

¹³ GONZALEZ ALVAREZ, Daniel. La prueba en los procesos penales centroamericanos (Guatemala, El Salvador, Costa Rica. *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, marzo 2000, n. 17, p. 1. Para MORA MORA (La prueba en el Código Procesal Penal Tipo para América Latina. *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, junio 1992, n. 5, p. 53, tradução livre) “o sistema probatório adotado no processo penal constitui um termômetro do nível de desenvolvimento democrático de uma comunidade concreta”.

¹⁴ ESTRAMPES, Manuel Miranda. La prueba en los procesos penales acusatorios latinoamericanos, Actualidad Judicial. *Revista del Poder Judicial del Estado de Zacatecas*, núm.1, 2007, p. 39.

Nessa conjuntura, o magistrado não pode estar envolvido com a produção de nenhum argumento, devendo se manter equidistante às partes, já que um juiz que formula a acusação, por exemplo, está “psicologicamente envolvido com uma das versões em jogo”¹⁵ e em um Estado Democrático de Direito não deve existir dúvida de que um juiz imparcial é requisito indispensável a um sistema processual-penal democrático.¹⁶

Um modelo processual inquisitivo, por outro lado, responde a uma concepção autoritária e antidemocrática, fazendo com que o processo penal perca sua condição de processo e se converta em um instrumento de opressão.¹⁷ Portanto, o processo penal deve se conceber como um sistema de garantias a todos frente a atuação punitiva do Estado.¹⁸

Atenta-se aqui que não se está a dizer que um denominado processo acusatório não poderá ser autoritário, pois basta que se tenha uma distribuição desigual de poderes processuais entre as partes para sê-lo,¹⁹ mas que em um modelo inquisitório em que o juiz tem a gestão da prova não poderá ser democrático. Igualmente, deve-se ter em apreço que a estrutura de um processo autoritário dispensa os atributos de acusatório ou inquisitório, ou ainda que categorias como democracia, direitos fundamentais e Constituição, comumente invo-

¹⁵ PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 128.

¹⁶ STRECK, Lênio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *O que é isto? – as garantias processuais penais?* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 54.

¹⁷ Nesse sentido MONTERO AROCA (*Principios del proceso penal: una explicación basada en la razón*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997, pp. 28-29) chega a afirmar que: “*El denominado proceso inquisitivo no fue y, obviamente, no puede ser, un verdadero proceso [...] El llamado proceso acusatorio sí es un verdadero proceso, por cuanto en él existe realmente un juez imparcial y dos partes parciales enfrentadas entre sí*”.

¹⁸ ESTRAMPES, Manuel Miranda. La prueba en los procesos penales acusatorios latinoamericanos, *Actualidad Judicial. Revista del Poder Judicial del Estado de Zacatecas*, núm.1, 2007, p. 37. Nesse sentido, para PRADO (*Sistema Acusatório*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 45-47) o processo penal deve servir como uma *função-garantia* dos direitos fundamentais do acusado.

¹⁹ SCHUNEMANN, Bernd. *La Reforma del Proceso Penal*. Madrid: Dykinson, 2005, p. 35.

cadascuma como bases de um sistema acusatório, não significam blindagem ao autoritarismo, justamente porque ele está para além dessas categorias e sistemas.²⁰

Com efeito, importante apontar que as premissas de um processo penal democrático partem necessariamente de um instrumento de limitação de um poder punitivo estatal, “por ser o próprio exercício do poder o núcleo inquebrável de qualquer preocupação democrática”,²¹ tratando-se, portanto, do marco constitucional “como limite às derivas processuais de fundo autoritário, impondo um sistema processual que possa considerar-se ele mesmo um aparelho limite ao poder punitivo”.²²

Contudo, o reconhecimento às partes de um direito à prova permanece difícil e problemático nos sistemas processuais da Europa continental e seus derivados, muito em decorrência do peso da tradição inquisitória já mencionada e suas consequências: a figura do juiz na obtenção do material probatório, o dogma da verdade real, a preocupação com a economia processual e uma concepção peculiar do livre convencimento.²³

Dessa forma, assim como a monarquia absolutista encontrou na inquisição o seu principal instrumento de controle, o Estado Moderno desenhou um novo modelo judicial, que contém todas as características do modelo inquisitorial, mas com outra roupagem. O século XX, por exemplo, manteve o sistema inquisitório vivo, o que se evidencia com o surgimento de governos ditatoriais em praticamente todos os países da América Latina. Porém, mesmo após o fim deste período histórico-político e a formalização da democracia, muitos países seguiram com seu modelo processual penal operando em um suposto “*sistema misto*”,

²⁰ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Processo Penal Pós-acusatório? Resignificações do Autoritarismo no Processo Penal. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 378-408, jan – fev. 2015, p. 389-398.

²¹ MELCHIOR, Antonio Pedro. *O juiz e a prova: o sintoma político do processo penal*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 146.

²² MARTINS, Rui Cunha. *O Ponto Cego do Direito: The Brazilian Lessons*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 74-75.

²³ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à Prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 63.

espelhado no *Code Crimennelle* bonapartista de 1808,²⁴ que nada mais é que um sistema inquisitório de aparência acusatória, uma espécie de “inquisitório reformado”.

Emblemático deste modelo distópico é a adoção do princípio da instrumentalidade das formas, ou *pas de nullité sans grief*, herança do aludido código napoleônico. De acordo com esse princípio, para o reconhecimento de determinada nulidade deverá a parte demonstrar a ocorrência de efetivo prejuízo, o que se torna espécie de “prova diabólica”, visto que demanda a demonstração de algo em uma dimensão temporal jamais plenamente realizada (o futuro do pretérito), uma espécie de prova do que aconteceria em uma linha de existência paralela na qual dado fato não veio a acontecer. O que se extrai como consequência disto é uma inelutável lesão ao arcabouço de garantias processuais, enfraquecidas com a relativização da forma que as protege, aumentando os poderes do julgador, que poderá manipular as formas sob o moldável fundamento da finalidade atingida, mascarando sutilmente um sistema sob a ótica inquisitória.²⁵

É o que se vê no processo penal brasileiro, que desde a criação do seu código vigente, inspirado no código italiano da época fascista, não deixou dúvidas e nem precisou disfarçar que adotou o sistema inquisitório e que o juiz tinha a faculdade de produzir provas.²⁶

²⁴ BINDER, Alberto M. *La fuerza de la Inquisición y la debilidad de la República. Política Criminal Bonaerense*, n. 1, 2003.

²⁵ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no Processo Penal: Introdução principiológica à teoria do ato processual irregular*. Salvador: Juspudivm, 2015, p. 297-301.

²⁶ “O projeto abandonou radicalmente o sistema chamado da certeza legal. Atribui ao juiz a faculdade de iniciativa de provas complementares ou supletivas, quer no curso da instrução criminal, quer a final, antes de proferir a sentença. (...) o juiz deixará de ser um espectador inerte da produção de provas. Sua intervenção na atividade processual é permitida, não somente para dirigir a marcha da ação penal e julgar a final, mas também para ordenar, de ofício, as provas que lhe parecerem úteis ao esclarecimento da verdade.” (BRASIL, 1941). Ressalte-se que o principal idealizador do Código de Processo Penal de 1941 foi o Min. Francisco Campos, considerado um dos mais importantes intelectuais do autoritarismo brasileiro do século XX, que na Exposição de Motivos do Código de 1941 fez questão de citar o pensamento de Rocco e nunca escondeu sua influência no regime fascista italiano de Mussolini (MALAN, Diogo Rudge. *Ideologia política de Francisco Campos*:

No entanto, após a Constituição de 1988, com a titularidade da ação penal pública privativa do Ministério Público e todas as garantias nela previstas, o imbróglio do senso comum teórico dos juristas²⁷ passou a ser legitimar o sistema proposto pelo CPP mesmo de encontro com a própria Constituição. Foi então que se consagrou na doutrina nacional o famigerado “*sistema misto*”.

Importante destacar que não há mais sistemas puros (se é que um dia existiu algum), todos são mistos, diferenciando-se para Coutinho quanto ao seu “princípio unificador”, que poderá ser o dispositivo ou o inquisitivo. Com isso, quando um modelo tem em sua essência a produção da prova exclusivamente delegada às partes, terá como princípio unificador o dispositivo. Por sua vez, em modelos em que a gestão da prova fica a cargo do juiz (que é o caso brasileiro), terá como princípio unificador o inquisitivo:

Ora, faz-se uma opção política quando se dá a função de fazer aportar as provas ao processo seja ao juiz (como no Sistema Inquisitório), seja às partes, como no Sistema Acusatório, por evidente que sem se excluir (eis por que todos os sistemas são mistos) as atividades secundárias de um e de outros, tudo ao contrário do que se passava nos sistemas puros. Daí que a gestão da prova caracteriza, sobremaneira, o princípio unificador e, assim, o sistema adotado.²⁸

Influência na legislação processual brasileira (1937-1941), In: MALAN, Diogo Rudge; PRADO, Geraldo (orgs.). *Autoritarismo e processo penal*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 46).

²⁷ Entende-se como “senso comum teórico” o sentido empregado por Luiz Alberto Warat: “o ‘senso comum teórico’, diremos que ele representa um sistema de conhecimentos que organiza os dados da realidade, pretendendo assegurar a reprodução dos valores e práticas predominantes. Trata-se de um discurso que oferece respostas que apenas aludem ao real e comandadas por interesses que tomam a forma de princípios ou diretrizes. Assim, não é difícil ver que o senso comum teórico apresenta um conjunto de questões onde as respostas já são sobredeterminadas” (WARAT, Luiz A. *O senso comum teórico dos juristas*. Disponível em: <<http://casadewaratportoalegre.blogspot.com.br/2011/04/o-senso-comum-teorico-dos-juristas-luiz.html>>. Acesso em: 23 out. 2016).

²⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema Acusatório – Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 46, nº 183, p. 103-115, jul./set. 2009, p. 109.

2. A ORALIDADE COMO ELEMENTO DE SUPERAÇÃO DA CULTURA INQUISITORIAL

Diferente dos demais países da América Latina o Brasil está remando em maré contrária em relação aos avanços democráticos no processo penal. Isso se dá porque desde o início da década de oitenta, com os primeiros países a abandonar as ditaduras militares e iniciar a transição democrática, começou um movimento de caráter regional denominado “movimento de reforma da justiça penal”, que visava a fazer uma verdadeira revolução na legislação e especialmente na cultura jurídico-penal da região. Desde a década de 80 até os dias atuais 14 países reformaram integralmente seus Códigos de Processo Penal para adotar o princípio acusatório, contudo, distintamente, o Brasil continua com seu Código de Processo Penal da década de quarenta, que em sua essência é inquisitório e antidemocrático, bem como permanece sem esperança de uma grande alteração, já que o projeto que visa a substituí-lo passa por sérios riscos de permanência do germen da inquisitorialidade.

Tais reformas vêm ocorrendo após transformações das estruturas políticas dos países latino americanos em uma tentativa de consolidação da democracia, caracterizando-se pela tentativa de abandono dos modelos processuais penais inquisitivos ou mistos e a progressiva substituição por modelos acusatórios que estejam conforme suas constituições.²⁹

Nessa tentativa de instalar uma mudança de mentalidade dentro do sistema de justiça criminal, a oralidade se põe como técnica importante para ocorrência de uma ruptura da tradição inquisitória.³⁰ Não se trata de afirmar que o princípio democrático não tenha eficácia em um processo pautado pela forma escrita, ou que somente a oralidade possa estruturar um processo penal democrático³¹, mas de identificar

²⁹ ESTRAMPES, Manuel Miranda. La prueba en los procesos penales acusatorios latinoamericanos, *Actualidad Judicial. Revista del Poder Judicial del Estado de Zacatecas*, núm.1, 2007, p. 40.

³⁰ NUNES, Leandro Gornicki. Sistema Processual Penal adversarial: entre a democratização e o eficientismo penal. In: GOLZÁLEZ, L. (Dir.). *Desafiando a Inquisição: Ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil*. Santiago: CEJA, 2017, p. 80.

³¹ No mesmo sentido MONTERO AROCA: “puede existir perfectamente un proceso con todas las garantías que sea escrito, como demuestra la historia. Una

uma maior democraticidade à forma oral do procedimento, de modo que a decisão judicial se origine em um ambiente marcado pela dialeticidade e a efetiva contraposição de argumentos.³²

Assim, desde já convém demarcar nosso lugar de fala, deixando claro que não defendemos aqui a oralidade como panaceia e nem sequer um processo penal totalmente oral, afinal, em conformidade com Cappelletti,

Examinando as provas escritas, e, mais genericamente, as provas ditas pré-constituídas, podemos desde logo constatar que a sua importância não foi menosprezada por nenhum ordenamento processual que soube aplicar com sucesso o princípio da oralidade. É certo que este princípio implica uma fundamental, prática e teoricamente, importantíssima reavaliação da prova oral, mas esta reavaliação não tem necessidade de vir acompanhada de uma irracional desvalorização da prova documental (pré-constituída).³³

Superado esse ponto, convém ressaltar que sem um juízo verdadeiramente oral e público não se pode sequer começar a falar de como deixar a tradição inquisitória para trás, especialmente nos países da América Latina em que a mentalidade que dela se origina está arraigada por toda estrutura jurisdicional.³⁴ Como bem sinaliza

cosa es afirmar la preferencia por la oralidad y otra negar a la escritura el pan y la sal" (El principio acusatorio entendido como eslogan político. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 66-87, 2015, p. 70). No mesmo sentido Jordi Fenoll afirma que não se pode mais manter a ideia de que a oralidade soluciona todos os males do processo, mas, ao contrário, ela tem suas vantagens e desvantagens, no qual deve-se reconhecê-los e tentar melhorá-los para que o processo possa ser o mais democrático possível (Los problemas de la oralidad. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 67, p. 237-257, set./dez., 2010, p. 247).

³² MAYA, André Machado. *A oralidade como técnica de redução das práticas autoritárias no processo penal*. Porto Alegre: PUCRS, 2015. 329 f. Tese (Doutorado em Ciências Criminais) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Faculdade de Direito, PUCRS, 2015, p. 224.

³³ CAPPELLETTI, Mauro. O valor atual do princípio da oralidade. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, 2002, v. 21, p. 255-260, mar. 2002, p. 257.

³⁴ BINDER, Alberto M. La fuerza de la Inquisición y la debilidad de la República. *Política Criminal Bonaerense*, n. 1, 2003, p. 12.

Gonzalez Alvarez,³⁵ a oralidade não constitui um princípio em si mesmo, mas um facilitador dos princípios políticos básicos e das garantias que estruturam o processo penal. Dessa forma, associa-se a oralidade a um projeto do constitucionalismo democrático chamado por Marinho Marques³⁶ de “movimento de superação do método inquisitivo”, ao passo que aderir a um ambiente marcado pela oralidade seria incorporar na sentença e constituir a “base do raciocínio problemático que permite encontrar, na complexidade do Direito, a resposta adequada ao caso concreto”.³⁷

Por isso que tais países colocaram em suas reformas o juízo oral como eixo central no processo de produção de provas no processo penal,³⁸ numa tentativa de afastar a mera reprodução burocratizada do que foi realizado na fase de investigação preliminar, que comumente ocorre nos sistemas inquisitórios ou mistos. Assim, “é nesse panorama do juízo oral em que se garantem em sua plenitude os princípios da oralidade, imediação, contraditório e publicidade”.³⁹ Importante salientar, todavia, que a implementação da oralidade não significa a exclusão da escrita, no

³⁵ GONZÁLEZ ALVAREZ, Daniel. La oralidad como facilitadora de los fines, principios y garantías del proceso penal. *Revista de Ciencias Penales*, nº 11, Año 8, julio 1996. ABC Ediciones, p. 643.

³⁶ MARINHO MARQUES, Leonardo. O princípio da oralidade como componente racional de gestão democrática do processo penal. *Revista da Escola Nacional da Magistratura*, Brasília, ano 06, n. 06, p. 506-520, 2012, p. 507.

³⁷ Alerta Figueiredo Dias, contudo, que mesmo nos processos considerados mais inquisitórios não faltaram atos processuais orais entre o inquisidor, por um lado, e o acusado, as testemunhas, etc., por outro (*Direito processual penal*. v. 1. Coimbra: Coimbra, 1974, p. 230-231).

³⁸ Como exemplo o art. 356.1 do CPP peruano em que afirma: “El juicio es la etapa principal del proceso. Se realiza sobre la base de la acusación. Sin perjuicio de las garantías procesales reconocidas por la Constitución y los Tratados de Derecho Internacional de Derechos Humanos aprobados y ratificados por el Perú, rigen especialmente la oralidad, la publicidad, la inmediación y la contradicción en la actuación probatoria. Asimismo, en su desarrollo se observan los principios de continuidad del juzgamiento, concentración de los actos del juicio, identidad física del juzgador y presencia obligatoria del imputado y su defensor”.

³⁹ ESTRAMPES, Manuel Miranda. La prueba en los procesos penales acusatorios latinoamericanos, Actualidad Judicial. *Revista del Poder Judicial del Estado de Zacatecas*, núm.1, 2007, p. 46, (tradução livre).

sentido de que exista uma proibição de que os atos produzidos oralmente não possam ser registrados para fins de controle das provas.⁴⁰

No entanto, passados quase 30 anos da refundação democrática e constitucional, o Brasil não tem perspectiva concreta de quando haverá um novo Código de Processo Penal e o sistema político local tem optado pela estratégia de promover reformas parciais no código vigente. Contudo, o que se mostrou com a experiência – nacional e dos outros países latinos – foi que essas reformas foram “rapidamente absorvidas e distorcidas pela lógica tradicional, porque não alteram a estrutura de serviços que atravessa os atores do sistema”, pois quando se trata de lidar com sistemas fortemente arraigado em uma cultura inquisitorial “somente reformas radicais permitem lidar com os déficits de um desenho institucional ineficiente, para garantir direitos individuais e, ao mesmo tempo, adjudicar responsabilidades”.⁴¹

Não se está tentando reduzir a reforma a um mero fetichismo legalista, pois cairia no erro de somente trocar um código por outro, mantendo-se uma cultura autoritária que continuaria com interpretações distorcidas das formas processuais. No entanto, seria muito difícil (senão impossível) haver uma transformação na justiça penal sem se modificar integralmente esta legislação, que é funcional à tradição inquisitorial.⁴²

Sabe-se que o problema vai muito além da mera troca de legislações, perpassando também e principalmente por uma dimensão hermenêutica e cultural. Como se sabe a mentalidade inquisitiva continua até os dias atuais se travestindo das mais diversas roupagens e mitos processuais penais.⁴³ Não por outro motivo, apareceram as chamadas “falsas oralidades”, que serão melhor estudadas no próximo tópico.

⁴⁰ FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito processual penal*. v. 1. Coimbra: Coimbra, 1974, pp. 230-231.

⁴¹ MELCHIOR, Antonio Pedro. Os movimentos de reforma do Código de Processo Criminal brasileiro. In: GOLZÁLEZ, L. (Dir.). *Desafiando a Inquisição: Ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil*. Santiago: CEJA, 2017, pp. 50-51.

⁴² BINDER, Alberto M. La fuerza de la Inquisición y la debilidad de la República. *Política Criminal Bonaerense*, n. 1, 2003, p. 11.

⁴³ Na perspectiva de CASARA (*Mitologia processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 87) “por mitologia processual penal, tem-se o conjunto de mitos

3. A FALSA ORALIDADE: ESTRATÉGIAS DE SUPERAÇÃO

Em Estados no qual o sistema processual penal está colonizado pela cultura inquisitória não se pode esperar uma mudança repentina no modo como os processos se operacionalizam. Essa mudança deverá ser firme, porém gradual, não somente na legislação processual, mas, sobretudo, na mentalidade e cultura presente.

Isso é facilmente percebido em solo brasileiro no que tange à legislação criminal, uma vez que as normas, ainda que modificadas, continuam sendo aplicadas por conduto de atitudes e interpretações mais bem caracterizadas pelo modelo anterior, operando uma certa perpetuação de valores anacrônicos nas fissuras da hermenêutica da nova redação. Dos vários exemplos que se têm, optou-se por mostrar um que já se tornou emblemático no processo penal brasileiro: trata-se o do artigo 212 do Código de Processo Penal brasileiro, modificado pela Lei 11.690/2008 numa tentativa de adequar a produção da prova testemunhal ao princípio dispositivo, dando diretamente às partes a possibilidade de perguntar as testemunhas. Porém, o que se constatou na prática foi que as perguntas continuaram a ser produzidas pelo julgador, mesmo indo de encontro ao que foi modificado pela legislação.

Não é diferente no que se trata da oralidade, que mesmo estando presente desde a redação original do Código de Processo Penal em 1941 sempre foi relegada pelos intérpretes para atender a certos desígnios punitivos. É nessa conjuntura que surgem as “falsas oralidades” que, segundo Binder seria quando “a oralidade não está a serviço da imediação: por exemplo, quando se realizam audiências públicas mas nelas não se produzem provas, de modo que o juiz que tem que tomar a decisão não tenha observado a prova diretamente ou já tenha sua opinião formada (pré-julgada)”, ou ainda “vá a ler o que foi produzido na

penais que versam sobre a persecução penal (tanto a investigação preliminar como a *persecutiocriminis in iudicio*); isto é, sobre a atividade estatal de investigar e punir aqueles a quem foi atribuída a prática de um delito. Trata-se de mitos que, como todos os outros, são dogmáticos, coletivos, ahistóricos e funcionalmente úteis ao sistema para o qual nascem e produzem seus efeitos”.

fase de investigação para tomar uma decisão independente do que se tenha feito em juízo”.⁴⁴

Não obstante, a imediação deve incidir na produção da prova que deve ser valorada pelo julgador na hora de decidir, a rigor impedindo o julgador ir atrás ou receber informações obtidas por outros que não as partes e/ou em outro momento senão na instrução probatória em contraditório.⁴⁵

Para Massa, portanto, essa prática da falsa oralidade é considerada uma “farsa através da ‘confirmação’ de uma declaração já produzida, que em muitas vezes é a confirmação de uma confirmação feita em fase de instrução das declarações realizadas na delegacia”.⁴⁶

Compartilhando deste pensamento, Alberto Binder escreve que:

O juiz que irá julgar o caso penal deve ser quem tem que ter a comunicação direta com as partes e quem observa diretamente a prova (...) esses juízos devem ser públicos, mas verdadeiramente públicos, de modo que a sociedade possa observar como seus juízes administram a justiça (...) esses juízos devem permitir a ampla defesa e isso se coloca mediante a concentração da prova – que permite discutir o valor dos elementos probatórios – e de uma estrutura verdadeiramente contraditória que permita discutir, ante o juiz, a melhor solução do caso.⁴⁷

É preciso reconhecer que nosso sistema processual penal funciona através de uma conversão automática em prova dos elementos reunidos pela investigação. Com isso, na prática, as decisões são profe-

⁴⁴ BINDER, Alberto M. *La justicia penal en la transición a la democracia en américa latina*. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005, p. 99, tradução livre.

⁴⁵ IBAÑEZ, Perfecto Andrés. Sobre el valor de la inmediateción (Una aproximación crítica). *Jueces para la democracia*, n. 46, pp. 57-66, 2003, p. 58.

⁴⁶ MASSA, Michele. *Contributo all'analisi del giudizio penale di primo grado*. Milano: Giuffrè, 1976, p. 278 (tradução livre).

⁴⁷ BINDER, Alberto M. La justicia penal en la transición a la democracia en América Latina. In: BINDER, Alberto M. *Política Criminal de la formulación a la praxis*. Buenos Aires: AD-HOC S.R.L., 1997. Cap. XII, p.195-216, p. 214 (tradução livre).

ridas quase que exclusivamente com base nesses elementos de investigação, e isso significa para Binder proferir *sentenças inconstitucionais*.⁴⁸

Nessa senda, Aury Lopes Jr. adverte que

A fraude reside no fato de que a prova é colhida na inquirição do inquérito, sendo trazida integralmente para dentro do processo e, ao final, basta o belo discurso do julgador para imunizar a decisão. Esse discurso vem mascarado com as mais variadas fórmulas, do estilo: a prova do inquérito é corroborada pela prova judicializada; cotejando a prova policial com a judicializada; e assim todo um exercício imunizatório (ou, melhor, uma fraude de etiquetas) para justificar uma condenação, que, na verdade, está calcada nos elementos colhidos no segredo da inquirição. O processo acaba por converter-se em uma mera repetição ou encenação da primeira fase.⁴⁹

Essa é, portanto, uma consequência do “sistema misto”, que impede que o juízo se converta na etapa central do procedimento e torne-se uma etapa vazia de conteúdo e importância, uma vez que o que foi produzido na fase inquisitiva contamina todo o procedimento, transformando a investigação na principal etapa na formação das “provas”, reduzindo ou eliminando a centralidade que deve revestir o juízo.⁵⁰

Assim, um processo só poderá ser considerado verdadeiramente oral se a fundamentação da sentença for realizada exclusivamente mediante os fatos que foram produzidos oralmente em juízo.⁵¹ Claro que esse princípio não deve ser absoluto, pois no juízo oral poderão ser introduzidos certos elementos de provas já produzidos

⁴⁸ BINDER, Alberto M. *Introdução ao Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 182.

⁴⁹ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do Processo Penal - Introdução Crítica*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 162.

⁵⁰ BOVINO, Alberto. *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1998, p. 6.

⁵¹ GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho Procesal*, t. II, vol. I. Valencia: Tirant lo Blanch, 1987, p. 90. “O julgamento é, portanto, o momento da prova, em um sentido básico” (BINDER, Alberto M. *Introdução ao Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 181).

anteriormente à fase judicial, exibindo-os ou através de leituras, quando imprescindível.⁵²

Nesse aspecto, toma-se como parâmetro a análise do valor da “prova” produzida na fase preliminar, não podendo dar um valor unitário a todos os atos produzidos na fase de investigação, sendo suficiente distinguir as provas *pré-constituídas* e as provas *constituendas*. As primeiras seriam as fontes de conhecimento pré-existentes ao processo, como documentos ou outro tipo de prova perecíveis no tempo e, portanto, não repetíveis, enquanto as segundas têm sua produção no curso do processo decorrentes normalmente de fontes pessoais como, em regra, as testemunhas.⁵³

Logo, esses atos produzidos na fase de investigação preliminar, mas com *status* de prova pré-constituída, são exceções ao binômio oralidade-imediação. Concordamos com Pedro Demerican no sentido dessas provas serem colocadas para valoração em uma fase pré-debate com um juiz diferente do que for julgar a causa, para que haja o contraditório e possa servir como um meio de preparação para a fase de debate, com o objetivo de não contaminar o magistrado competente para o julgamento da causa.⁵⁴ Já no que tange às provas constituendas, estas devem seguir o trâmite da oralidade-imediação na fase judicial, para que o julgador a receba de forma direta e sem intermediários, exigindo-se a presença de todos os sujeitos processuais.

Assim, como as chamadas provas pessoais são os meios de prova mais usados, sobretudo em crimes mais tradicionalmente cooptados pelo sistema penal, e em grande parte dos processos os atos produzidos na investigação são o único embasamento do Ministério Público para

⁵² GONZÁLEZ ALVAREZ, Daniel. La oralidad como facilitadora de los fines, principios y garantías del proceso penal. *Revista de Ciencias Penales*, nº 11, Año 8, julio 1996. ABC Ediciones, p. 645. São imprescindíveis os atos anteriormente produzidos e irrepetíveis ou irrealizáveis durante a audiência de concentração, porém devem ser restritos e taxativamente previstos para não se tornarem corriqueiros.

⁵³ BADARÓ, Gustavo Henrique. O valor probatório do inquérito policial. In: VASCONCELOS, Eneas Romero de; MALRINO, Ezequiel; AMBOS, Kai. *Polícia e investigação no Brasil*. 1ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 262-263.

⁵⁴ DEMERICAN, Pedro H. *A oralidade no processo penal brasileiro*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 51.

denunciar ou não o investigado e, ao fim, após repetição na fase processual, para o juiz condená-lo ou absolvê-lo, acabam sendo a principal *carga alucinatória* do inquérito levada ao processo.

No mesmo sentido, no que tange ao processo penal alemão Schünemann:⁵⁵

Os autos da investigação são normalmente compostos em grande medida pelos registros (Protokolle) das inquirições de testemunhas feitas em sede policial. Como já demonstraram uma série de pesquisas sociológicas a respeito da inquirições policiais de testemunhas, o registro dessas inquirições não é de nenhuma forma idêntico a uma mera reprodução do quadro mnemônico da testemunha (comparável à descrição de uma fotografia), mas um verdadeiro produto da interação entre a testemunha e os funcionários públicos encarregados da inquirição e é, também, forte e massivamente influenciado pelas hipóteses formuladas pelo policial a respeito dos supostos contornos do acontecimento, hipóteses essas que orientam as perguntas.

Entende-se, portanto, que essa condição de validade probatória das provas produzidas na oralidade e imediação ficam restritas às provas pessoais. Há quem distinga, nessa senda, a participação do juiz *na* prova e participação do juiz *sobre* a prova: na primeira, o julgador participa na formação ou produção da prova chamada de testemunhal (v.g. testemunhas, vítimas) e das outras fontes de provas que forem produzidas durante o curso do processo judicial (provas constituídas). Por outro lado, a participação do juiz *sobre* a prova tem-se quando a prova já foi produzida, cabendo ao juiz a decisão sobre a possibilidade de sua admissão ou não. Assim, a imediação e a oralidade atingiriam apenas a participação do juiz *na* prova, ou seja, nas provas que sua produção se pretende ainda fazer.⁵⁶

Tratando desse tema e introduzindo a questão do contraditório a partir da reforma do processo penal italiano, Ferrua aduz que no sistema

⁵⁵ SCHUNEMANN, Bernd. Audiência de instrução e julgamento: modelo inquisitorial ou adverbial? Sobre a estrutura fundamental do processo penal no 3º milênio. In: GRECO, Luís. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

⁵⁶ GOMES, Décio Alonso. *Prova e imediação no processo penal*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 87.

anterior ao código italiano de 1988 o contraditório era exercido essencialmente sobre as provas já produzidas, como nas atas dos depoimentos das declarações prestadas nos órgãos de investigação, enquanto no sistema após 1988 se realiza no exato momento de formação da prova, havendo uma separação entre a investigação preliminar e a fase de debates orais, no qual as provas são produzidas perante o juiz com contribuição direta das partes. Isso demonstra o que ele chama de *regra de ouro do processo acusatório*: as declarações das testemunhas somente valem como provas no processo se produzidas com o método do exame cruzado.⁵⁷

Sob determinado aspecto, esse binômio oralidade-imediação aparece como uma modalidade de interação comunicacional, isto é, com a possibilidade de uma ativa interação entre as fontes e os meios de prova. Com isso, o sobredito binômio se torna um forte aliado da participação das partes em contraditório mediante a paridade de armas e o direito ao confronto.⁵⁸

Dáí tem-se a garantia do direito ao confronto no processo penal, cujo conceito é o de que “todo saber testemunhal incriminador passível de valoração pelo juiz seja produzido de forma pública, oral, na presença do julgador e do acusado e submetido a inquirição desse último”, com isso, “a declaração de uma determinada testemunha não pode ser admitida como elemento de prova contra o acusado, a não ser que ela tenha sido prestada nas sobreditas condições”.⁵⁹ Dessa forma o direito de confrontar-se atrela-se à *inutilizabilidade*⁶⁰ das declarações prestadas fora do âmbito do contraditório e do direito ao confronto.⁶¹

⁵⁷ FERRUA, Paolo. Gênese da reforma constitucional do “giusto processo” na Itália. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 2, p. 661-688, mai./ago. 2017, p. 664-665.

⁵⁸ GOMES, Décio Alonso. *Prova e imediação no processo penal*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 93.

⁵⁹ MALAN, Diogo Rudge. *Direito ao confronto no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 78.

⁶⁰ Considera-se a inutilizabilidade um tipo de invalidade que atinge não o ato em si, mas o seu valor probatório. O ato pode ser considerado válido do ponto de vista formal, mas o seu aspecto substancial o impede de servir de fundamentação para a decisão do juiz (TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 27).

⁶¹ TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 29.

Assim, a necessidade de produção probatória que atenda a essas garantias judiciais acarreta uma obrigatoriedade de exclusão do material probatório que não atenda a essas particularidades. Lembra Scarance Fernandes⁶² que no Brasil, onde a realidade coloca o inquirido instruindo a denúncia e acompanhando o processo, a leitura de atos produzidos na fase preliminar não são debatidos ou efetivamente confrontados, porém são utilizados de forma deliberada para fundamentar as decisões dos julgadores.

Adverte Binder que somente as provas verdadeiramente orais devem satisfazer essas exigências democráticas, não podendo contar as falsas oralidades, que seria quando a oralidade não estivesse a serviço da imediação. Assim, resumindo o que ele chama de sistema baseado na ideia de centralidade do juízo:

Deve-se assegurar uma verdadeira preservação do princípio da imediação, limitando a incorporação da prova por leitura, estruturando corretamente os recursos de modo a que o juízo não se volte a escrituralizar por via indireta: deve-se estabelecer um sistema de deliberação da imediação para que o juiz deva construir seu convencimento ‘unicamente através do debate’ e não se funde na fase prévia. (...) Deve-se, ainda, assegurar uma etapa preparatória ao juízo que não ‘contamine o juiz’ e que acabe com a tradicional força do ‘inquirido’. Tem-se que ter em conta que a etapa de investigação é o principal reservatório da cultura inquisitiva.⁶³

CONCLUSÕES

É impossível dissociar o fenômeno processual penal do plexo de fatores que o permeiam e, conseqüentemente, o afetam, direta ou indiretamente. Entre eles, os reflexos políticos, nomeadamente de uma

⁶² SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 165-166.

⁶³ BINDER, Alberto M. La justicia penal en la transición a la democracia en América Latina, In: BINDER, Alberto M. *Política Criminal de la formulación a la praxis*. Buenos Aires: AD-HOC S.R.L., 1997. Cap. XII, p.195-216, pp. 214-215 (tradução livre).

política processual atrelada a uma política criminal de cariz autoritário, dotam-no da característica de “termômetro democrático”, proporcionando a afirmação de que é notório um déficit deste jaez quando observamos nossa *law in action*.

A cultura inquisitorial que compõe nossa matriz processual se mostrou resistente ao decurso do tempo, tendo sido fortificada pelas fases ditatoriais e longe de serem expurgadas pelo processo de redemocratização, aparentemente nunca completo. Nessa senda, mudar redações de leis se mostrou uma estratégia estéril para a superação do problema em questão, sendo necessária uma retomada da plenitude de sentido dos preceitos acusatórios básicos que nosso modelo conclama, mas que operam apenas em um registro epidérmico.

Assim, a oralidade foi trazida à tona para desvelarmos o engodo que permeia sua prática, divorciada da imediação judicial e blindada ao direito ao confronto, tendo como consequência a preservação do protagonismo do inquérito na fase processual. Torna-se imprescindível, então, alcançarmos uma oralidade em sentido forte, ou seja, alinhada com a imediação, de modo que a dinâmica processual possa ser essencialmente dialética, restabelecendo o contraditório e restituindo, ainda que parcialmente, valores que cooperariam para a estruturação da democracia do Estado brasileiro.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Augusto Jobim do. *Política da prova e cultura punitiva: a governabilidade do processo penal brasileiro contemporâneo*. São Paulo: Almedina, 2014.

AMARAL, Augusto Jobim do e ROSA, Alexandre Morais da. *Cultura da Punição: a ostentação do horror*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

BADARÓ, Gustavo Henrique. O valor probatório do inquérito policial. In: VASCONCELOS, Eneas Romero de; MALRINO, Ezequiel; AMBOS, Kai. *Polícia e investigação no Brasil*. 1ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

BATISTA, Nilo. *Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2002, v. I.

BINDER, Alberto M. *Introdução ao Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BINDER, Alberto M. La justicia penal en la transición a la democracia en América Latina, In: BINDER, Alberto M. *Política Criminal de la formulación a la praxis*. Buenos Aires: AD-HOC S.R.L., 1997. Cap. XII, p. 195-216.

BINDER, Alberto M. La fuerza de la Inquisición y la debilidad de la República. *Política Criminal Bonaerense*, n. 1, 2003.

BINDER, Alberto M. *La justicia penal en la transición a la democracia em américa latina*. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005.

BETTIOL, Giuseppe; BETTIOL, Rodolfo. *Istituzioni di diritto e procedura penale*. 7ª ed. Pádua: CEDAM, 2000.

BOVINO, Alberto. *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro. O valor atual do princípio da oralidade. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, 2002, v. 21, p. 255-260, mar. 2002.

CASARA, Rubens R. R. *Mitologia processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2015.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema Acusatório – Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 46, nº 183, p. 103-115, jul./set. de 2009.

DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Felix. *Rizoma: introducción*. Trad. José Vásquez Pérez e Umbelina Larraceleta. Valencia: Pre-textos, 2013.

DEMERICAN, Pedro H. *A oralidade no processo penal brasileiro*. São Paulo: Atlas, 1999.

ESTRAMPES, Manuel Miranda. La prueba en los procesos penales acusatorios latinoamericanos, Actualidad Judicial. *Revista del Poder Judicial del Estado de Zacatecas*, núm.1, 2007.

FENOLL, Jordi Nieva. Los problemas de la oralidad. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 67, p. 237-257, set./dez., 2010.

FERRAJOLI, Luigi. Justicia penal y democracia. *Jueces para la democracia*, Madrid, n. 4, set. 1988.

FERRUA, Paolo. Gênese da reforma constitucional do “giusto processo” na Itália. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 2, p. 661-688, mai./ago. 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i2.61>

FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito processual penal*. v. 1. Coimbra: Coimbra, 1974.

GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho Procesal*, t. II, vol. I. Valencia: Tirant lo Blanch, 1987.

GIMENO SENDRA, Vicente. Prólogo. In: GONZALES-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*. Madrid: Colex, 1990.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no Processo Penal: Introdução principiológica à teoria do ato processual irregular*. Salvador: Juspudivm, 2015.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Processo Penal Pós-acusatório? Ressignificações do Autoritarismo no Processo Penal. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 378-408, jan – fev. 2015.

GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso: problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. vol. II. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961.

GOMES, Décio Alonso. *Prova e imediação no processo penal*. Salvador: Juspodivm, 2016.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à Prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GONZÁLEZ ALVAREZ, Daniel. La oralidad como facilitadora de los fines, principios y garantías del proceso penal. *Revista de Ciencias Penales*, nº 11, Año 8, julio 1996.

GONZÁLEZ ALVAREZ, Daniel. La prueba en los procesos penales centroamericanos (Guatemala, El Salvador, Costa Rica. *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, n. 17, marzo 2000.

IBAÑEZ, Perfecto Andrés. Sobre el valor de la inmediatez (Una aproximación crítica). *Jueces para la democracia*, n. 46, p. 57-66, 2003.

LOPES JUNIOR, Aury. *Fundamentos do Processo Penal - Introdução Crítica*. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES JUNIOR, Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Trad. Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal*. Tomo I: fundamentos. Buenos Aires: Del Puerto, 2006.

MAIER, Julio B. J. Situación de la justicia penal y problemas de los sistemas escritos. *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, junio 1991, nº 4.

MALAN, Diogo Rudge. *Direito ao confronto no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MALAN, Diogo Rudge. Ideologia política de Francisco Campos: Influência na legislação processual brasileira (1937-1941), in: MALAN, Diogo Rudge; PRADO, Geraldo (orgs.). *Autoritarismo e processo penal*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

MARINHO MARQUES, Leonardo. O princípio da oralidade como componente racional de gestão democrática do processo penal. *Revista da Escola Nacional da Magistratura*, Brasília, ano 06, n. 06, p. 506-520, 2012.

MARTINS, Rui Cunha. *O Ponto Cego do Direito: The Brazilian Lessons*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MASSA, Michele. *Contributo all'analisi del giudizio penale di primo grado*. Milano: Giuffrè, 1976.

MAYA, André Machado. *A oralidade como técnica de redução das práticas autoritárias no processo penal*. Porto Alegre: PUCRS, 2015. 329 f. Tese (Doutorado em Ciências Criminais) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Faculdade de Direito, PUCRS, 2015.

MELCHIOR, Antonio Pedro. *O juiz e a prova: o sintoma político do processo penal*. Curitiba: Juruá, 2013.

MELCHIOR, Antonio Pedro. Os movimentos de reforma do Código de Processo Criminal brasileiro. In: GOLZÁLEZ, L. (Dir.). *Desafiando a Inquisição: Ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil*. Santiago: CEJA, 2017.

MONTERO AROCA, Juan. *Principios del proceso penal: una explicación basada en la razón*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.

MONTERO AROCA, Juan. El principio acusatorio entendido como eslogan político. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 66-87, 2015. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.4>

MORA MORA, Luis Paulino. La prueba en el Código Procesal Penal Tipo para América Latina. *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, junio 1992, n. 5.

NUNES, Leandro Gornicki. Sistema Processual Penal adversarial: entre a democratização e o eficientismo penal. In: GOLZÁLEZ, L. (Dir.). *Desafiando a Inquisição: Ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil*. Santiago: CEJA, 2017.

PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SCHUNEMANN, Bernd. Audiência de instrução e julgamento: modelo inquisitorial ou adverbial? Sobre a estrutura fundamental do processo penal no 3º milênio. In: GRECO, Luís (org.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SCHUNEMANN, Bernd. *La Reforma del Proceso Penal*. Madrid: Dykinson, 2005.

STRECK, Lênio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *O que é isto? – as garantias processuais penais?* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

WARAT, Luiz Alberto. *O senso comum teórico dos juristas*. Disponível em: <<http://casadewaratportoalegre.blogspot.com.br/2011/04/o-senso-comum-teorico-dos-juristas-luiz.html>>. Acesso em: 23 out. 2016.

Informações adicionais e declarações dos autores (integridade científica)

Declaração de conflito de interesses (conflict of interest declaration): os autores confirmam que não há conflitos de interesse na realização das pesquisas expostas e na redação deste artigo.

Declaração de coautoria e especificação das contribuições (declaration of authorship): todas e somente as pessoas que atendem os requisitos de autoria deste artigo estão listadas como autores; todos os coautores se responsabilizam integralmente por este trabalho em sua totalidade.

- André Rocha Sampaio: projeto e esboço inicial, revisão bibliográfica, redação, revisão crítica com contribuições substanciais, aprovação da versão final.
- Marcos Eugênio Vieira Melo: projeto e esboço inicial, levantamento bibliográfico, redação, aprovação da versão final.

Declaração de ineditismo e originalidade (declaration of originality): os autores asseguram que o texto aqui publicado não foi divulgado anteriormente em outro meio e que futura republicação somente se realizará com a indicação expressa da referência desta publicação original; também atestam que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

Dados do processo editorial

(<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies>)

- Recebido em: 31/07/2017
- Controle preliminar e verificação de plágio: 01/08/2017
- Avaliação 1: 10/08/2017
- Avaliação 2: 10/08/2017
- Avaliação 3: 14/08/2017
- Decisão editorial preliminar: 16/08/2017
- Retorno rodada de correções: 30/08/2017
- Decisão editorial final: 30/08/2017

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editora-associada: 1 (FMB)
- Revisores: 3

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

SAMPAIO, André R.; MELO, Marcos Eugênio V. Cultura Inquisitória e as Falsas Oralidades. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 3, p. 879-905, set./dez. 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i3.95>



Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.

A oralidade no processo penal a partir da noção de compreensão cênica

The orality in criminal procedure from the notion of scenic understanding

Gabriel Rodrigues de Carvalho¹

Curitiba/PR

gabrielr.carvalho@hotmail.com

 lattes.cnpq.br/8149909252328266

 orcid.org/0000-0002-3648-011X

RESUMO: O presente trabalho visa a analisar a textualização do processo penal, para verificar como a ela se contrapõe a oralidade, através da noção de compreensão cênica, construída por Winfried Hassemer e Alfred Lorenzer, constatando quais são as suas vantagens em face da compreensão textual. Após, buscar-se-á apurar qual são os efeitos que essas vantagens ocasionam tanto para o princípio do contraditório, quanto para o princípio do dispositivo, reafirmando o processo penal como eminentemente acusatório.

PALAVRAS-CHAVE: Processo Penal; compreensão cênica; oralidade; contraditório; sistema acusatório.

ABSTRACT: *The present work aims to analyze the textualization of the criminal procedure, to verify how it is opposed to orality, through the notion of scenic understanding (from Winfried Hassemer e Alfred Lorenzer), noting its benefits in the face of textual understanding. Afterwards, it will seek to investigate the effects of these benefits on the principle of contradictory, reaffirming the criminal procedure as eminently accusatory.*

KEYWORDS: *Criminal Procedure; Scenic Understanding; Orality; Contradictory; Accusatory System.*

¹ Pós-graduado em Direito Penal e Processual Penal pelo Centro Universitário Curitiba (2015). Graduado em Direito pelo Centro Universitário Franciscano do Paraná (2013). Advogado criminalista (OAB/PR).

SUMÁRIO: Introdução; 1. A compreensão textual como oposição à oralidade; 2. A compreensão cênica; 2.1 A compreensão cênica de Alfred Lorenzer; 2.2 O entendimento de Hassemer e a respeito da compreensão cênica no processo penal; 3. A compreensão cênica e o contraditório de um processo penal acusatório; 3.1 Valorização do contraditório como garantia de um sistema acusatório; Considerações finais; Referências

INTRODUÇÃO

Acredita-se não haver mais dúvidas de que, quando o assunto é o Direito processual penal, é necessário caminhar “nos labirintos da linguagem”². Numa práxis tão predominantemente escrita, mas que parece não conseguir dar efetividade aos objetivos democráticos da Constituição de 1988, questionar qual é essa linguagem, e como ela atua na prática, não parece ser um questionamento vazio de importância.

Por essa razão é que a oralidade será o tema central do presente (e bastante breve) ensaio, em especial por se contrapor, como se demonstrará, à uma compreensão textual ainda muito arraigada na prática jurídica.

Elege-se, para a investigação proposta, uma análise da noção de compreensão cênica, trazida para o processo penal por Winfried Hassemer, com base nos estudos de Alfred Lorenzer, justamente porque tal compreensão, nos termos elaborados por ambos os autores, parece não apenas aduzir a importância da oralidade, mas também construir um entendimento processual que respeite a importância da atuação das partes, os limites do julgador (como ser humano que é), e as regras de um jogo democrático.

Para tanto, será realizado um contraponto entre escrita e oralidade, para que, em seguida, seja possível analisar a noção de compreensão cênica e, ao final, averiguar quais são algumas das possíveis van-

² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de Informação Legislativa*, v. 183, p. 103-115, 2009, p. 108.

tagens que essa noção pode trazer para um processo penal pautado no contraditório, e regido por um sistema verdadeiramente acusatório.

1. A COMPREENSÃO TEXTUAL COMO OPOSIÇÃO À ORALIDADE

O cerne da presente pesquisa reside na “compreensão cênica”, noção trabalhada por Winfried Hassemer, em sua obra “Introdução aos fundamentos do Direito Penal”. Antes de dissecar essa noção, porém, é possível dizer que o mencionado autor a contrapõe ao que denomina de “compreensão textual”, e o faz a partir da seguinte visão a respeito da hermenêutica:

A hermenêutica filosófica refletiu originalmente e em trajeto mais amplo, não a compreensão dos textos, mas a compreensão da vida, das etapas, dos processos, das situações. A hermenêutica jurídica, ao contrário, [...] há muito discute a compreensão dos textos. [...] A linguagem hermenêutica do “fato e da norma” compreende por “fato” um produto que entra em conflito com a norma. De modo contrário, o processo real em que se realiza este conflito ainda não foi abrangido por esta visão. A hermenêutica jurídica continua sendo uma teoria do direito material, uma teoria dos textos.³

A conclusão do autor a respeito desse raciocínio é de que o conceito de compreensão acaba por se mostrar limitado pela fixação à escrita⁴. Hassemer, porém, não está sozinho em sua conclusão a respeito dessa “textualização do direito”⁵, questão objeto dos mais diversos estudos⁶.

³ HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 177.

⁴ HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos...*, op. cit., p. 178.

⁵ BAZERMAN, Charles. *Teoria da ação letrada*. Trad.: Milton Camargo Mota, Angela Paiva Dionísio e Judith Hoffnagel. São Paulo: Parábola Editorial, 2015, p. 206.

⁶ Nesse sentido, cf.: “Textos escritos são ubíquos em nosso sistema legal. Advogados e juízes criam tais textos praticamente todos os dias, e quando eles não estão os redigindo, muitas vezes estão se esforçando para interpretá-los e aplicá-los. O Direito é, certamente, uma das profissões mais literais. Textos legais também são extremamente importantes para o resto da socie-

Mais do que a teoria, a prática nos mostra, dia após dia, o quão textualizada é a práxis jurídica, em especial no processo penal; têm-se, a título de exemplo, as alterações que a Lei nº 11.719/2008 efetuou no Código de Processo Penal (CPP) brasileiro. A referida legislação “desenhou um procedimento fundado na aglutinação de todos os atos de instrução numa mesma audiência”⁷.

Com o atual artigo 400 do CPP, assim, a regra seria a apresentação de alegações finais e a prolação de sentença de forma oral, o que, entretanto, é muitas vezes ignorado, seja por uma suposta “complexidade do caso” (art. 403, § 3º, do CPP), seja pelo simples costume, em que rotineiramente essa etapa é elaborada pelas partes via memoriais escritos, sem motivo pelo qual se opta pela exceção à atual regra.

Outro exemplo se encontra nos artigos 306 e 310, do Código de Processo Penal, que preveem a análise das prisões em flagrante, pelo Poder Judiciário, pelo mero recebimento do Auto de Prisão em Flagrante Delito (ADPF). Felizmente, ao menos nesse ponto, houve significativas mudanças a partir do exercício de um controle de convencionalidade⁸,

dade. Documentos como estatutos, opiniões judiciais, escrituras, testamentos e contratos literalmente governam muito de nossas vidas” (TIERSMA, Peter. *Parchment, Paper, Pixels: Law and the Technologies of Communication*. Chicago: University of Chicago Press, 2010. p. 1, tradução livre). Além de Bazerman e Tiersma, no Brasil, cf.: “A linguagem é o instrumento de trabalho do operador do Direito. Logo, o profissional da área jurídica deve dominar o seu instrumento de trabalho – a língua portuguesa, neste estudo especificamente, a modalidade escrita. Além dos conhecimentos gramaticais, é importante saber articular as palavras e materializar argumentos em um texto de forma coerente, além de ser capaz de transmitir a mensagem ao receptor de forma clara e concisa”. (VIANA, Daniel Roepke; ANDRADE, Valdeciliana S. R. *Direito e Linguagem: os entaves linguísticos e sua repercussão no texto jurídico processual*. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, n. 5, p. 37-60, jan./jun. 2009, p. 38).

⁷ LOPES JR., Aury. *Direito processual...*, op. cit., p. 960.

⁸ Trata-se da atenção ao art. 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário. Tal controle, até o momento, não se deu por via legislativa, mas sim através de uma iniciativa do Conselho Nacional de Justiça, em especial por meio da Resolução nº 213, de 15/12/2015, além de diversas resoluções específicas dos Tribunais de Justiça Estaduais. Sobre a convencionalidade das audiências de custódia, os regramentos existentes, e os projetos de lei nesse sentido, cf.: PAIVA, Caio. *Audiência de custódia e o processo penal brasileiro*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

adotando-se as chamadas *audiências de custódia* em grande parte do país. Com elas, as decisões a respeito das prisões cautelares passaram a não apenas ocorrer oralmente, mas também dentro de seu contexto específico, e com a respectiva oitiva do custodiado.

Caio Paiva é preciso ao definir que a implementação das audiências de custódia abandona um “sistema puramente cartorial, em que o Poder Judiciário, de forma asséptica, decide a partir do papel, sem garantir ao preso o direito de – pessoalmente – se fazer ouvir”, método decisório esse que se tornou um verdadeiro comportamento padronizado e burocrático.

Essa recente alteração na prática penal demonstra que, de fato, a textualização do direito traz em si consideráveis consequências, normalmente ignoradas pelos operadores e estudiosos do Direito. Visando averiguar as verdadeiras características do texto escrito - e de suas diferenças em relação à palavra enunciada – interessante se mostra o estudo elaborado por Charles Bazerman, da Universidade da Califórnia (EUA), o qual parte de um conceito de escrita assim elaborado:

Apresentei a escrita como uma forma de atividade social, mediada, aprendida, realizada à distância. A escrita opera por meios cognitivos que alinham escritor e leitor com locais de intercâmbio simbólico percebidos em comum e, em seguida, realizam interações específicas dentro de um espaço. Neste espaço, o escritor oferece representações, transformações e atos organizados temporal e espacialmente, buscando influenciar o estado cognitivo, a disposição e a organização mental dos leitores, que lhes dão atenção para interpretar, avaliar, responder, usar, esquecer, ou se lembrar deles com base em suas próprias posições, situações e interesses.¹⁰

Essa maneira como opera a escrita, para o mencionado autor, embora associado à fala¹¹, com ela guarda significativas diferenças – e isso, no presente trabalho, é de fundamental importância. Afinal, o que Bazerman busca expor é que, apesar da grande importância da palavra escrita (e do

⁹ PAIVA, Caio. *Audiência de custódia e...*, op. cit., p. 56.

¹⁰ BAZERMAN, Charles. *Teoria da ação...*, op. cit., p. 13.

¹¹ BAZERMAN, Charles. *Teoria da ação...*, op. cit., p. 23.

letramento)¹², nela existem fragilidades não constatadas na interação da palavra enunciada, uma vez que a leitura/escrita constitui uma experiência semiprivada na qual “as pistas que os escritores oferecem aos leitores para reconstruir significados são mais escassas do que na interação face a face”¹³.

Outra dificuldade que a comunicação letrada encontra é a invisibilidade de uma característica própria da comunicação: sua fragilidade, a qual, na comunicação face a face, é dificilmente detectável, diante do constante ajuste elaborado pelos interlocutores para dar continuidade à comunicação, consertando eventuais rupturas¹⁴; em sentido oposto, na interação por meio da escrita, essas rupturas se dão “fora da vista”¹⁵. É nesse ponto que as diferenças entre a palavra escrita e a palavra enunciada se evidenciam, ficando claras, também, suas consequências, inclusive na área do Direito. Como afirma Bazerman, “não importa quão bem trabalhado seja um texto, ele é sempre poroso, mesmo na área do direito – razão pela qual temos advogados e tribunais”¹⁶.

Se advogados e tribunais, porém, atuarem presos à palavra escrita, é sua porosidade que prevalecerá, em detrimento da atuação desses (e de outros quaisquer) operadores do Direito. Afinal:

Enquanto a conversa face a face oferece muitos dispositivos para manter a interação, apesar de desalinhamentos transitórios e ameaças de rupturas, as interações letradas à distância têm atenção apenas para a palavra escrita, na produção e na recepção, como um mecanismo de mediação. [...] Mesmo com alto grau de comprometimento e habilidade em ambos os lados, o nível de coalinhamento e entendimento mútuo é, frequentemente, menor do que a fixidez do texto inscrito pode sugerir.¹⁷

¹² “A linguagem facilitou a criação de culturas e sociedades locais, mas o letramento tornou possíveis as grandes estruturas da modernidade que distribuem conhecimento, orientação e atividades por distâncias maiores do que se pode imaginar, fomentando uma maior complexidade do comportamento, bem como uma maior coordenação para suportar essa complexidade” (BAZERMAN, Charles. *Teoria da ação...*, op. cit., p. 205).

¹³ BAZERMAN, Charles. *Teoria da ação...*, op. cit., p. 177.

¹⁴ BAZERMAN, Charles. *Teoria da ação...*, op. cit., p. 138.

¹⁵ *Ibidem*, *idem*.

¹⁶ *Ibidem*, *idem*.

¹⁷ BAZERMAN, Charles. *Teoria da ação...*, op. cit., p. 145.

Surge, pois, o papel da retórica – que, para Bazerman, “busca articular fortes formas de ordem para guiar as pessoas na prática”¹⁸ –, a qual, na palavra escrita, acaba por atuar com maior força:

Na retórica face a face, podemos ver, ouvir, e cheirar a situação e monitorar as reações das pessoas com quem estamos falando – até mesmo de formas que se encontram abaixo do pensamento consciente. O imediatismo, mesmo sem ferramentas reflexivas, pode levar-nos muito longe na fala adequada e na compreensão; no entanto, mesmo nessas condições face a face, a retórica oferece vantagem reflexiva. Em situações de escrita, nossa necessidade de retórica é tanto maior porque podemos ter pouca informação situacional imediata e ainda menos sensação visceral imediata, razão pela qual precisamos contar com nossa compreensão padronizada de como as situações se desenrolam, da organização de empreendimentos sociais, dos papéis e relações de participantes e dos interesses e normas do público.¹⁹

Se a escrita, ao contrário da oralidade, perde o imediatismo da informação situacional e da sensação visceral, precisando recorrer à compreensão padronizada, mais difícil é o compartilhamento de significados e o entendimento mútuo entre os interlocutores, o que impõe a análise de alternativas à compreensão textual e suas fragilidades.

2. A COMPREENSÃO CÊNICA

Como visto no início do presente trabalho, Hassemer defende a existência de uma limitação da compreensão fixada nos textos, o que, conforme o item anterior, não é uma conclusão carente de base concreta. Desta feita, o doutrinador alemão defende uma ampliação do conceito de compreensão que existe no processo penal, em atenção ao poder de compreensão exigido pela palavra pronunciada²⁰, abrangendo

¹⁸ BAZERMAN, Charles. *Teoria da ação...*, op. cit., p. 125-126.

¹⁹ BAZERMAN, Charles. *Teoria da ação...*, op. cit., p. 126.

²⁰ HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos...*, op. cit., p. 178.

“a dimensão do procedimento, o processo, a sequência dos atos, a cena”²¹; trata-se do que o autor denomina de *compreensão cênica*.

Antes de se adentrar a essas sugestões do doutrinador alemão, insta salientar que essa compreensão é por ele conceituada como “a recordação concreta de fases da própria vida”²², conceito esse oriundo dos estudos de Alfred Lorenzer na área da psicanálise, os quais merecem uma rápida análise.

2.1 A COMPREENSÃO CÊNICA DE ALFRED LORENZER

Cabe aqui um parêntese para uma (bastante breve) incursão nos estudos de Alfred Lorenzer – posteriormente utilizados por Hassemer para elaboração de suas propostas para o processo penal –, voltados a analisar a influência das condições sociais na estrutura subjetiva²³, e nos quais o autor constrói a noção de *compreensão cênica* como um meio termo entre outras duas compreensões da psicanálise: a compreensão lógica (entendida como compreensão da fala) e a compreensão psicológica (como compreensão do falante, a partir do que denomina de “revivência”)²⁴.

Trata-se, em resumo, de outra maneira de se interpretar as representações do paciente submetido à psicanálise, colocando-o como ponto de referência para a interpretação dessas representações:

Por certo que essas representações se apreendem como proposições providas de sentido, e com ajuda da compreensão lógica. Porém, uma vez apreendidas, já não são interpretadas como produto de um sentido irreal, mas sim como descrição da respectiva individualidade, ligadas com a realidade vivencial do paciente. Com isso, alcançam aquela posição intermediária que Rickert designou de ‘realidade provida de sentido’. [...] É

²¹ Ibidem, idem.

²² Ibidem, idem.

²³ SALLING OLESEN, Henning; WEBER, Kirsten: Socialization, language and scenic understanding: Alfred Lorenzer’s contribution to a psycho-societal methodology. *Historical Social Research*, Berlin, v. 38, n. 2, 2013, p. 26-55, p. 29.

²⁴ LORENZER, Alfred. *El lenguaje destruido y la reconstrucción psicoanalítica* – Trabajos preliminares para una metateoría del psicoanálisis. Trad. Roberto Bein. Buenos Aires: Amorrortu, 1977, p. 123-124.

um terceiro plano da compreensão, em que [...] se desenvolve a principal compreensão psicanalítica.²⁵

Essa realidade provida de sentido, para a psicanálise, exterioriza-se a partir de vivências, de um ordenamento cênico que se refere ao paciente, e constitui o plano nuclear da psicanálise; em síntese, “o trabalho gira incessantemente ao redor dessas cenas”²⁶. Com isso, Lorenzer conclui que a compreensão psicanalítica estaria centrada na *compreensão da situação*:

A compreensão da realidade provida de sentido equivale à capacidade de compreender a situação relacional dos sujeitos com seus objetos, e as interações entre os sujeitos. [...] O ‘sentido’ não interessa a essa compreensão como algo objetivo, desprendido dos sujeitos; somente se apreende os processos com vistas à realização do sujeito em sua relação com a sociedade e com o meio, na realização do sujeito dentro de seu campo relacional.²⁷

Lorenzer denomina essa compreensão de *compreensão cênica*, a qual não diria respeito apenas ao paciente, mas também ao psicanalista, cujo foco nas representações do paciente exigiria uma concentração nas cenas de interação²⁸; nesse processo compreensivo, o sentido correto das comunicações se abriria apenas *a posteriori*²⁹:

A proposição singular não é explicitada desde uma regra teórica, não se submete a uma hipótese prefixada; somente se pode compreendê-la a partir de um nexo de sentido que se forma no transcurso do processo de compreensão, e desde o qual unicamente se faz possível a pergunta pelos significados, que é o que interessa no momento. [...] No transcurso da análise se afirma a certeza: a princípio, a cena pode significar muitas coisas, ao final, muitas menos.³⁰

²⁵ Ibidem, idem (tradução livre).

²⁶ LORENZER, Alfred. *El lenguaje destruido...*, op. cit., p. 125 (tradução livre).

²⁷ LORENZER, Alfred. *El lenguaje destruido...*, op. cit., p. 126 (tradução livre).

²⁸ Ibidem, idem.

²⁹ LORENZER, Alfred. *El lenguaje destruido...*, op. cit., p. 131.

³⁰ Ibidem, idem (tradução livre).

É justamente a partir dessa forma de construir um sentido que Hassemer importa a noção trabalhada por Lorenzer para o processo penal.

2.2 HASSEMER E A COMPREENSÃO CÊNICA NO PROCESSO PENAL

Com base na teoria da psicanálise acima mencionada, Hassemer defende uma ampliação da compreensão processual, como visto, a qual se daria “desde o caso produzido até a produção do caso”³¹. Aí reside sua aproximação com os estudos de Lorenzer: na construção gradativa de um sentido, o que seria mais coerente com o que, de fato, se constitui o processo penal: uma sequência de atos, que ocorrem de forma consecutiva, aliado à uma constante interação entre seus participantes, tudo seguindo um determinado padrão estabelecido pelo direito processual³².

A importância dessa sequência dos atos, para Hassemer, é que a “produção de todo caso depende não só de critérios de seleção corretos, mas depende também da sequência de condutas bem sucedidas”³³. Daí o recurso aos estudos acima mencionados de Lorenzer:

O poder de compreensão e as condições de compreensão na compreensão cênica ultrapassam completamente as possibilidades de compreensão de texto, ele garante à psicanálise apenas a esperança na cura: não é a recordação cognitiva e emotiva da própria história, mas somente a representação de suas cenas que as tornam tão atuais e que podem ser trabalhadas.³⁴

O autor, entretanto, deixa claro que não há semelhanças entre o processo psicanalítico em si e o Processo Penal (eis que existem grandes diferenças entre as relações dos participantes do processo e aqueles da situação analítica); o que aproxima a compreensão cênica do Direito processual penal é a tradição da teoria hermenêutica³⁵:

³¹ HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos...*, op. cit., p. 178.

³² HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos...*, op. cit., p. 179-180.

³³ HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos...*, op. cit., p. 173. Insta salientar que esses critérios de seleção corretos seriam oriundos do Direito penal material.

³⁴ HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos...*, op. cit., p. 178.

³⁵ *Ibidem*, *idem*.

Atrás dos textos estão os homens que os escreveram, mas que não estão mais à vista. Ao contrário, no falar mostra-se não só o homem falante, com gestos, mímicas e entonação; a palavra pronunciada – como o texto – não pode se afastar da situação em que é pronunciada e ouvida. Pode-se ver que a ligação entre a palavra e a situação relatada é tão estreita que a palavra co-determina a situação e que, por outro lado, pode se compreender a palavra a partir da situação.³⁶

O processo penal é, pois, uma sequência de atos, dos quais se deve extrair uma compreensão que não pode se dar alheia a cada um desses atos e à sequência por eles elaborada, como ocorre nos casos limitados a uma compreensão eminentemente textual. É por essa razão que a assunção da oralidade, compreendida na noção de compreensão cênica, não é uma simples mudança de procedimento no processo penal, mas sim de sua estrutura.

3. A COMPREENSÃO CÊNICA E O CONTRADITÓRIO DE UM PROCESSO PENAL ACUSATÓRIO

Diante do que acima se verificou a respeito da compreensão textual, possível concluir que a prevalência da escrita sobre a oralidade majora as chances de que as decisões judiciais proferidas em um procedimento majoritariamente escrito recaiam em solipsismo. Afinal, como defendido por Bazerman (em passagem anteriormente já mencionada), ao contrário da oralidade, a escrita exige o recurso à “compreensão padronizada de como as situações se desenrolam, da organização de empreendimentos sociais, dos papéis e relações de participantes e dos interesses e normas do público”³⁷.

Esse recurso, porém, não ocasiona um resultado oriundo de um procedimento em contraditório; ter-se-ia, em verdade, uma mera escolha, “um ato de opção que se desenvolve sempre que estamos diante de duas ou mais possibilidades, sem que isso comprometa algo maior do

³⁶ HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos...*, op. cit., p. 179.

³⁷ BAZERMAN, Charles. *Teoria da ação...*, op. cit., p. 126.

que o simples ato presentificado em uma dada circunstância. Em outras palavras, a escolha é sempre parcial”³⁸.

Esse problema já fora bem trabalhado por Nilo Bairros de Brum, em 1980, ao constatar a utilização, pelos julgadores, de requisitos retóricos nas sentenças penais, visando a torna-las aceitas pela comunidade jurídica³⁹. Isso se daria porque, não raras vezes, quando da prolação da sentença penal, o julgador já teria tomado uma decisão a respeito de absolvição ou condenação, sem, necessariamente, fazê-lo de forma lógica ou condizente com os ditames legais (por influência dos antecedentes do réu, ou da gravidade do delito, por exemplo)⁴⁰.

Ciente o julgador que tais motivações não teriam a esperada e necessária aceitação sem uma “roupagem racional e tecnicamente legítima”⁴¹, resta-lhe recorrer a requisitos retóricos como disfarce, tudo “através da avaliação da prova ou por meio da interpretação da norma”⁴².

A aproximação entre os alertas de Brum, com as constatações feitas por Bazerman a respeito do texto escrito são, pois, evidentes, uma vez que “a linguagem escrita está muito mais profundamente vinculada ao discurso interior do que à linguagem falada”⁴³, fazendo com que as palavras fiquem mais suscetíveis a interpretações e reconstruções eventualmente diversas do que intentava o escritor⁴⁴.

O resultado de um processo penal eminentemente escrito, portanto, pouco ou nada se sustentaria no contraditório, pois majora a possibilidade de que tal resultado se dê apenas sustentado em uma escolha (solipsismo) do julgador que, também na (e pela) escrita, poderá se disfarçar de requisitos retóricos que lhe dê aparência de legitimidade. Importante que se diga, inclusive, que isso não demonstra uma atuação

³⁸ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *O que é isto – garantias processuais penais?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 15-16.

³⁹ BRUM, Nilo Bairros de. *Requisitos retóricos da sentença penal*. São Paulo: RT, 1980, p. 72.

⁴⁰ *Ibidem*, *idem*.

⁴¹ *Ibidem*, *idem*.

⁴² BRUM, Nilo Bairros de. *Requisitos retóricos...*, *op. cit.*, p. 73.

⁴³ BAZERMAN, Charles. *Teoria da ação...*, *op. cit.*, p. 68.

⁴⁴ BAZERMAN, Charles. *Teoria da ação...*, *op. cit.*, p. 178.

intencional de alguns julgadores em decidir um caso penal alheio ao que, efetivamente, produziu-se a partir do contraditório. Afinal:

Após o acesso ao lugar de julgador, diante da dificuldade de julgamentos diários e repetitivos, ele cria mecanismos de facilitação do processo de tomada de decisão. [...] Com o tempo, diante da construção de padrões de decisão, o mecanismo reflexivo é tomado pela heurística. Estabelecem-se mecanismos intuitivos, à disposição, fixando padrões de decisão. Os juízes acostumam-se a formar mecanismos pelos quais se convencem de que algum sexto sentido os ajudará a decidir a questão, não fosse esse sexto sentido uma ilusão simplificadora da complexidade. Mas o hábito do cachimbo deixa, muitas vezes, a boca torta.⁴⁵

Aqui também se verifica a compreensão padronizada mencionada por Bazerman, na forma de construção de padrões de decisão; a escrita aumenta, pois, a possibilidade de atuação das heurísticas⁴⁶ (intuitivas). Essas heurísticas, para Daniel Kahneman, assim se exteriorizam: “quando confrontados com uma questão difícil, muitas vezes respondemos a uma mais fácil em lugar dela, normalmente sem perceber a substituição”.

Enquanto for comum a atuação das heurísticas, por parte dos julgadores, quando da decisão judicial⁴⁷, a busca pela “aten-

⁴⁵ ROSA, A. M. *Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 79.

⁴⁶ “A definição técnica de *heurística* é um procedimento simples que ajuda a encontrar respostas adequadas, ainda que geralmente imperfeitas, para perguntas difíceis. A palavra vem da mesma raiz que *heureka*” (KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Trad.: Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 127).

⁴⁷ Nessa toada, importa também aduzir os estudos de Bernd Schünemann, quem concluiu que “O juiz tem a tendência de perseverar na descrição do crime, relatada no inquérito policial. Além do mais, o magistrado não só menospreza informações dissonantes, como também, e com frequência, não as aceita nem uma só vez como verdadeiras, o que, segundo a Psicologia Cognitiva, explica-se pela apercepção favorita e pela retenção de informações redundantes” (SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. Trad. José Danilo Tavares Lobato. *Revista Liberdades*, n. 11, p. 30-50, set./dez. 2012, p. 44). O referido trabalho é de importância reconhecida na área do processo penal, primordialmente por trazer impor-

ção durante os subjugos probatórios”⁴⁸ receberá demasiada importância⁴⁹.

Essa constatação é importante para rechaçar a racionalidade perfeita e intocável do processo penal⁵⁰, o que majora a importância de se rever alguns costumes processuais – como o conforto do texto escrito –, para que o resultado do jogo processual não resida apenas numa aleatória (e nem sempre racional) preferência por parte do julgador.

Afinal, se o texto escrito majora a incidência de heurísticas intuitivas, e se, no jogo processual, a busca pela atenção do julgador assume demasiada importância, então a assunção da oralidade teria um duplo efeito: não apenas diminuiria as decisões “fáceis” (nas palavras de Kahneman), numa inapropriada simplificação, como ainda aumentaria significativamente as possibilidades de prender a atenção

tantes teorias da psicologia cognitiva para o âmbito da decisão judicial, como a Teoria da Dissonância Cognitiva e a Teoria do Comportamento Social.

⁴⁸ ROSA, A. M. *Guia compacto do...op. cit.*, p. 84.

⁴⁹ “[...] por mais que a situação processual seja corriqueira, a atitude do julgador deve ser cativada. No caso do processo penal a liberdade e muitas vezes a vida do acusado está em jogo e, por isso, recomenda-se que se possa ser diligente às possibilidades de engano, tão comuns, aliás. Chamar a atenção do julgador sobre o que é importante exige uma tática elaborada” (Ibidem, idem).

⁵⁰ A obra de Alexandre Morais da Rosa, aqui mencionada, tem justamente essa missão, diga-se. Nesse sentido, cf.: ROSA, A. M. *Guia compacto do...op. cit.*, p. 85. “Talvez por aí se possa entender porque a mente humana não é tão racional e lógica como aparenta, mas sim sujeita a falhas de cognição. Entretanto, o mito construído pelo Direito é o da racionalidade. Esse Guia Compacto aceita a ideia de que a mente dos humanos e dos julgadores é suscetível a erros sistemáticos, muitas vezes sem se dar conta. Especialmente porque no processo penal o discurso lançado e que pretende confirmar a existência de uma conduta do mundo da vida é trazida por terceiros. Lembremos que o julgador é um terceiro que não sabe dos fatos. Logo, a incerteza do acontecido é ponto de partida e o risco de erros é uma variável não desprezável”. Nesse mesmo sentido, cf., ainda: “O controle, de fato, para nós, é uma quimera. Faz-se de conta que a subjetividade não existe, ou melhor, sua existência, quando admitida, encontra total controle no livre convencimento. O juiz, de regra, é apresentado como um robô, um ser transparente através do qual flui a “vontade” da lei; e alguns, falando sério, acreditam realmente que ela a detém. Ignore-se, quase por completo, o homem, em um esforço incomum visando enalargar nele — e em todos nós — a consciência de que sua função é espelhar uma vontade que não é sua”. In: COUTINHO, J. N. de. M. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1989, p. 136.

do julgador (com menor aleatoriedade), dando maior efetividade prática ao contraditório.

Possível, pois, recorrer à Bazerman uma vez mais, em especial o seu alerta para o fato de que, na “comunicação escrita, um texto raramente nos pressiona exigindo atenção, a menos que questione uma compulsão interior”⁵¹. Em síntese, o autor constata que a palavra pronunciada permite maior atenção por conta da interação face a face, o que, conseqüentemente, majora as possibilidades de entendimento mútuo⁵².

A leitura e a escrita ocasionam, pois, uma comunicação entre interlocutores que não estão mais na presença um do outro, inexistindo elementos seguros que garantam a devida atenção e, menos ainda, a possibilidade de um alinhamento interacional⁵³.

Verifica-se, pois, que são claras as fragilidades que a comunicação escrita possui, podendo ser reduzidas ao se assumir uma comunicação face a face, pautada na oralidade. Nesse sentido, bem esclarece Mauro Cappelletti, ao contrapor a prova testemunhal escrita daquela produzida de forma oral, afirmando que aquela não se caracteriza como uma representação dos fatos, pois “não considera o dado fenomênico em toda sua complexa realidade”⁵⁴.

A assunção da noção de compreensão cênica no processo penal, portanto, com todas essas vantagens em oposição à compreensão textual, causa um primeiro impacto estrutural inegável: uma maior efetividade do contraditório⁵⁵ que, “como regra jurídica constitucional

⁵¹ BAZERMAN, Charles. *Teoria da ação...*, op. cit., p. 136.

⁵² Nesse sentido: “Na escrita [...], os problemas de atenção e alinhamento são muito maiores do que na interação face a face. Sem a copresença integral, corporificada, os canais de comunicação são mais limitados, a oportunidade de notar resposta e fazer ajustes para manter a atenção e o alinhamento é mais rara e a compulsão por atenção e resposta responsável é mais tênue” (Ibidem, idem).

⁵³ BAZERMAN, Charles. *Teoria da ação...*, op. cit., p. 137.

⁵⁴ CAPPELLETTI, Mauro. O valor atual do princípio da oralidade. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 21, p. 255-260, mar. 2002, p. 259-260.

⁵⁵ Sobre a relevância do contraditório no processo penal (princípio basilar), precisas são as palavras de Aury Lopes Jr.: “O contraditório é uma nota característica do processo, uma exigência política, e mais do que isso, se confunde com a própria essência do processo. Como define Rangel Dinamarco – claramente inspirado em Elio Fazzalari -, o conceito moderno de processo

exteriorizadora do princípio da democracia participativa, representa a efetiva intervenção dos sujeitos processuais no exercício do poder jurisdicional⁵⁶; noutras palavras, do contraditório se constata o que Badaró denomina de valor heurístico:

As opiniões contrapostas dos litigantes ampliam os limites do conhecimento do juiz sobre os fatos relevantes para a decisão e diminuem a possibilidade de erros. No processo penal necessariamente haverá o contraditório, em razão da importância dos bens em jogo, pois a solução deste conflito de interesses relevantes exige, sempre, uma decisão oficial e segura, uma vez que a escolha da parte pode ser, e frequentemente o é, errada.⁵⁷

Noutras palavras, a atuação em contraditório deve ser vista como a concretização de uma verdadeira intersubjetividade:

Para usar a linguagem hermenêutico-filosófica, o processo deve depender de um a priori compartilhado; é sempre acusatório, e não inquisitório. Depende do respeito ao contraditório, tudo a partir de uma fundamentação/justificação detalhada – que pode ser denominada de *accountability* processual.⁵⁸

As características de um efetivo contraditório, portanto, são mais facilmente garantidas através de uma compreensão cênica. Ademais, com essa efetivação trazida pela oralidade⁵⁹, outra circuns-

necessariamente deve envolver o procedimento e o contraditório, sem o que não existe processo” (LOPES JR., Aury. *Direito processual...*, op. cit., p. 221).

⁵⁶ SOUZA, Artur César de. *Contraditório e revelia: perspectiva crítica dos efeitos da revelia em face da natureza dialética do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 137.

⁵⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 51-52.

⁵⁸ STRECK, Lenio Luis e OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *O que é isto – as garantias processuais penais?* Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012, p. 54

⁵⁹ Aqui vale ressaltar que o doutrinador português Jorge de Figueiredo Dias complementa o princípio do contraditório com o que denomina de *princípio da audiência*, a partir do qual não bastaria “uma qualquer oportunidade: tem de tratar-se de uma oportunidade, já se disse, efetiva e eficaz, o que supõe em princípio que seja dado ao interessado 1) conhecimento tempestivo do lugar, tempo e objeto do debate, 2) concreta possibilidade de se prepara para a inter-

tância se evidencia: a importância do papel que as partes possuem na produção probatória, o que garante que o processo penal seja regido por um verdadeiro sistema acusatório.

3.1 VALORIZAÇÃO DO CONTRADITÓRIO COMO GARANTIA DE UM SISTEMA ACUSATÓRIO

É sabido que o que diferencia um sistema processual penal como acusatório ou inquisitório reside em que mãos se encontra a gestão da prova: nas do juiz (sistema inquisitório), ou nas das partes (sistema acusatório)⁶⁰. É por tal razão que uma maior valorização do contraditório torna o processo mais acusatório, já que a produção probatória ocorrerá numa constante atuação de partes contrapostas. Desta forma, a assunção da compreensão cênica, por valorizar o contraditório a partir da oralidade, acaba por valorizar, também, o sistema acusatório.

Outro ponto que atesta essa afirmação é que, como visto, a compreensão cênica acarreta numa compreensão que é *construída* (ao longo da sucessão das cenas que constituem o processo), muito diferente do que acontecia no auge dos processos inquisitórios, nos quais a “verdade estava dada *ex ante*”⁶¹. Ademais, essa verdade era vista como uma verdade real⁶² (e ainda o é para alguns, incredivelmente), muito diferente de um sistema acusatório, no qual, além de contingencial, a verdade é meramente processual⁶³.

venção e 3) efetiva possibilidade de intervir” (DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra editora, 1974, p. 161, tradução livre).

⁶⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte..., op. cit., p. 109.

⁶¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte..., op. cit., p. 105.

⁶² “Excluídas as partes, no processo inquisitório o réu vira um pecador, logo, detentor de uma “verdade” a ser extraída. Mais importante, aparentemente, que o próprio crime, torna-se ele objeto de investigação. É sobre si que recaem as atenções, os esforços do inquisidor. Detentor da “verdade”, dela deve dar conta. Eis a razão por que a tortura ganhou a importância que ganhou, e a confissão virou regina probationum” (Ibidem, idem).

⁶³ “A verdade não é o fim último do processo penal e, sua busca não pode se dar a partir de uma premissa de que os fins justificam os meios. No caso em que uma limitação à descoberta da verdade se justifique para fazer prevalecer outro valor – como o respeito à dignidade humana, à proteção da intimidade,

Nesse ponto, novamente a compreensão cênica valoriza o princípio (unificador) do dispositivo. Afinal, Hassemer entende que a “ética e a justificação da fase de produção é a ‘verdade’ do caso; a ética e a justificação da fase de decisão é a ‘justiça’ da sentença”⁶⁴. Assim:

[...] o conhecimento da verdade material não é o objetivo da fase de produção no Processo Penal. Sua meta é antes a obtenção formalizada da verdade. O Direito Processual Penal coloca diante do juiz, com sua compreensão cênica, uma tarefa que ele absolutamente não pode realizar: buscar a verdade, porém, não a qualquer preço. O preço são os direitos humanos que servem como meio de prova. Estes direitos custam a apuração integral da verdade. O juiz tem que estar de olhos atentos para produzir um caso que contenha somente uma parte das informações relevantes, porque a outra parte é tabu. O próprio Direito o impede de experimentar tudo que deveria saber para fundamentar sua sentença sobre um caso “verdadeiro”. O que ele descobre não é a verdade material, mas a “verdade forense” obtida por caminhos formalizados; e a ela é dirigida a compreensão cênica no Processo Penal.⁶⁵

Não por acaso que essa definição de Hassemer é deveras semelhante com o que concluiu Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, ao tratar do sistema acusatório, o qual

não é e nunca foi sinônimo da impunidade, algo, por sinal, por que se reclama tanto do sistema atual. Trata-se isso sim de um sistema que realça o papel das partes a começar por aquele do juiz não só por compatibilizá-los com os ditames constitucionais, mas, sobretudo, em razão de permitir que se caminhe na direção de uma maior democracia processual.⁶⁶

à preservação da imparcialidade do julgador – igualmente ou mais relevante para que se profira uma decisão justa, é de admitir a adoção de regras legais antiepistêmicas, desde que fundamentais para preservar o outro valor do jogo” (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal...* op. cit., p. 381).

⁶⁴ HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos...*, op. cit., p. 213.

⁶⁵ *Ibidem*, *idem*.

⁶⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Sistema acusatório: cada parte...*, op. cit., p. 115.

Essa é a missão da qual se mostra capaz a compreensão cênica: valorizar a oralidade, mas não com fim em si mesmo, e sim visando a majorar a efetividade do contraditório, tornando a produção probatória uma consequência de uma dinâmica (mas organizada) atuação de partes, aumentando a qualidade da atividade e da decisão judiciais, relegando ao processo uma democrática função de regular a sequência de cenas que o constitui.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Incontestável é o quão radicado está a escrita nas mais diversas etapas do processo penal. Não menos evidente é, pois, os efeitos que uma compreensão textual causa à prática processual. A assunção da oralidade, portanto, ocasiona efeitos outros, facilmente constatáveis com o auxílio, por exemplo, da psicologia cognitiva.

Por certo que apenas transformar práticas escritas, enraizadas pelos operadores do direito, não é uma tarefa fácil, não podendo ser proposta como possuindo um fim em si mesmo. É a noção de compreensão cênica, portanto, que traz um novo entendimento sobre o processo.

Nos estudos de Alfred Lorenzer e, principalmente, na importação destes para o processo penal, realizada por Winfried Hassemer, a oralidade encontra uma porta de entrada para os estudos do Direito processual penal, não apenas mitigando desvantagens próprias da compreensão textual, mas também valorizando, consideravelmente, a atuação da acusação e da defesa em contraditório, o papel do julgador em um processo democrático e, conseqüentemente, um processo regido por um sistema de matriz acusatória.

Evidentemente, o caminho aqui construído não passa de uma proposta, possuindo o objetivo de ser (mais) uma instigação. Na busca de valorizar os pilares de um processo penal democrático, novas ideias devem sempre ser aceitas para debate.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BAZERMAN, Charles. *Teoria da ação letrada*. Trad.: Milton Camargo Mota, Angela Paiva Dionísio e Judith Hoffnagel. São Paulo: Parábola Editorial, 2015.

BRUM, Nilo Bairros de. *Requisitos retóricos da sentença penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

BUSATO, Paulo César. *Direito penal e ação significativa*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BUSATO, Paulo César. Bases de uma Teoria do Delito a Partir da Filosofia da Linguagem. *Revista Direito e Liberdade – RDL – ESMARN – v. 14, n. 1, p. 241-264, jan./jun. 2012.*

CAPPELLETTI, Mauro. O valor atual do princípio da oralidade. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, v. 21, p. 255-260, mar. 2002.*

CARNELUTTI, Francesco. *As Misérias do Processo Penal*. 3. Ed. São Paulo: Edijur, 2013.

COUTINHO, J. N. de. M. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1989.

COUTINHO, J. N. de. M. Por que sustentar a democracia do sistema processual penal brasileiro? Disponível em: <<http://emporiiodireito.com.br/por-que-sustentar-a-democracia-do-sistema-processual-penal-brasileiro-por-jacinto-nelson-de-miranda-coutinho/>>. Acesso em 08 mai. 2016.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de Informação Legislativa, v. 183, p. 103-115, 2009.*

DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra editora, 1974.

HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Trad. Guido A. e Almeida. 2. Ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Trad.: Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LORENZER, Alfred. *El lenguaje destruido y la reconstrucción psicoanalítica – Trabajos preliminares para una metateoría del psicoanálisis*. Trad. Roberto Bein. Buenos Aires: Amorrortu, 1977.

PAIVA, Caio. *Audiência de custódia e o processo penal brasileiro*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

POLI, Camilin Marcie de. O contraditório como elemento essencial do processo. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, 2014, vol. 6, n. 11, jul./dez. p. 442-458.

ROSA, A. M. *Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

ROSA, A. M. Narrar histórias no e pelo processo penal, com Jorge Luis Borges. *Revista Paradigma*, Ribeirão Preto-SP, a. XIX, n. 23, p. 203-216, jan./dez. 2014.

SALLING OLESEN, Henning; WEBER, Kirsten: Socialization, language and scenic understanding: Alfred Lorenzer's contribution to a psycho-social methodology. In: *Historical Social Research*, Berlin, v. 38, n. 2, 2013, p. 26-55.

SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. Trad. José Danilo Tavares Lobato. *Revista Liberdades*, n. 11, p. 30-50, set./dez. 2012.

SOUZA, Artur César de. *Contraditório e revelia: perspectiva crítica dos efeitos da revelia em face da natureza dialética do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

STRECK, Lenio Luiz e OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *O que é isto – garantias processuais penais?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

TIERSMA, Peter. *Parchment, Paper, Pixels: Law and the Technologies of Communication*. Chicago: University of Chicago Press, 2010. Loyola-LA Legal Studies Paper nº. 2010-46. <http://dx.doi.org/10.7208/chicago/9780226803074.001.0001>

VIANA, Daniel Roepke; ANDRADE, Valdeciliana S. R. Direito e Linguagem: os entraves linguísticos e sua repercussão no texto jurídico processual. In: *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória –ES, n. 5, p. 37-60, jan./jun. 2009.

Informações adicionais e declarações dos autores

Agradecimentos (acknowledgement): Registro meus agradecimentos a todos os integrantes e participantes do grupo de pesquisa Modernas Tendências do Sistema Criminal (sede em Curitiba/PR) pelo constante incentivo à pesquisa acadêmica e ao debate.

Declaração de conflito de interesses: não há conflitos de interesse na realização das pesquisas expostas e na redação deste artigo.

Declaração de autoria (declaration of authorship): todas e somente as pessoas que atendem os requisitos de autoria deste artigo estão listadas como autores. O autor se responsabiliza integralmente pelo conteúdo total deste artigo.

Declaração de ineditismo e originalidade: assegura-se que o texto aqui publicado não foi divulgado anteriormente em outro meio e que futura republicação somente se realizará com a indicação expressa da referência desta publicação original; não há plágio de terceiros ou autoplágio.

Dados do processo editorial

(<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies>)

- Recebido em: 24/07/2017
- Controle preliminar e verificação de plágio: 24/07/2017
- Avaliação 1: 05/08/2017
- Avaliação 2: 08/08/2017
- Avaliação 3: 09/08/2017
- Decisão editorial preliminar: 16/08/2017
- Retorno rodada de correções: 30/08/2017
- Decisão editorial final: 01/09/2017

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editora-associada: 1 (FMB)
- Revisores: 3

COMO CITAR ESSE ARTIGO:

CARVALHO, Gabriel Rodrigues de. A importância da oralidade no processo penal a partir da noção de compreensão cênica. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 3, p. 907-928, set./dez. 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i3.88>



Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.

Contraditório público e oral como garantidor de um processo penal democrático constitucional

Oral and public confrontation as guarantee of a democratic constitutional criminal procedure

Thiago Miranda Minagé¹

Doutor em Direito pela UNESA

Professor de Processo Penal da UNESA – Rio de Janeiro/RJ

thiagominage@hotmail.com

 lattes.cnpq.br/3316166016582554

 orcid.org/0000-0003-0829-9441

RESUMO: Compreender o processo penal sob a égide de um Estado Democrático de Direito, requer, para além de uma releitura crítica de institutos já consolidados em um modelo de sistema específico, abandoná-los quando os mesmos deixam de possuir legitimidade. Deve-se compreender que o papel a ser desempenhado pelas partes através do contraditório é fundamental e jamais será possível sem o amparo da oralidade e publicidade dos atos. Na busca de um controle da observância das garantias processuais, necessário estabelecer o contraditório como verdadeiro garantidor das garantias processuais. Para tanto, somente haverá efetividade às respectivas garantias, quando, toda e qualquer produção probatória for desenvolvida publicamente e de forma oral, mediante rito processual previamente estabelecido na lei. Para tanto, o presente trabalho começa por uma análise do sistema inquisitivo e sua permanente interferência em nosso processo penal em vigor, propondo uma superação do sistema atual, que é o acusatório, tendo em vista sua incapacidade na contenção de interferências inquisitivas, propondo uma nova visão de sistema como forma de aperfeiçoamento do então vigente, tendo como premissa a mudança do princípio unificador de forma a valorizar a oralidade e publicidade dos atos.

¹ Doutor em Direito pela UNESA/RJ. Professor de Processo Penal da UNESA, ABDConst-Rio. Advogado.

PALAVRAS-CHAVE: Sistemas Processuais Penais; Contraditório; Público; Oralidade.

ABSTRACT: *Understanding the criminal process under the aegis of a Democratic State of Law requires, in addition to a critical re-reading of institutes already consolidated in a specific system model, it is still necessary to abandon them when they have legitimacy. It should be understood that the role to be played by the parties through the contradictory is fundamental and will never be possible without the support of orality and publicity of the acts. In order to control the observance of procedural safeguards, it is necessary to establish the contradictory as true guarantor of procedural guarantees. In order to do so, only the respective guarantees will be effective, when, all and any probative production is developed publicly and orally, through a procedural rite previously established in the law. To this end, the present work begins with an analysis of the inquisitive system and its permanent interference in our current criminal process, proposing an overcoming of the current system, which is the accusatory, in view of its inability to contain inquisitive interference, proposing a new Vision of system as a way of perfecting what was then valid, based on the premise of a change of the unifying principle in order to enhance the oral and publicity of the acts.*

KEYWORDS: Criminal system; Contradictory; Public; Orality.

SUMÁRIO: Introdução; 1. A Interferência do Formalismo Inquisitivo em Nosso Sistema Processual; 2. Sistema Constitucional Democrático e uma Nova Perspectiva; 3. Contraditório [desde que público e oral] como Significante Estruturante de um novo modelo de sistema processual penal; Considerações Finais; Referências.

INTRODUÇÃO

Atualmente, falar em processo com garantias ao acusado é praticamente sinônimo de impunidade aos olhos populares midiáticos, como se abreviar a trajetória processual fosse uma solução no combate à criminalidade². Assim, contrapõem-se duas classes de pessoas: “cidadãos

² ROXIN, Claus. *Pasado, Presente y Futuro del Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Culzoni Editores, 2004, p. 39.

de bem” e os “delinquentes”, justificando tratamento diferenciado para os enquadrados na segunda classe com implementação de medidas mais severas e principalmente restrições de direitos no curso do processo.

Com a finalidade de obstaculizar essa draconiana concepção de processo que temos atualmente, basta que se compreenda que qualquer pessoa é um delinquente em potencial, isso não significa dizer que, necessariamente, todos se converterão em criminosos, mas que todos, um dia, pelos mais variados motivos, podem vir a sentarem-se no banco dos réus.³ Daí identifica-se e até mesmo se justifica a necessidade da forma de tratamento processual deva ser indiscriminada como se todos fossem inocentes.

O direito processual penal, assim como todos os ramos do direito brasileiro, está sob a luz das normas insculpidas na Constituição Federal, que é o fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico pátrio, que por sua vez, se compatibiliza com documentos internacionais que tenha se comprometido em seguir e respeitar. A Constituição consagra de forma descritiva um expressivo rol de direitos e garantias constitucionais do processo que exercem papel fundamental na efetivação do Estado Democrático de Direito. E dentre as garantias do processo a Constituição Federal prevê, de forma expressa, em seu artigo 5º, inciso LXI, as hipóteses taxativas de prisão.

Quando o tema se volta para a privação da liberdade, a prisão somente se dará, em caráter excepcional, em caso de flagrante delito ou por ordem escrita e devidamente fundamentada da autoridade judiciária competente, nas hipóteses descritas em lei (prisão preventiva e temporária), ressalvados os casos de transgressão militar ou crime propriamente militar.

³ BARATTA. Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica ao Direito Penal*. Introdução à sociologia do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2011. De forma resumida podemos esclarecer que todos têm impulsos destinados ao desvio, mas em razão do nível de dependência e do processo de comprometimento que estabeleceram com as instituições e com as normas comportamentais, apenas alguns os efetivam. Os mais comprometidos com o contexto social, que sabem o quanto podem perder ao optar pelo delito, tendem a não seguir esses impulsos. Em oposição, os que acreditam não ter nada a perder, têm mais facilidade em ceder aos próprios impulsos.

A prisão preventiva, cujo regramento é encontrado nos artigos 310 a 316 do Código de Processo Penal, sofreu grandes mudanças a partir da reforma realizada pela Lei 12.403/2011. Porém, mantendo a lógica da ausência de qualquer procedimento ou formalidade para pedido/decreto da segregação cautelar, a legislação em vigor permite, ainda, a prisão cautelar preventiva de ofício por parte do juiz. Nesses termos, percebe-se que a normatização da prisão cautelar acaba por evidenciar preceitos afirmados por Raffaele Garofalo⁴ e Enrico Ferri⁵, os quais consideravam a presunção de inocência algo ilógico e vazio, bem como que a prisão preventiva deveria ser obrigatória e generalizada para os crimes considerados mais graves por conta da imposição de uma presunção de culpabilidade⁶.

A partir da nova redação dada pela reforma processual, o artigo 310 do Código de Processo Penal passou a consagrar as alternativas legais passíveis de adoção pelo juiz, assim que receber o auto de prisão em flagrante. Logo, por ter natureza administrativa, eis que, a prisão em flagrante não expressa uma medida cautelar/excepcional, e sim, verdadeira exceção da exceção, instrumento (flagrante) do instrumento (preventiva ou temporária), ou seja, a respectiva prisão em flagrante é verdadeira medida pré-cautelar⁷, cuja precariedade está exposta pela possibilidade de ser adotada por particulares ou autoridade policial, e que somente está justificada pela brevidade de sua duração, não mais se prolongando no tempo, como era feito até então⁸.

⁴ Sobre isso: GAROFALO, Raffaele, CARELLI, L. *Riforma Della Procedura Penale In Itali*. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1889.

⁵ Sobre isso: FERRI, Enrico. *Princípios do Direito Criminal: o criminoso e o crime*. 2. ed. Tradução: Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998.

⁶ SANTOS, Bartira Macedo de Miranda. *Lombroso no Direito Penal: o destino d'O Homem Delinquente e os perigos de uma ciência sem consciência*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ea6b2efb-dd4255a9>>. Acesso em: 01 mar. 2017.

⁷ LOPES Jr., Aury. *O Novo Regime Jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 36.

⁸ Cabe frisar que, com a implementação da audiência de custódia, além do auto de prisão em flagrante ser remetido ao juiz, o próprio preso deverá ser apresentado.

O artigo 311 do código de processo penal assevera que a prisão preventiva pode ser decretada em qualquer fase do inquérito policial (não fazendo menção a qualquer outra espécie de investigação) ou da instrução criminal, podendo ocorrer de ofício pelo juiz (infelizmente), quando no curso do processo, houver requerimento do Ministério Público (ação penal pública), do querelante (ação penal de iniciativa provada) ou mediante representação da autoridade policial na fase de inquérito (fase pré processual).

A aplicação desta medida cautelar é, seguindo determinado entendimento, analisada em três etapas: hipóteses de cabimento (artigo 313 do CPP), pressupostos (artigo 312 do CPP, segunda parte) e fundamentos legais (artigo 312 do CPP, primeira parte)⁹. As hipóteses legais de cabimento constituem a primeira questão a ser observada pelo julgador e ocorrem em cinco situações distintas: nos crimes dolosos com pena máxima privativa de liberdade superior a quatro anos (artigo 313, I, do CPP); nos casos de reincidência em crime doloso (artigo 313, II, do CPP); em casos de violência doméstica e familiar, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência (artigo 313, III, do CPP); para fins de identificação (parágrafo único do artigo 313 do CPP) e em caso de descumprimento de outras medidas cautelares (parágrafo único do artigo 312 do CPP). Caso a situação não se enquadre em nenhuma dessas hipóteses, tal medida cautelar não será cabível.

Tendo em vista que a utilização da privação da liberdade, como providência cautelar, é verdadeira regra nos processos criminais hodiernos, pouco importando os direitos inerentes à pessoa presa, bem como as garantias processuais, pode-se perceber bem a realidade do contexto jurídico-social em que se vive. Falar de providências/medidas que limitam direitos inerentes à pessoa, certamente é uma das questões mais difíceis de justificar e fundamentar, pois, em tese, tem-se um processo penal garantidor e protetor da pessoa humana, porém, com resquícios sórdidos de um passado recente autoritário e inquisidor¹⁰.

⁹ NICOLITT, André Luiz. *Lei 12.403/2011: o novo processo penal cautelar, a prisão e as demais medidas cautelares*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2016.

¹⁰ SABADELL, Ana Lucia. *Manual de sociologia jurídica: introdução a uma leitura externa do Direito*. São Paulo: RT, 2003, p. 124. É muito comum ouvir, entre sociólogos do direito, as seguintes frases: *o Estado mantém o monopólio da*

Necessário superar, não só o contexto legislativo ultrapassado, como também abandonar uma cultura retrospectiva que emerge no momento das decisões judiciais¹¹.

Nesse sentido, é preocupante o rumo autoritário da jurisprudência atual, a qual reflete uma cultura inquisitória ainda predominante no processo penal brasileiro como verdadeira autoafirmação de quem precisa se firmar como poder, carregando altíssimo grau de discricionariedade, necessitando, assim, obter maior controle e contenção, justamente por restringir direitos através do exercício do poder, como regra rotineira. Subvertendo, pois, o sentido teórico da norma e distorcendo a essência dos mandamentos constitucionais em questão.

Assim, partindo dessa premissa, amparado ainda nos ensinamentos de Alberto Binder, urge a seguinte ponderação: torna-se imperioso refletir se, todavia, é possível considerar a prisão preventiva como uma simples ‘medida cautelar’ quando, na realidade, está cumprindo as finalidades de uma pena de fato [definitiva]¹². A referida reflexão vem à tona justamente por motivos óbvios, pois na prática diária nos tribunais estaduais e federais e, principalmente, em primeira instância, as decisões estão sendo proferidas de forma que a prisão preventiva se tornou uma medida habitual e rotineira.

Como proposta de uma forma para o controle e contenção do uso indiscriminado da prisão preventiva o contraditório público e oral deve estruturar toda a temática processual penal.

violência legítima; o Estado é um aparelho violento ou um mecanismo de violência. Essas afirmações, que provém de Max Weber, indicam que o Estado, quer o indivíduo aceite ou não, tem a capacidade de impor a sua vontade. Weber definia o estado como um mecanismo que consegue manter o monopólio do exercício legítimo da violência física.

¹¹ Por *interpretação retrospectiva* entende-se a insistência dos operadores jurídicos de “interpretar o texto novo de maneira a que ele não inove nada, mas ao revés, fique tão parecido quanto possível ao antigo”. Em outras palavras, através da interpretação retiram-se as perspectivas de transformação que vieram acertadas na nova Constituição. É, antes de tudo, uma interpretação covarde, pois prima pelo medo de rupturas (CASARA, Rubens. R.R. Interpretação Retrospectiva, Constituição e Processo Penal. *Revista da EMERJ*, v. 6, n. 22, 2003, p. 111).

¹² BINDER, Alberto M. *Introdução ao direito processual penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris: 2003. p. 23-32.

1. A INTERFERÊNCIA DO FORMALISMO INQUISITIVO EM NOSSO SISTEMA PROCESSUAL

A ideia trabalhada por Luigi Ferrajoli¹³ de que “*nulla culpa sine iudicio*” possui significativa grandeza e importância para compreensão deste tópico. A obrigatoriedade do processo, no entanto, não é algo que possua valor, por si só, que permita uma explicação de forma reducionista, como por exemplo, identificando funções e suas respectivas definições¹⁴. Partindo-se dessa premissa para iniciar-se uma análise da finalidade do processo penal, tem-se desafios variantes à frente, tais como a incerteza do resultado processual e o uso desmedido do exercício do poder jurisdicional¹⁵.

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, percebeu-se a necessidade de adequação a alguns conteúdos jurídicos para que, necessariamente, atendessem à concepção de estado democrático de direito, principalmente quanto aos conteúdos normativos inerentes ao processo. A permanência no tratamento do processo como relação jurídica entre as partes e o juiz, colocando-o como um instrumento da jurisdição, com a finalidade de realizar os escopos metajurídicos, bem como a pacificação social, e consequente enfraquecimento das partes¹⁶ [autor e réu], demonstrou-se equivocado¹⁷. Principalmente, por permitir o malsinado solipsismo judicial, admitindo que o juiz seja o único intérprete no processo, podendo fundamentar sua decisão em argumentos metajurídicos, inclusive, alheios a preceitos

¹³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: RT, 2002. p. 73-74.

¹⁴ PRADO, Geraldo. *Prova Penal e sistemas de controles epistêmicos*. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 18.

¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: RT, 2002. p. 95-96.

¹⁶ NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório. *Boletim Técnico da Escola Superior de Advocacia da OAB/MG*, Belo Horizonte, v.1, p. 39-55. jan./jun. 2004. p. 43

¹⁷ STRECK, Lenio. Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio. Dilemas da crise do direito. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 49, n. 194, abr./jun. 2012. p. 10.

constitucionais, sobretudo pela falta de instrumentos de contenção e controle em relação às decisões judiciais¹⁸.

A mentalidade formalista age como se fosse uma herança que se caracteriza pelo apego não necessariamente ao ritual, mas sim à rotina, ou seja, às formas superficiais que conformam a vida cotidiana dos tribunais, verdadeiros tabus¹⁹. Esse formalismo superficial forjou uma linguagem de difícil acesso, razão pela qual as pessoas sentem que sempre precisam de um advogado, não só para defendê-las, mas, sobretudo, para funcionar como tradutor daquilo que está ocorrendo perante o juízo.

Não raro perceber que, junto com o sistema inquisitivo, há uma cultura inquisitória arraigada nas sociedades latino-americanas, que tem como consequência estrutural uma mentalidade eminentemente formalista e burocrática, a qual se utiliza de uma linguagem jurídica obscura e de métodos interpretativos retrospectivos²⁰, com práticas conservadoras e pouco criativas, ou seja, raramente advogados ou juízes propõem reformas do sistema e, quando o fazem, remetem a questões superficiais, como, por exemplo, a simples alteração de um prazo.

Ademais, para Alberto Binder e Leonel Postigo, em sendo decorência do direito canônico, o sistema inquisitivo nunca deixou de ter certo grau de sagrado, ainda que de maneira implícita, mesmo depois de tantos anos e de tantas revoluções liberais que procuraram justamente dessacralizar vários setores da vida pública²¹. Conforme Binder, “de qualquer sorte, mantém-se uma espécie de religião laica acerca da administração da justiça e do papel do juiz, como se este agisse investido por um poder divino”²². Talvez isso explique o porquê do conservadorismo identificado.

¹⁸ Ibidem. p. 9.

¹⁹ FREUD, Sigmund. *Totem e Tabu*. Algumas correspondências entre a vida psíquica dos selvagens e a dos neuróticos. Tradução do alemão de Renato Zwick. Porto Alegre: L&PM POCKET, 2013, p. 39.

²⁰ CASARA, Rubens. R.R. Interpretação Retrospectiva, Constituição e Processo Penal. *Revista da EMERJ*, v. 6, n. 22, 2003, p. 192-222.

²¹ UNODC/CEJA (2013). La reforma procesal penal en Latinoamérica. In: Evaluación de la implementación del sistema penal acusatorio en Panamá, p. 07-12. Disponível em: <<http://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/5493>>. Acesso em: 07 dez. 2016. p. 7-8.

²² BINDER, Alberto M. *Introdução ao direito processual penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris: 2003. p. 200-202. Esta sacralidade de todo o sistema judicial,

Superar a dicotomia acusatório *versus* inquisitório, de fato, permite compreender as atuais estruturas processuais culturalmente impostas em países da América Latina, inclusive, e, principalmente, no Brasil, pois, como identifica Alberto Binder, os latino-americanos conservam de uma maneira ou de outra o velho sistema inquisitório, fruto, especialmente, das colonizações europeias monárquicas, mesmo tendo se passado mais de cinco séculos de aplicação, chegando a ser mais do que um sistema processual²³: é um sistema completo de administração da justiça penal²⁴.

Para isso, torna-se fundamental deslocar o “problema” de onde está sendo debatida a estrutura processual para se determinar uma questão externa de mudança de premissa e compreensão de suas vertentes, de forma a desvelar e permitir reflexões, até então, omitidas²⁵.

Isto é, trava-se intenso debate quanto às características e consequências, mas não se ataca o cerne do problema, qual seja a origem constitutiva do sistema processual. Isso mantém o debate nas mesmas condições estabelecidas e consolidadas as quais consagraram um sistema inquisitivo, com interferências acusatórias ou acusatório com inserções inquisitivas²⁶. Nesse panorama, manter a argumentação crítica, partindo dos mesmos pressupostos constitutivos, esbarra em uma circularidade impeditiva do deslocamento do problema para fora das premissas impostas e, conseqüente, estabilização do tema, tal qual uma

particularmente do sistema penal, e a conseqüente função quase sacerdotal que os juízes, às vezes, crêem ter também presente em alguns tratados de ética da profissão de advogado confere *uma rigidez ao sistema que o faz ser pouco inclinado a adotar soluções modernas para superar seu estado de crise*, controlar a sobrecarga de trabalho, como o princípio da oportunidade, a *pro-bation* ou outras tantas saídas alternativas do sistema.

²³ Essa é a questão. O sistema misto não é permitido ou possível, ou seja, tem que extirpar do direito o ranço inquisitório. Mas, para isso, deve-se responder a uma pergunta: O direito faz a sociedade ou a sociedade faz o direito? Respondendo: ambos, o direito é deontológico.

²⁴ BINDER, Alberto M. *Introdução ao direito processual penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris: 2003. p. 200-204.

²⁵ PRADO; Geraldo; CASTANHO DE CARVALHO, L. G Grandinetti; MARTINS, Rui Cunha. *Decisão Judicial*. A cultura jurídica brasileira na transição para a democracia. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 72.

²⁶ *Ibid.*, p. 71.

armadilha, cujo efeito é a manutenção do debate dentro de um âmbito “seguro”, no qual as respostas retóricas/justificativas prevalecem, em detrimento das proposições críticas levantadas. Talvez, por isso, a insistente falta de solução aos debates e a manutenção do *status quo* da irregularidade, sejam ocasionadas pela maniqueísta divisão inquisitivo *versus* acusatório.

Para se entender o tema proposto e, principalmente, sua lógica sistemática, deve-se partir da compreensão do processo como um dispositivo articulador de elementos de várias ordens, cujas modalidades de interação possuem como características indissociáveis: a regularidade procedimental²⁷ e imprevisibilidade de resultado. É necessário, para tanto, a construção de um sistema processual que corresponda à vontade de impor uma estrutura dotada de significado e que refute a distorção de sentido dos elementos processuais²⁸. Por isso, a importância das bases garantistas como controle epistemológico na contenção do exercício arbitrário do poder.

A interferência de sistemas, anteriormente mencionada, deve ser combatida para se alcançar uma unidade estrutural, que parta de um ponto fundante e se exteriorize pela definição do princípio unificador. É importante identificar o princípio unificador que atua como verdadeiro referente ordenador²⁹ (o princípio é mais do que o próprio modelo, é uma tradução orgânica do sistema processual a ser adotado³⁰), ou, ainda, identificar os elementos ordenadores que são aqueles que, se houver a alteração de um, haverá a modificação de todos, tendo em vista pertencerem ao mesmo modelo e grupo de transformações³¹.

²⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: RT, 2002. p. 95-96.

²⁸ PRADO, Geraldo; CASTANHO DE CARVALHO, L. G Grandinetti; MARTINS, Rui Cunha. *Decisão Judicial. A cultura jurídica brasileira na transição para a democracia*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 73.

²⁹ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. As reformas parciais do CPP e a Gestão da Prova: Segue o Princípio Inquisitivo, *Boletim do IBCCRIM*, ano 16, nº 188, p. 11-13.

³⁰ *Ibid.*, p. 12.

³¹ LÉVI-STRAUSS, Claude. *Antropologia Estrutural Dois*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1993. p. 69.

Com esse jaez, a necessidade de um sistema coeso corresponde à importância de impor uma estrutura dotada de sentido, que refute distorções constitutivas de elementos processuais, direcionando a efetivação da finalidade processual penal. Assim, se constituirá uma estabilidade procedimental ordenada³², partindo da eleição de um determinado elemento fundante do processo para, então, conseqüentemente, redistribuir os lugares e desempenhos no desenvolvimento processual. Um verdadeiro deslocamento de base estruturante que afeta diretamente todo o desenvolvimento do processo.

Críticas surgem, com razão, quanto aos conceitos de sistemas estagnados nessa dicotomia. Por exemplo, Juan Montero Aroca³³ deixa claro sua inquietude a esses conceitos, alegando tratar-se de questões ultrapassadas, sem valor, de pouca clareza, confundindo mais do que explicando toda a engrenagem processual. Portanto, por conta das transformações jurisdicional e constitucional, é preciso realinhar o ponto de partida da compreensão, justamente para evitar leituras descontextualizadas do âmbito empírico. Manter-se preso à noção histórica, conduz ao abismo da escuridão, impedindo, assim, uma leitura constitucionalizada do processo. Surge, então, a necessidade por uma leitura acurada dos documentos de direitos humanos e da própria Constituição da República.

Até mesmo a (re)leitura da Constituição deve aflorar. Basta uma análise superficial para identificar não se tratar de um documento coeso, fruto de uma parcela da coletividade pensante. Vários fatores influenciaram em sua redação final: fatores políticos, sociais e, principalmente, econômicos, daquela época (1987-1988)³⁴. Em um Estado

³² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: RT, 2002. p. 95-96.

³³ AROCA, Juan Montero. *El derecho procesal en el Siglo XX*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997, p. 106. Basicamente o autor critica as concepções de sistema inquisitivo por haver contradição terminológica entre sistema processual inquisitivo e processo, alegando que processo pressupõe a aplicação das garantias processuais. Quanto ao sistema acusatório que se concebe um juiz como sujeito passivo rigidamente separado das partes, e um processo como uma contenda entre iguais, iniciada por uma acusação, sobre a qual recaia a carga da prova, entretanto, em ambos os sistemas, carecem de definições e concretizações de seus preceitos, logo, falhos desde a origem constitutiva.

³⁴ PILATTI, Adriano. *A Constituinte de 1987-1988*. Progressistas, Conservadores, Ordem Econômica e Regras do Jogo. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2008. p. 35-39.

Democrático de Direito, os valores constitucionais devem ser e estar compatíveis em todo o atuar estatal, principalmente, aqui no jurisdicional³⁵. O processo criminal deve expressar os direitos e servir como garantia de tantos outros direitos constitucionais, sob pena de que, se assim não o for violará a própria ordem do Estado de Direito.

O garantismo representa uma virada de paradigma que fundamenta a democracia constitucional, assim, o modelo normativo jurídico que visa à efetivação dos direitos fundamentais cuja extensão comporta: da vida à liberdade pessoal, da liberdade civil e política às expectativas sociais de subsistência, dos direitos individuais àqueles coletivos³⁶.

O paradigma garantista, ao qual aqui se vincula a democracia constitucional, tem uma visão fundamental: a autonomia do direito. Essa autonomia vem proposta por uma edificação complexa, criada em cima de um modelo integrado de ciência jurídica, que comporta a teoria do direito, a dogmática jurídica, a filosofia da justiça e a sociologia do direito. Esse entrelaçamento provoca uma relação dialógica (contraditório) entre efetividade (oralidade³⁷) e legitimidade (publicidade)³⁸, em que a garantia funciona como sinopse, tanto à compreensão do grau de efetividade do direito, em relação aos seus próprios níveis normativos,

³⁵ “Quanto à igualdade de poderes, é claro que ela supõe que a acusação pública esteja despojada de poder sobre o imputado, sendo todos os poderes de uma parte sobre a outra ‘letais às liberdades civis’, mas exigiria também [...] a defesa pública de um magistrado, apoiada pela defesa profissional do defensor privado [...]” (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: RT, 2002. p. 491).

³⁶ NETO, Alfredo Copetti. *A Democracia Constitucional sob o olhar do garantismo jurídico*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 23.

³⁷ Um debate impõe que as partes estejam presentes e atuantes na contribuição para construção do ato decisório a ser proferido. Impedindo assim, por exemplo, invenções como o *contraditório diferido* que torna completamente ineficaz o contraditório. Talvez, ao menos até então, a oralidade foi a maneira mais eficaz que nossa cultura encontrou para dar vigência aos princípios políticos aqui trabalhados.

³⁸ Os atos decisórios para serem legítimos devem ser de conhecimento prévio das partes envolvidas e afetadas, ou seja, respeitar o contraditório, que é efetivado pela sua prática oral, permite o acesso dos envolvidos a todo conteúdo, contrapondo o sigilo místico do sistema inquisitivo. Sem contar que, a publicidade do julgamento significa que as decisões são transparentes, que cumprem com o princípio republicano da transparência dos atos praticados.

como, também, ao grau de legitimidade desses mesmos níveis normativos³⁹. Por isso, a necessidade de compreensão de como é, para então propor, como deve ser.

Um sistema processual, nada mais é que um complexo de relações que atuam como verdadeiros círculos concêntricos, onde o de maior diâmetro envolve o de menor, ou seja, parte-se de um sistema político que envolve o sistema constitucional que, por sua vez, envolve o sistema judiciário e, por fim, envolve o sistema processual, o qual, nas palavras de Rui Cunha Martins, é o verdadeiro microcosmo democrático do estado de direito⁴⁰. Um processo que possa minimamente ser considerado justo não se funda apenas em garantias particulares e, sim, na coordenação de várias garantias concorrentes e articuladas, formando uma circularidade, que deflagra uma conectividade recíproca, conferindo efetividade umas às outras, de forma sucessiva⁴¹.

Ao identificar as bases estruturais do sistema processual na própria Constituição conjugada com os documentos internacionais, compatibiliza-se o Estado de Direito com o Estado Democrático, de uma forma que, partindo de um macro sistema e, consequentes, microssistemas englobados uns pelos outros, reduzir-se-ia de forma considerável ou, até mesmo, impossibilitaria a interferência de características de um sistema, em detrimento do outro. Isso se daria não como forma de negar a existência de processos penais anteriores à Constituição ou ao próprio Estado de Direito, mas apenas no sentido de deslocar a compreensão de processo para uma realidade político-jurídico-social.

Eis, por conseguinte, a vital importância do princípio unificador⁴² em uma lógica sistêmica/circular, em cujo bojo todo o sistema processual

³⁹ STRECK, Lenio. Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio. Dilemas da crise do direito. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 49 n. 194 abr./jun. 2012, p. 18-19.

⁴⁰ MARTINS, Rui Cunha. *O Ponto Cego do Direito*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010, p. 92.

⁴¹ *Ibid.*, p. 92.

⁴² A importância sistêmica do “princípio unificador” é, pois, irrecusável. Tanto que “só se muda o sistema caso se mude o princípio unificador”. Sobre o tema, ver: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, a. 30, n. 30, 1998.

al existe frente a uma tensão da dinâmica processual pela conectividade dos atos e a busca pela eleição de um referente ordenador, que para ser reconhecido deve ser parte constitutiva do sistema processual⁴³. Tanto que o critério de admissibilidade desse referente ordenador é o contraditório -, como dito anteriormente, o processo possui o contraditório como elemento definidor de sua estrutura, exigindo que os interessados e os contra interessados (partes do processo), que suportarão o resultado favorável ou desfavorável da decisão, possam participar em igualdade de condições do *iter* procedimental, para a formação da decisão⁴⁴.

Essencial entender que o processo penal deve ser compreendido como um instrumento político de participação, que de acordo com o nível de democratização social atuará com maior ou menor intensidade, tendo a Constituição da República de 1988 como limite às insurgências autoritárias no processo e, ainda, a considera caminho necessário para uma efetiva conexão entre direito, processo e democracia⁴⁵.

Observa-se que é em face da democracia substancial que se assentam as características constitucionais determinantes à ilegitimidade de poderes desregulados e, conseqüente uso arbitrário do poder, nesse contraponto, também, a legitimidade da subordinação desses ao direito, cujo reconhecimento, como direito válido, decorre unicamente do seu condicionamento às escolhas constitucionais, as quais estabelecem, além das formas para a sua produção, os conteúdos a serem produzidos. Isso representa, por um lado, a expansão do caráter normativo do direito, tanto na sua relação com a política (democracia política), como na sua relação com a economia (democracia civil), por outro, indubitavelmente, qualifica, sobretudo, a própria emancipação e autonomia do direito de qualquer vontade majoritária, como também de qualquer determinação econômica⁴⁶.

⁴³ MARTINS, Rui Cunha. *O Ponto Cego do Direito*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010, p. 93.

⁴⁴ FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. Padova: Cedam, 1992, p. 86-862; ROSA, Alexandre Morais da. *Guia Compacto do Processo Penal Conforme a teoria dos jogos*. 3. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 147-156. ROSA, 2014, p. 5-26.

⁴⁵ Sobre isso, ver: ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão Penal. A bricolage de significantes*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

⁴⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris*. Teoria del diritto e della democrazia. 2. Teoria della democrazia. Roma-Bari: Laterza, 2007, p. 426.

Na concepção do garantismo jurídico, a democracia constitucional tem de ser vista, compreendida e elaborada dentro do desenho do Estado Constitucional, isto é, funcionando como um contrapoder aos poderes públicos e privados e, como uma composição essencial a todas as dimensões da democracia, sejam elas de conteúdo ou de forma, desde que rompa com a concepção de poder altamente discricionário da administração, colocando-o sob a aresta de função de garantia, isto é, como um dever positivo absoluto, desfazendo, com isso, a falácia criada pela suposta tensão entre estado social e estado de direito⁴⁷.

Noutras palavras, é dizer que a teoria do direito é a necessária premissa da teoria da democracia. Ou seja, no garantismo jurídico, democracia é, antes de tudo, um sistema de regras e garantias impostas aos diversos tipos de poder, por isso que, por um lado, se encontra empiricamente ancorada à experiência histórica do constitucionalismo democrático; por outro, aos limites e aos vínculos de direito positivo, por esse imposto⁴⁸.

Neste momento, importante destacar a necessidade de construção de uma problemática, com base no pensar de assuntos que o senso prático comum coloca. É no Estado Democrático de Direito que o devido processo legal não tem que ter uma vinculação ao estrato social da pessoa que está a ser julgada⁴⁹.

O povo é identificado como portador de um desígnio sacrosanto. Ele não se engana, é sabedor. Essa é uma retórica que permeia a narrativa dos consensos democráticos, de que a bondade está no povo, uma verdadeira linguagem da revolução francesa que alimenta uma suspeição quanto à política e, acaba por omitir que o povo, como massa, foi conivente com a ditadura e com o totalitarismo. Por isso, não é de se espantar que, atualmente, determinados cidadãos não queiram garantias processuais, sob alegação, de ser um exagero protetivo⁵⁰.

⁴⁷ NETO, Alfredo Copetti. *A Democracia Constitucional sob o olhar do garantismo jurídico*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 117.

⁴⁸ NETO, Alfredo Copetti. *A Democracia Constitucional sob o olhar do garantismo jurídico*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 25.

⁴⁹ MARTINS, Rui Cunha. *O Ponto Cego do Direito*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010, p. 92.

⁵⁰ NETO, Alfredo Copetti. *A Democracia Constitucional sob o olhar do garantismo jurídico*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 25.

O Estado de Direito tem dificuldade de lidar com a massa, que é produto de um compromisso de várias forças conservadoras, que devem se garantir também contra o povo. A própria rua não percebe que o discurso do Estado de Direito existe para proteger, que as garantias são para todos os indivíduos, ou seja, não se tem essa ideia, não se sente isso como seu⁵¹.

Hoje se vive em um mundo que apresenta problemas novos, para os quais só existem mecanismos antigos. Quando se vive em ditaduras, a ruptura é tentar o ato revolucionário, pois as sociedades que passaram da ditadura para a democracia, usaram o mecanismo da transição, que é incompleto. Transita-se, mas há muito que permanece, por exemplo, as leis em vigor no período ditatorial não são todas alteradas em um momento de transição política. Ela diz que alguma coisa, a partir de agora, se pode fazer, mas está tudo por fazer⁵².

Não é possível se deixar seduzir pela ideia de que a democracia é unicamente governo do povo, como se fosse um corpo coletivo coerente e possuidor de vontade homogênea. Desse modo, uma redefinição da soberania popular redireciona o elo entre democracia e povo, o que, por conseguinte, estabelece que as decisões da maioria, como vontade do povo, não são suficientes, embora necessárias, à definição de democracia⁵³.

⁵¹ CATTONI DE OLIVEIRA, M. A. Comentário ao Art. 1.º, parágrafo único. In: CANOTILHO, J. J. G.; MENDES, G. F.; SARLET, I. W.; STRECK, L. L. (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 137-140. A ideia extraída dos escritos do autor se refere à parte onde o mesmo afirma: “Se todo poder emana do povo que o exerce diretamente ou por meio de seus representantes eleitos (Cf. Art. 1.º, parágrafo único, da Constituição Brasileira), o princípio da democracia constitucional envolve a defesa de um patriotismo constitucional que visa compreender a própria Constituição do Estado Democrático de Direito como processo de aprendizagem social por parte do povo como instância política plural, contra toda a velha teologia política do macrossujeito povo como nação soberana, una e indivisível ou do povo como mero ícone ou instância de legitimação (Müller).”

⁵² Sobre isso, ver: CHOUKR, Fauzi. H. *Transição e Consolidação da Democracia*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

⁵³ NETO, Alfredo Copetti. *A Democracia Constitucional sob o olhar do garantismo jurídico*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 24-26

Isso quer dizer que um sistema, para que possa ser democrático, deve limitar e vincular todos os poderes, inclusive o poder da maioria, enquanto soberania popular, que forma a democracia, na qual os direitos fundamentais estabelecem vínculos substanciais, contrapondo-se à ideia que determina a democracia como um método, garantido, evidentemente, pelo sufrágio universal e pelo princípio da maioria.⁵⁴

Todo pronunciamento judicial deve possuir legitimidade política onde a estabilidade procedimental tem como amparo garantias processuais que decorrem da *nullum iudicium sine accusatione, sine probatione et sine defensione*. Aqui se fala da estrita submissão do processo penal à jurisdição, que deve viabilizar as condições estruturais sobre quem pode, como se deve, o que se deve ou não decidir, referindo-se às formas de governo e estrutura dos poderes, que dependerão diretamente do caráter politicamente democrático ou não do sistema político e, portanto, do caráter de direito do sistema jurídico.

De forma acurada Ferrajoli detecta que na Constituição encontram-se normas que caracterizam a formação de Estado, como democrático, e, também, como Estado de Direito, ao estabelecer procedimentos (Estado Democrático) e direitos fundamentais individuais (Estado de Direito). No entanto, ao se deparar, de forma frequente, com violações de normas procedimentais inerentes ao Estado Democrático, que deveria ensejar constatação imediata de inexistência do ato por afetação na origem, permanece-se convivendo, mediante explicações retóricas e justificativas descabidas, por se manter/insistir o debate no interior dicotômico processual de sistema acusatório e inquisitivo⁵⁵. Necessário um sistema que proteja os direitos e garantias constitucionais.

⁵⁴ CATTONI DE OLIVEIRA, M. A. Comentário ao Art. 1.º, parágrafo único. In: CANOTILHO, J. J. G.; MENDES, G. F.; SARLET, I. W.; STRECK, L. L. (coord.) *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 137-140.

⁵⁵ “Pode-se acrescentar que frequentemente a violação das regras do primeiro tipo é causa de inexistência ou não-vigor, enquanto aquela das regras do segundo tipo é causa de invalidade das normas produzidas; e que a característica estrutural do Estado de direito ao mero Estado legal é a possível divergência entre validade e vigor, ou seja, a existência de normas vigentes mas inválidas porque conformes às regras do primeiro tipo e desconformes às do segundo” (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: RT, 2002. p. 688-689).

2. SISTEMA CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO E UMA NOVA PERSPECTIVA

O sistema penal é na práxis forense e na teoria, cada dia mais, o resultado da tensão entre o exercício (e suas facilitações) do poder de punir e seus limites (ou falta) concretos. De um lado encontram-se não apenas medidas legislativas que aumentam a potencialidade das punições, seja com a expansão das condutas criminalizadas, ou com o recrudescimento das penas cominadas aos tipos penais já existentes, como, também, a criação de medidas processuais que reduzem o espectro de garantias, com a invasão da privacidade e violação dos direitos individuais das pessoas submetidas à investigação ou ao processo criminal⁵⁶.

A ideia e os ideais de constitucionalismo democrático passaram por alterações no decorrer dos tempos, tornando-se (junto com os tratados internacionais) o mais importante instrumento jurídico constitutivo de direitos e garantias, na proteção de liberdades e na imposição de limites ao exercício do poder dos órgãos constituídos e do próprio povo, contrapondo-se ao dito popular de que se vive o governo da maioria⁵⁷. Assim, o garantismo jurídico, mediante suas manifestações, assumindo uma posição crítica a respeito do direito, põe em questão qualquer proposta teórica que se mostre desvinculada de um controle empírico; bem como qualquer posição prática que se mostre apartada de princípios teóricos na proteção da liberdade individual, contra qualquer forma de exercício arbitrário de poder.

Partindo de um conceito, mesmo que no plano lógico-formal, de que uma norma consiste em um cânone de valoração de uma conduta, que estabelece a descrição de um comportamento, seus elementos e requisitos, qualificando de lícito e devido, e, por consequência, uma conduta ilícita seria estabelecida pelo comportamento contrário ao determinado na norma⁵⁸, os princípios ganham, assim, importante posição

⁵⁶ SANTORO, Antônio Eduardo Ramires; RANGEL. Natália Ribeiro. O Princípio Constitucional do Contraditório na Interceptação das Comunicações Telefônicas. In: MENDES, Soraia da Rosa LONGO, Ana Carolina F. *Segurança Pública*. Brasília: IDP, 2015. p. 7-34.

⁵⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: RT, 2002. p. 894.

⁵⁸ FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. Padova: Cedam, 1992. p. 45.

constitutiva e limitativa, instituindo direitos humanos e fundamentais, que, uma vez constitucionalizados, passariam a ser norteadores de todo o ordenamento jurídico, ou seja, os princípios seriam o marco da institucionalização da autonomia do Direito.

As regras não acontecem sem os princípios, logo, os princípios sempre atuam como determinantes para concretização do Direito e, em todo caso concreto, eles devem conduzir para a determinação da resposta adequada⁵⁹. Contudo, para que tenham real eficácia, passando a ideia de efetividade e eficiência, dependem de sua concretização pelos poderes constituídos, mesmo que seja mediante uma forma de controle empírico (processo criminal)⁶⁰.

Em países de modernidade tardia, como é o caso do Brasil, muitos dos direitos e garantias constitucionais não têm sido efetivados na prática, restando premente a intervenção do poder judiciário que, por sua vez, acaba por não efetivar outros direitos e garantias, inerentes à proteção individual do investigado ou acusado, justamente por falta de limites impostos à sua atuação no exercício do poder⁶¹. É nesse momento que o processo passa [ou deveria] a figurar como importantíssima ferramenta que compreende esse olhar constitucional como instrumento de efetivação das garantias individuais.

Falar em democracia constitucional é admitir que em hipótese alguma haverá contexto democrático fora da Constituição⁶². Desse modo, não há que se falar em direitos que pertençam à maioria ou minoria, mas, indiscriminadamente, a todos e a qualquer um, os quais compõem, também, o poder do povo e, sob esse aspecto, obviamente, também fazem parte da democracia⁶³, pondo-se em construção conti-

⁵⁹ Sobre isso, ver: STRECK, Lenio Luiz. Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio. Dilemas da crise do direito. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 49 n. 194, abr./jun. 2012.

⁶⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: RT, 2002. p. 894.

⁶¹ *Ibidem*, *idem*.

⁶² ADEODATO, João Maurício. Jurisdição constitucional à brasileira – situações e limites. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v.1. n.2, 2004. p. 176.

⁶³ NETO, Alfredo Copetti. *A Democracia Constitucional sob o olhar do garantismo jurídico*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 51-52.

nuada pela comunidade jurídica, tendo como premissa os direitos fundamentais conquistados e descritos, uma vez que não é um projeto congenitamente acabado, mas uma proposição suscetível de revisibilidade constante⁶⁴, para ampliação e efetivação desses direitos, o que propicia um caráter modificador e concretizador das garantias fundamentais.

Assim, deve-se entender o processo como uma garantia e, não como um entrave na proteção e (re) afirmação de direitos, logo, esse é o principal motivo que leva a entender que os direitos e garantias constitucionais devem ser os pressupostos de um processo democrático, em que ele passa a ser um meio de fixação político-jurídica das dimensões formais e materiais dos direitos humanos fundamentais, nas quais as garantias processuais servem como principal instrumento de contrapoder, com a efetiva proteção daqueles direitos, assim concretizando, reforçando e protegendo a sua aplicabilidade.

Os direitos fundamentais consagrados na Constituição estabelecem situações subjetivas instrumentais, cuja previsão constitucional não teria nenhum significado se as correspondentes garantias (em especial no âmbito processual) não permitissem restaurá-las integralmente, quando violados e, principalmente, mediante limitação do exercício do poder no caso concreto. O próprio conceito de inviolabilidade dos direitos fundamentais se exauriria numa estéril abstração, se a possibilidade de violação não correspondesse à possibilidade de tutela da situação subjetiva violada, em especial, o direito individual de um investigado ou acusado⁶⁵.

Para tanto, o processo precisa harmonizar seus conceitos à realidade constitucional, o que só será possível quando submeter, integralmente, o processo (penal) à Constituição, deixando o processo de ser um mero instrumento para contendas individualizadas e possa vir a se transformar em um efetivo garantidor de direitos⁶⁶. A reflexão acerca do processo e constituição far-se-á através da ideia de que as normas

⁶⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002, p. 31.

⁶⁵ CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Salvador: JUSPODIVM, 2008, p. 661.

⁶⁶ BINDER, Alberto M. *Análisis político criminal: bases metodológicas para una política criminal minimalista y democrática*. Buenos Aires: Astrea, 2011. p. 32.

(ordenamento jurídico) processuais serão consequência de uma dimensão deontológica própria do direito, uma vez que se articula a partir de princípios para consecução das regras (leis).

Dessa forma é necessária uma ruptura com aquela autonomia formal legislativa, principalmente quando contrariam direitos fundamentais e demais compromissos com a sociedade democrática. Os princípios, nesse sentido, são o modo pelo qual toda essa normatividade adquire força normativa para além das suficiências das regras, visto que são os princípios que instituem as bases para a normatividade do direito.

Assim, os estudos constitucionais do processo têm possibilitado descortinar novos horizontes para a ciência processual, propiciando novas implicações sociais e políticas do sistema⁶⁷. Diante da complexidade social, em especial, em países como o Brasil, o retorno de valores ao direito inspira cuidados especiais, fato este que demonstra a importância de compreender o efetivo papel dos princípios, quando da constituição do ordenamento jurídico pátrio, lembrando sempre de ser ele o instituidor da regra, ou seja, nasce antes da regra e não depois, como muitos o compreendem, em especial os adeptos da chamada pamprincipiologia⁶⁸.

Nesse contexto, resta demonstrado o quão relevante é a compreensão dos fundamentos estatais e paradigmáticos de problemas envolvendo a própria concepção do processo e da jurisdição e, em especial, do estado democrático de direito e seus princípios. Quando obedecidos os ditames constitucionais e principiológicos, pelos quais foram constituídos os regramentos inerentes ao processo e à jurisdição, mesmo cientes da complexidade estrutural que lhes é peculiar, mostram-se, eles, como potentes e importantes instrumentos, tanto para a resolução de conflitos, como para a implementação de políticas públicas⁶⁹, pois, ao

⁶⁷ ROSA, Alexandre Morais da. *Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005. p. 3.

⁶⁸ Sobre isso, ver: STRECK, Lenio. Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio Dilemas da crise do direito. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 49 n. 194 abr./jun. 2012.

⁶⁹ DAMASKA, Mirjan R. *Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado*. Análisis comparado del Proceso Legal. Santiago: Editorial Jurídica del Chile, 1986, p. 28.

fazê-lo, estarão garantindo constitucionalmente a sua efetiva concretização de direitos.

Pelo exarado até o momento, demonstra-se que, tanto pela perspectiva das transformações, quanto pelas perspectivas evolutivas emergidas pelo novo paradigma da complexidade, evidencia-se que a ciência processual busca a necessária efetividade normativa, ou seja, uma aplicação dos institutos processuais de acordo com princípios e regras constitucionais, para garantir os reais objetivos: a efetiva concretização dos direitos fundamentais.

Partindo da ideia de garantia do direito de defesa, com base no axioma *nulla probatio sine defensione*, faz-se imprescindível a atuação de uma defesa técnica frente à acusação, que sempre atua de forma, também, técnica, no sentido de restabelecer a igualdade das partes, quanto à capacidade e, para elevar à condição de igualdade inerente à posição de desvantagem, pela inferioridade do imputado/acusado⁷⁰. Nesse sentido, o princípio basilar que fundamenta as regras processuais e, em especial, as inerentes aos atos probatórios é o contraditório.

No período da inquisição, a atuação da defesa foi dizimada a meras formalidades, por ser considerada impeditiva da atuação da justiça, causadora de confusão processual, tanto que foi adjetivada como uma arte baixa de intrigas⁷¹. Os direitos de defesa foram quase inutilizados em toda a fase de instrução, que tornou a ser inquisitória, notadamente, entregue à iniciativa do juiz, escrita, secreta, despida de contraditório e inteiramente controlada pelo órgão acusador, que se confundia com o julgador. A defesa foi excluída, até mesmo da fase do interrogatório, sendo possível a comunicação entre ambos (acusado e defesa), apenas, após o interrogatório e para acompanhar diligências⁷².

Para um controle da observância das garantias processuais é necessário o estabelecimento do contraditório como verdadeiro garantidor das respectivas garantias processuais.⁷³ Para tanto, so-

⁷⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: RT, 2002. p. 490-491.

⁷¹ *Ibidem*, p. 491.

⁷² *Ibidem*, *idem*.

⁷³ *Ibidem*, p. 492.

mente haverá satisfação das respectivas garantias processuais, quando, toda e qualquer produção probatória que tenha por finalidade comprovar uma hipótese acusatória, for desenvolvida e sustentada publicamente⁷⁴, de forma oral⁷⁵ e mediante o rito processual previamente estabelecido.

Tudo que foi exposto e discutido até o momento, somente alcançará relevo conforme a proposta adotada, *garantindo-se uma audiência oral*, decorrente da publicidade e oralidade, como centro do processo. Ou seja, toda e qualquer afirmação acusatória somente será legítima, quando formalizada publicamente, de forma oral, perante o juiz competente, que terá, como principal etapa procedimental, o contraditório como garantidor das garantias, sendo que o exercício do contraditório não pode reduzir-se à possibilidade de falar apenas sobre o que se põe ao processo, deve ir além, implicando no poder e na capacidade de influenciar a decisão judicial e, para que esse direito seja efetivo, faz-se necessário o acesso à informação e força no confronto, pela disposição em paridade de armas⁷⁶.

Concretamente, é preciso que o direito ao contraditório abranja: (1) a oportunidade de postular a prova em igualdade de condições; (2) a possibilidade de se pronunciar sobre a admissão das provas requeridas, antes da decisão sobre os pedidos; (3) a participação e assistência na produção da prova, incluindo, a presença pessoal e defesa técnica em todos os atos; (4) a possibilidade de aportar considerações sobre a validade do elemento probatório gerado pela produção, bem como as razões para sua valoração, antes que se convertam em resultados probatórios⁷⁷.

⁷⁴ Ibidem, idem.

⁷⁵ Sobre isso: GONZÁLEZ POSTIGO, Leonel. La oralidad en la etapa recursiva del proceso penal chileno. Las audiencias ante la Corte de Apelaciones de Santiago. *Revista Derecho Penal*, ano III, n. 07, p. 333-374, mai. 2014.

⁷⁶ ROSA, Alexandre Morais da; KHALED JÚNIOR, Salah H. *Neopenalismo e Constrangimentos Democráticos*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 29.

⁷⁷ SANTORO, Antônio Eduardo Ramires; RANGEL, Natália Ribeiro. O Princípio Constitucional do Contraditório na Interceptação das Comunicações Telefônicas. In: MENDES, Soraia da Rosa; LONGO, Ana Carolina F. (orgs.). *Segurança Pública*. Brasília: IDP, 2015. p. 7-34.

3. O CONTRADITÓRIO [DESDE QUE PÚBLICO E ORAL] COMO SIGNIFICANTE ESTRUTURANTE DE UM NOVO MODELO DE SISTEMA PROCESSUAL PENAL.

O princípio do contraditório não pode permanecer no discurso abstrato, distanciando-se sua aplicação, em razão das funcionalidades punitivistas do sistema, provocando sua reinterpretação, a *contrário sensu*, para manutenção das estruturas de viabilização do exercício arbitrário do poder estatal de punir. Em outras palavras, não se pode adaptar o princípio do contraditório à regulamentação legal do exercício do poder desmedido, para satisfação de um conjunto de expectativas criado ou manipulado que busca uma resposta punitiva.

Neste sentido, têm-se três premissas, onde as duas primeiras garantem a efetivação da terceira: a da informação [publicidade], na medida em que aos atores do jogo processual penal seja possibilitado exercer, de maneira consciente, suas posições, tendo-se ciência daquilo que se encontra na dinâmica dos acontecimentos e, ainda, e, não menos importante, a da plena condição de conhecimento (oralidade), para que não seja postergado ou burocratizado o ato de reação com possibilidade de refutação do que foi dito (contraditório)⁷⁸. Este último revela a efetiva possibilidade de enfrentar o conjunto carreado no feito, de modo a não manifestar apenas uma atitude meramente contemplativa e pacífica dos acontecimentos, e, sim, possibilitar um atuar efetivo, em condições de influenciar diretamente na decisão a ser tomada pelo Estado-juiz. É imperiosa a compreensão de que a participação superficial das partes no processo, por si só, não concretiza o contraditório, pelo contrário, manipula uma percepção de contraditório falaciosa⁷⁹.

A exteriorização do princípio do contraditório, na proposta de Fazzalari⁸⁰, se dá em dois momentos. Primeiro com a *informazione*, consistente no dever de informação para que possam ser exercidas as

⁷⁸ ROSA, Alexandre Morais da; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. *Para um processo penal democrático: crítica à metástase do sistema de controle social*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008, p. 76-77.

⁷⁹ Sobre isso, ver: BUONICORE, Bruno Tadeu; FELIZ, Yuri. Contraditório e Velocidade. Desafios do processo Penal Democrático na Sociedade Complexa. *Revista dos Tribunais*, vol. 945, p. 261-274, jul. 2014.

⁸⁰ Sobre isso: FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. Padova: Cedam, 1992.

posições jurídicas, em face das normas processuais e, em um segundo momento, com a *reazione*, manifestada pela possibilidade de movimento processual, sem que este se constitua, todavia, uma obrigação⁸¹, por isso o dever/ser do contraditório vai além das aparências, da formalidade (condições ideais de fala e oitiva de ambas as partes), para se consubstanciar em poder de informação, força de confronto e paridade de armas.

Assim sendo, a lógica adotada é de que o poder nasce da informação (na dita busca pela verdade), porém, ainda que exista igual acesso às informações (respeitando o primeiro momento descrito por Fazzalari), não haverá contraditório sem a manifesta possibilidade de reação imediata do indivíduo (violando o segundo momento), prejudicando esse poder de resistência à pretensão acusatória, pela quebra na paridade de armas e pela ausência de oportunidade de resposta, na mesma intensidade e extensão. Em outras palavras, o contraditório exigiria a garantia de participação em simétrica paridade, onde todos esses fatores que compõem a substância do contraditório devem ser respeitados para sua efetivação⁸².

Para se falar sobre o contraditório deve-se partir da ideia de que se trata de uma garantia política, que deve habitar o cerne do processo penal, ao lado da ampla defesa⁸³, sendo certo que sua ausência ou qualquer restrição de seu pleno exercício descaracteriza e macula, de maneira irreversível, a essência do sistema processual constitucional democrático⁸⁴. Deste modo, um processo em que se amesquinha a possibilidade de informação ou reação, se vê gravemente ferido em sua própria existência, não podendo, em hipótese alguma, ser considerado como democrático⁸⁵.

⁸¹ ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão Penal*. A bricolage de significantes. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006. p. 264.

⁸² SANTORO, Antônio Eduardo Ramires; RANGEL, Natália Ribeiro. O Princípio Constitucional do Contraditório na Interceptação das Comunicações Telefônicas. In: MENDES, Soraia da Rosa; LONGO, Ana Carolina F. (orgs.). *Segurança Pública*. Brasília: IDP, 2015. p. 16

⁸³ BINDER, Alberto M. *Análisis político criminal*: bases metodológicas para una política criminal minimalista y democrática. Buenos Aires: Astrea, 2011. p. 34.

⁸⁴ ROSA, Alexandre Morais da; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. *Para um processo penal democrático*: crítica à metástase do sistema de controle social. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008. p. 90.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 92.

A necessidade de compreensão do contraditório, como garantia política, transcende a esfera processual para ser elevado ao nível máximo de respeito e observação de suas premissas e contornos, visto que basta se observar que todos os objetivos e teorias inerentes à pena foram e ainda estão sendo transportados para o uso das prisões cautelares, logo, os anseios criados no uso das respectivas prisões são os mesmos depositados no resultado final do processo⁸⁶. Ou seja, cria-se uma ânsia de punição rápida, no curso de uma investigação ou processo, sob alegação de demora no trâmite processual e necessidade de uma resposta desmedida, que satisfaça as pretensões/ambições dos governados, predominantemente formados por minoria, não desviante, garantindo uma *pseudo* segurança social⁸⁷. Daí importância vital do reconhecimento e respeito ao contraditório.

O pressuposto da pena deve ser a comissão de um fato univocamente descrito e indicado como delito e, não apenas pela lei, mas, também, pela hipótese de acusação, de modo que resulte suscetível de prova e de confrontação judicial. Essa que é a decorrência lógica de uma alegação feita e, imediatamente, contraposta pela parte acusada. A necessidade de sujeição das hipóteses acusatórias à verificação e possibilidade de refutação, permite que o juiz, no exercício do poder jurisdicional, possa basear sua decisão no controle empírico, evitando assim a aceitação de uma verdade ou argumento evidente por si, dispensando provas para ser compreendido e aceito⁸⁸.

Mesmo identificando uma heterogeneidade de pressupostos filosóficos, geradores de inúmeros princípios que compõem o modelo penal e processual, que, de forma epistemológica, servem de instrumentos de contenção do exercício arbitrário do poder, os quais, uma vez desrespeitados, levam à ilegitimidade do ato jurisdicional praticado. Tendo como objeto de análise, o princípio do contraditório, da defesa, da falseabilidade ou, como define Ferrajoli, *nulla probatio sine defensione*⁸⁹.

⁸⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: RT, 2002. p. 444.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 210-211.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 32.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 75

Deixando de lado o pessimismo pela ideia de impossibilidade satisfativa plena de seus postulados, seja no âmbito da prova e da defesa, verificação e refutação, entre abstrato [lei] e concreto [hipótese acusatória], para se buscar o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do ato jurisdicional e, conseqüente limitação ao exercício do poder arbitrário em respeito à tutela individual.

De nada adiantará uma Constituição e legislação penal que tenham como finalidade a garantia dos direitos individuais, se não estiverem acompanhadas de um conjunto de garantias processuais, as quais possam expressar recíproca efetividade desses direitos, seja assegurando-lhes seu respeito ou considerando ilegais os atos que os violem. A presunção de inocência, como forma de tratamento a ser destinada para todos investigados e acusados, traz consigo, não só uma forma de tratamento, como também a definição do ônus da prova a cargo da acusação. O direito de defesa que será aplicado em sua plenitude, através do princípio do contraditório.

No entanto, toda essa compreensão de democracia constitucional e o protagonismo dos princípios constitucionais, deve estar acompanhada de uma efetiva regulamentação da forma como o exercício do poder jurisdicional será exercido. Logo, falar de procedimento e processo na perspectiva trabalhada por Elio Fazzalari⁹⁰ e Aroldo Plínio Gonçalves⁹¹, é buscar alternativas para a efetivação dos direitos e garantias a serem protegidos e implementados, evitando-se, assim, o arvoreamento inquisitivo, que assombra a legislação infraconstitucional.

Ao tomar a noção de procedimento como gênero, que abarca toda estrutura procedimental, visto como um conjunto de atos e posições subjetivas dirigidas a um provimento final⁹², e o processo como um procedimento que se realiza pelo contraditório, este entendido como garantia de construção participada da decisão, contribui-se significati-

⁹⁰ Sobre isso, ver: FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. Padova: Cedam, 1992.

⁹¹ Sobre isso, ver: GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

⁹² FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. Padova: Cedam, 1992. p. 861

vamente para a efetivação da garantia procedimental e sua essência⁹³, na busca pela concretização do princípio do contraditório, deslocando-o para o eixo que fundamenta todo o sistema processual.

Nesse sentido, é permitido afirmar que, embora prevaleça a decisão do julgador, os destinatários da decisão proferida (acusação e defesa) devem participar de sua construção, com paridade de armas e sob o crivo do contraditório, que será efetivado, desde que mediante ato público e oral⁹⁴. Esse contexto permite viabilizar um verdadeiro jogo democrático, em cujo bojo a forma procedimental adotada permite a provocação, viabilização e interferência direta na decisão judicial pela parte almejada.

Com efeito, compreender o contraditório, não mais como um mero garantidor da simétrica paridade de armas entre os sujeitos interessados, mas, também, como verdadeira garantia de influência na decisão a ser tomada como resultado do processo, é um dos pilares estruturantes do princípio do contraditório.

A afirmação de que a respectiva audiência deve ser um procedimento, que necessita ser realizado em contraditório, amparado numa estrutura constitucionalizada do processo, é legitimada, ainda, pela máxima efetivação dos direitos e garantias individuais, a serem protegidos pelo próprio Estado, quando no exercício do seu poder. O discurso de legitimação democrática do Direito exige a institucionalização de um processo político de cidadãos para que se reconheçam mutuamente como titulares de direitos humanos fundamentais⁹⁵. Um processo efetivamente democrático.

⁹³ BARROS, Flaviane de Magalhães. O modelo constitucional de processo e o processo penal: a necessidade de uma interpretação das reformas do processo penal a partir da Constituição. In: AMORIM MACHADO, Felipe Daniel; CATTONI OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coords.). *Constituição e Processo: A contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 333.

⁹⁴ “[...] fenômeno da participação dos interessados no iter de formação dos provimentos (entendendo-se como tais, aqueles em cuja esfera o ato é destinado a incidir) – mais precisamente, o fenômeno da participação dos interessados na fase de reconhecimento dos pressupostos do provimento” (FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. Padova: Cedam, 1992. p. 861) (tradução livre).

⁹⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneicheler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1998. p. 113-160.

Essa legitimação invocada para a proceduralização, em contraditório [exemplo, na audiência de custódia], parte da ideia de racionalidade teórica, na qual, ao contrário de outras teorias, Habermas fornece, em face do paradigma do Estado Democrático do Direito, apoio técnico, imprescindível ao ingresso e problematização de importantes aspectos do direito processual constitucionalizado⁹⁶. Isso porque a teoria proceduralista da democracia, proposta pelo autor passa por uma [re] leitura de importantes aspectos de legitimidade do direito não tangidas pelas demais abordagens⁹⁷. Percebe-se que toda sentença é constitutiva de efeitos processuais e não de direito material.

Mas por que um procedimento em contraditório? A concepção de que o processo seria uma espécie de procedimento, caracterizado pela presença do contraditório, não nega ser um conjunto de atos, até porque, se contém procedimento, é mesmo inafastável. Ocorre que esse processo, como um procedimento desenvolvido com participação dos interessados, destina-se a um fim específico, qual seja a prolação de uma decisão pelo juiz, no entanto, imperioso que essa decisão, para ser legítima, deva ser resultado da atuação das partes de forma dialética na ordem estabelecida pela lei.

Essa imagem de um novo conceito de procedimento e de processo tornou possível a compreensão de que, entre procedimento e processo não há distinção, e sim, uma relação de inclusão, uma vez que o processo é uma espécie do procedimento e dele se distingue por uma propriedade particular que é o contraditório. O procedimento torna-se parte essencial do processo⁹⁸. Este traço distintivo entre os dois não se limita a pensar num conceito amplo de um e outro, entendendo ser o processo uma espécie do procedimento, desenvolvido com a participação dialética das partes destinatárias da decisão final, ou seja, o processo

⁹⁶ HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa I: racionalidad de la acción y racionalización social*. Trad. Manuel J. Redondo. Madrid: Taurus, 1987. p. 15-26.

⁹⁷ LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 153.

⁹⁸ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992. p. 68.

se caracteriza por uma característica reitora do procedimento, caso contrário, haverá procedimento sem processo.

Portanto, o procedimento distingue-se do processo pela ausência da qualidade indissociável daquele, que é o contraditório, devendo merecer estudo especial para defini-lo, não mais como a ritualística manifestação perceptível do processo, mas como uma estrutura técnica de atos jurídicos praticados por sujeitos de direito, que se configuram pela sequência obediente à conexão de normas procedimentais preexistentes. É a estrutura extraída do texto normativo, que a ela é preexistente e que lhe confere legitimidade, validade e eficácia, pelo princípio da reserva legal. Por óbvio, o procedimento não se concretiza pela lógica diretiva da atividade jurisdicional do juiz, mas pelas condicionantes lógicas dos princípios e institutos do processo constitucional democrático, nas quais as partes integrantes do processo influenciam diretamente na decisão final, a ser tomada pelo juiz no exercício do poder jurisdicional⁹⁹.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Importante compreender que o procedimento, em abstrato, como sequência de atos, tem compromisso com os fins da jurisdição e com os direitos dos cidadãos, ou seja, o processo e o procedimento não só servem ao exercício da jurisdição pelo Estado, de modo a proteger os direitos fundamentais do indivíduo, mas, também, são legítimos porque permitem o exercício do poder jurisdicional de maneira democrática, assegurando o contraditório e respeitando os preceitos democráticos insculpidos na Constituição de 1988.

Tendo em vista o sentido político, o juízo oral adquire um protagonismo de centralidade do processo, por conta de que, a todo momento, o investigado ou o acusado terá o direito de influenciar diretamente na decisão a ser tomada pelo juiz, principalmente nos casos em que a respectiva decisão puder afetar diretamente a liberdade do indivíduo. A implementação do contraditório oral, mediante uma atuação dialética

⁹⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 94.

entre defesa técnica e acusação, para pedido de imposição de prisão preventiva ou mesmo de medidas diversas, seja na fase pré-processual ou durante a instrução, protege não só os direitos individualizados, como garantem uma influência e controle direto na decisão a ser proferida, fortalecendo toda a estrutura jurisdicional no exercício do poder.

Maior dificuldade encontra-se na contracultura jurídica que se vive, pois existe um apego ao formalismo escrito, que acaba por constituir um verdadeiro obstáculo na implementação de mudanças. Óbvio que a história acaba por modelar todos os processos e, também, o próprio desenvolvimento dos sistemas judiciais, no entanto, conforme aqui trabalhado, deve-se prezar pela observação de todos os direitos e garantias previstos na constituição, mesmo que em detrimento de tradições práticas as quais tentam impedir a evolução jurídica.

O contraditório compreende a própria definição de processo e significa o espaço argumentativo em que às partes, em igualdade de condições, perante um procedimento público e oral, será garantida a participação na construção da decisão, onde o juiz, no exercício do poder jurisdicional, deverá, necessariamente, construir a respectiva decisão com base em uma fundamentação que utilize os argumentos das respectivas partes [autor e réu], participantes do debate, através de ampla argumentação como garantia necessária para a efetiva construção de argumentos.

Na busca por conferir concretude ao entendimento de que o contraditório, por ser uma garantia política, tratado como uma das características do sistema democrático para conferir exercício pleno de seus objetivos políticos e processuais, pode-se desmembrar em quatro momentos processuais que devem ser respeitados em nome da efetivação desse princípio, quais sejam: (1) oportunidade de postular a prova em igualdade de oportunidades e condições do órgão acusador quanto à hipótese acusatória levantada; (2) possibilidade de impugnar a decisão, que admite a prova produzida pela parte contrária; (3) participação e assistência na produção da prova; e (4) o controle da racionalidade da decisão do julgador pela impugnação dos fundamentos apresentados, através da via recursal própria.

Se, porventura, advir uma decisão fundamentada em argumentos não-jurídicos ou em argumentos não utilizados pelas partes, ocorre

a violação do princípio do contraditório, núcleo estruturante e reitor do processo penal, visto que as partes não participaram da construção da respectiva decisão proferida.

Logo, somente diante de um procedimento público e oral [princípios que constituem uma base principiológica uníssona e indissociável], será possível impor limites e controle ao exercício do poder jurisdicional, para então, se for o caso, impugnar uma decisão que tenha desrespeitado o princípio do contraditório. Se esses princípios [garantias do processo] foram respeitados, a decisão é aceitável por ser racional e legítima. Essa conexão demonstra que se houver supressão do contraditório, haverá a violação dos demais princípios, pois a decisão foi construída somente pelo juiz, fundamentada por argumentos desse único intérprete (solipsismo judicial).

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. *Jurisdição constitucional à brasileira – situações e limites*. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. V.1. n. 2. Porto Alegre, 2004.

AROCA, Juan Montero. *El derecho procesal en el Siglo XX*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica ao Direito Penal*. Introdução à sociologia do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BARROS, Flaviane de Magalhães. O modelo constitucional de processo e o processo penal: a necessidade de uma interpretação das reformas do processo penal a partir da Constituição. In: AMORIM MACHADO, Felipe Daniel; CATTONI OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coords.). *Constituição e Processo: A contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BUONICORE, Bruno Tadeu; FELIZ, Yuri. Contraditório e Velocidade. Desafios do processo Penal Democrático na Sociedade Complexa. *Revista dos Tribunais*. vol. 945, p. 261-274, jul. 2014.

BINDER, Alberto M. *Introdução ao direito processual penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris: 2003.

BINDER, Alberto M. *Análisis político criminal: bases metodológicas para una política criminal minimalista y democrática*. Buenos Aires: Astrea, 2011.

DAMASKA, Mirjan R. *Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado*. Análisis comparado del Proceso Legal. Santiago: Editorial Jurídica del Chile, 1986.

CASARA, Rubens. R. R. Interpretação Retrospectiva, Constituição e Processo Penal. *Revista da EMERJ*, v. 6, n. 22, 2003.

CATTONI DE OLIVEIRA, M. A. Comentário ao Art. 1.º, parágrafo único. In: CANOTILHO, J. J. G.; MENDES, G. F.; SARLET, I. W.; STRECK, L. L. (coord.) *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CUNHA JR., Dirley da Cunha. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Salvador: JUSPODIVM, 2016.

DAMASKA, Mirjan R. *Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado*. Análisis comparado del Proceso Legal. Santiago: Editorial Jurídica del Chile, 1986.

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. Padova: Cedam, 1992.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: RT, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris*. Teoria del diritto e della democrazia. 2. Teoria della democrazia. Roma-Bari: Laterza, 2007.

FERRI, Enrico. *Princípios do Direito Criminal: o criminoso e o crime*. 2. ed. Tradução: Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998.

FREUD, Sigmund. *Totem e Tabu*. Algumas correspondências entre a vida psíquica dos selvagens e a dos neuróticos. Tradução do alemão de Renato Zwick. Porto Alegre: L&PM POCKET, 2013.

GAROFALO, Raffaele, CARELLI, L. *Riforma Della Procedura Penale In Italia*. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1889.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GONZÁLEZ POSTIGO, Leonel. La oralidad en la etapa recursiva del proceso penal chileno. Las audiencias ante la Corte de Apelaciones de Santiago. *Revista Derecho Penal*, ano III, n. 07, p. 333-374, mai. 2014.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneicheler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1998.

HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa I: racionalidad de la acción y racionalización social*. Trad. Manuel J. Redondo. Madrid: Taurus, 1987.

LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LEAL, André Cordeiro. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Editora Landy, 2002.

LÉVI-STRAUSS, Claude. *Antropologia Estrutural Dois*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1993.

LOPES Jr., Aury. *O Novo Regime Jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MARTINS, Rui Cunha. *O Ponto Cego do Direito*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. As reformas parciais do CPP e a Gestão da Prova: Segue o Princípio Inquisitivo. *Boletim do IBCCRIM*, ano 16, nº 188, p. 11-13.

NETO, Alfredo Copetti. *A Democracia Constitucional sob o olhar do garantismo jurídico*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, a. 30, n. 30, 1998.

NICOLITT, André Luiz. *Lei 12.403/2011: o novo processo penal cautelar, a prisão e as demais medidas cautelares*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2016.

NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório. *Boletim Técnico da Escola Superior de Advocacia da OAB/MG*, Belo Horizonte, v.1, p. 39-55. jan./jun. 2004.

PRADO, Geraldo. *Prova Penal e sistemas de controles epistêmicos*. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

PRADO, Geraldo; CASTANHO DE CARVALHO, L. G Grandinetti; MARTINS, Rui Cunha. *Decisão Judicial. A cultura jurídica brasileira na transição para a democracia*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

PILATTI, Adriano. *A Constituinte de 1987-1988*. Progressistas, Conservadores, Ordem Econômica e Regras do Jogo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão Penal*. A bricolage de significantes. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

ROSA, Alexandre Morais da. *Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

ROSA, Alexandre Morais da; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. *Para um processo penal democrático: crítica à metástase do sistema de controle social*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

ROSA, Alexandre Morais da; KHALED JÚNIOR, Salah H. *Neopenalismo e Constrangimentos Democráticos*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

ROXIN, Claus. *Pasado, Presente y Futuro del Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Culzoni Editores, 2004.

SABADELL, Ana Lucia. *Manual de sociologia jurídica: introdução a uma leitura externa do Direito*. São Paulo: RT, 2003.

SANTORO, Antônio Eduardo Ramires; RANGEL, Natália Ribeiro. O Princípio Constitucional do Contraditório na Intercepção das Comunicações Telefônicas. In: MENDES, Soraia da Rosa; LONGO, Ana Carolina F. (orgs.). *Segurança Pública*. Brasília: IDP, 2015.

SANTOS, Bartira Macedo de Miranda. Lombroso no Direito Penal: o destino d'O Homem Delinquente e os perigos de uma ciência sem consciência. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ea6b2efbdd4255a9>>. Acesso em: 01 mar. 2017.

STRECK. Lenio. Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio. Dilemas da crise do direito. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 49 n. 194 abr./jun. 2012.

UNODC/CEJA (2013). La reforma procesal penal en Latinoamérica. In: Evaluación de la implementación del sistema penal acusatório en Panamá, p. 07-12. Disponível em: <<http://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/5493>>. Acesso em: 07 dez. 2016.

Informações adicionais e declarações dos autores (integridade científica)

Declaração de conflito de interesses (conflict of interest declaration): o autor confirma que não há conflitos de interesse na realização das pesquisas expostas e na redação deste artigo.

Declaração de coautoria e especificação das contribuições (declaration of authorship): todas e somente as pessoas que atendem os requisitos de autoria deste artigo estão listadas como autores.

Declaração de ineditismo e originalidade (declaration of originality): o autor assegura que o texto aqui publicado não foi divulgado anteriormente em outro meio e que futura republicação somente se realizará com a indicação expressa da referência desta publicação original; também se atesta que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

Dados do processo editorial

(<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies>)

- Recebido em: 24/06/2017
- Controle preliminar e verificação de plágio: 27/06/2017
- Avaliação 1: 11/07/2017
- Avaliação 2: 11/07/2017
- Avaliação 3: 18/07/2017
- Decisão editorial preliminar: 25/07/2017
- Retorno rodada de correções 1: 08/08/2017
- Decisão editorial preliminar 2: 15/08/2017
- Retorno rodada de correções 2: 31/08/2017
- Decisão editorial preliminar 3: 01/09/2017
- Retorno rodada de correções 3: 03/09/2017
- Decisão editorial final: 03/09/2017

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editora-associada: 1 (FMB)
- Editor-assistente: 1 (CRG)
- Revisores: 3

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

MINAGÉ, Thiago M. A. Contraditório público e oral como garantidor de um processo penal democrático constitucional. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 3, p. 929-964, set./dez. 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i3.85>



Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.

Fundamentos de
Direito Processual Penal

Processo penale e prescrizione nel quadro della giurisprudenza europea. Dialogo tra sistemi o conflitto identitario?

Criminal process and limitation period's provisions in the EU jurisprudence framework. Dialogue between systems or identity conflict?

Michele Caianiello

Ordinario di Procedura penale
Alma Mater Studiorum - Università di Bologna/Itália
michele.caianiello@unibo.it
 orcid.org/0000-0002-0735-0471

ABSTRACT: Precarietà e incertezza sembrano affliggere, nei tempi recenti, la prescrizione del reato, quando la si osservi da una prospettiva sovranazionale o comparata. Sullo sfondo, si pone il problema della tenuta del nostro sistema nel suo complesso, e persino della sua identità, come l'abbiamo concepita e tramandata di generazione in generazione. Con l'ordinanza n. 24 del 2017, la Corte costituzionale, sollevando una nuova questione pregiudiziale, mostra l'intento di non consumare una rottura del dialogo con l'ordinamento UE, limitandosi a paventare il rischio di ricorrere ai controlimiti, senza effettivamente porli in essere. Tuttavia, il provvedimento appare criticabile per alcuni argomenti utilizzati, e per la posizione assunta, che sembra lasciare poco spazio per specificazioni e aggiustamenti alla Corte di giustizia. La decisione, infatti, pur mostrando formalmente apertura a un confronto con la Corte di giustizia, tende a proporre in realtà una divisione tra mondi opposti e inconciliabili: di qua il diritto italiano, con la sua tradizione irrinunciabile; di là quello europeo, al quale formalmente si mostra deferenza (purché non si ingerisca in questioni vitali). Sembra il piano per una sorta di convivenza da separati, che certo ha il pregio di guadagnare tempo. Tuttavia, non si intravede, nel ragionamento condotto, alcuna strada per raggiungere, o almeno per intraprendere il cammino verso una integrazione reale degli ordinamenti: è questo,

in realtà, il nodo che, se non affrontato adesso, tenderà a riproporsi in successive occasioni.

PAROLE CHIAVE: Diritto penale europeo; Legalità; Prescrizione; Processo penale.

ABSTRACT: *The interaction between European sources and national provisions have increased the level of uncertainty with regard to the nature of time limitation in criminal law in the Italian system. With decision no. 24/2017 the Italian Constitutional Court showed the intent to start a dialogue with the European Court of Justice, after the well-known 2015 Taricco decision. However, in referring the case to the ECJ for a preliminary ruling, Italian Court threatened to make use of the "counterlimits" doctrine. It emerged therefore how difficult the cohabitation is between EU law and Italian criminal law. With decision no. 24/2017 the problems raised by Taricco saga were just postponed, though they are far from being resolved. It seems difficult at the current time to understand how certain sensitive features of the Italian criminal justice system, representative of its identity, such as the time limitation provisions, could be harmonised with the supranational set of rules coming from the EU law.*

KEY WORDS: *European Criminal Law; Legality Principle; Limitation Period; Criminal Process.*

SOMMARIO: 1. L'incertezza sulle radici. – 2. Pronuncia sulla prescrizione quale decisione sul merito nelle disposizioni del codice di procedura penale. – 3. Prescrizione e governo dei tempi processuali. – 4. Le critiche provenienti alla normativa italiana sulla prescrizione dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. – 5. L'attacco alla prescrizione operato dalla Corte di giustizia nel Caso *Taricco*. – 6. Le critiche rivolte alla sentenza *Taricco* e le eccezioni di illegittimità costituzionale. – 7. Tentativi di armonizzazione per via ermeneutica. – 8. La nuova questione pregiudiziale sollevata dalla Corte costituzionale con l'ordinanza n. 24 del 2017. – 9. Un *ultimatum* azzardato? – 10. Aggrappati all'identità nazionale. Bibliografia.

1. L'INCERTEZZA SULLE RADICI.

Precarietà e incertezza sembrano affliggere, nei tempi recenti, la prescrizione del reato, in specie se la si osservi da una prospettiva

sovrarazionale o comparata¹: quelli che, sino a qualche anno fa, sarebbero stati considerati punti stabili, paiono oggi in forte discussione. L'incertezza colpisce innanzi tutto la natura dell'istituto, che fonti di diversa provenienza e livello collocano ora nell'ambito del diritto penale sostanziale, ora in quello processuale. Gli stessi studiosi, in alcuni lavori, tendono a ripensarne la costruzione dogmatica, arrivando a proporre una divisione teorica della materia².

¹ Sul tema, per una analisi comparata, vale la pena segnalare lo studio di S. Silvani, *Il giudizio del tempo. Uno studio della prescrizione del reato*, Bologna, 2009.

² Tra i contributi più recenti in tal senso, con riferimento al sistema italiano, P. Faraguna, P. Perini, *L'insostenibile imprescrittibilità del reato. La Corte d'appello di Milano mette la giurisprudenza "Taricco" alla prova dei controllimiti*, in *Dir. pen. cont.- Riv. Trim.*, 1/2016, p. 204 s.; M. Vogliotti, *Il giudice al tempo dello scontro di paradigmi*, in *Dir. pen. cont.*, 2 novembre 2016, p. 17-18. Ben prima, in generale, sulla natura processuale della prescrizione, cfr. G. P. Fletcher, *Basic Concepts of Criminal Law*, New York, 1998, p.12-13, il quale osserva: «Is it coherent and plausible to interpret the concept of guilt to include a time period? The conventional answer requires us to decide whether the statute of limitations is substantive or procedural. How do we decide that question? The general prohibition against retroactive criminal legislation (*ex post facto* laws) provides some guidance to answering the question. The principle behind this prohibition is that individuals have a right to know what the "law" is at the time that they supposedly violate it. The principle is expressed as well in the Latin maxim: *nullum crimen, nulla poena sine lege* [...]. We should remind ourselves that the topic is the permissibility of retroactive legislation. *Ex post facto* laws are not permissible if they infringe on what individuals have a right to know when they act. They have a right to know, the principle holds, those matters and only those matters that bear on the morality of their actions.[...]. What do we think of the person who reflects upon the possibility of killing in the following way: "If I commit this crime now, I am subject to prosecution, at most, for the next twenty years. This is a risk worth running." Deciding to kill on the basis of this consideration would hardly be morally superior to killing on the assumption that evidence of prior spousal abuse would not be admissible at trial. Engaging in highly immoral acts in the calculated hope of getting away with them is hardly worth the protection of the law».

Sulla natura anfibia della prescrizione, da una prospettiva differente, cfr. D. Negri, *Il dito della irretroattività sfavorevole e la luna della garanzia giurisdizionale: la posta in gioco dopo la sentenza Corte di giustizia UE, Taricco*, in C. Paonessa, L. Zilletti (a cura di), *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie. I nuovi scenari della soggezione al diritto dell'Unione europea: a proposito della sentenza della Corte di giustizia Taricco*, Pisa, 2016, p. 69 s. (in particolare p. 70, che ricollega l'istituto della prescrizione anche al diritto di difesa e dunque all'art. 24 comma 2 Cost.).

La mancanza di riferimenti saldi permea anche le fonti, e dunque aggredisce le fondamenta del principio di legalità, considerato come, è ben noto, recenti decisioni delle Corti di vertice, europee e italiane, abbiano aperto il varco a una manipolabilità dell'istituto per via casistica³.

Sullo sfondo, si pone il tema, riconosciuto del resto dalla stessa Corte costituzionale con la recente ordinanza n. 24 del 2017, della tenuta del nostro sistema: forse, per meglio dire, della sua identità, come l'abbiamo concepita e tramandata di generazione in generazione. Non v'è dubbio che, sul nodo della prescrizione⁴, sia finito per incentrarsi il problema, a lungo andare ben più complesso, del rapporto tra diritto italiano e europeo: quest'ultimo, una sorta di *common law sui generis*⁵, mette in tensione, sino a condurli al punto di rottura, alcuni capisaldi ideologici e teorici del nostro ordinamento. Da qui, oltre che la difficoltà di risolvere le singole questioni tecniche, il dilemma più ampio e più drammatico: resistere, facendo uso, finalmente, di quella teoria dei controlimiti più volte evocata dalla nostra Corte costituzionale, ma mai applicata in ambito penale? Oppure cedere alle pressioni provenienti dall'esterno, rischiando in questa maniera di aprire la porta a un mutamento irreversibile?

In epoca più risalente, si era pronunciato a favore della natura processuale della decisione sul reato estinto G. De Luca, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, Milano, 1963, p. 162, secondo il quale la sentenza dichiarativa dell'estinzione del reato avrebbe avuto come oggetto il dovere del giudice di astenersi dal decidere nel merito.

³ Il caso *Taricco*, sul quale si tornerà diffusamente, è certamente il più noto (Corte di Giustizia, Grande Camera, 8 settembre 2015, *Taricco*, n. C-105/14): ad essa sono seguite alcune decisioni della Cassazione che hanno dato corso alla linea interpretativa della Corte di Lussemburgo (v. *infra*, § 5-6). Non devono essere dimenticate, tuttavia, come si vedrà, importanti pronunce in materia da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo (v. *infra*, § 4).

⁴ Così testualmente D. Pulitanò, *Il nodo della prescrizione*, in *Dir. pen. cont.- Riv. Trim.*, 1/2015, p. 20 s.

⁵ A. Klip, *European Criminal Law. An Integrative Approach*, 3rd ed., Antwerp, 2016, p. 10: «This brings us to the characterisation of European criminal law as a kind of *common law*, which is in its development similar to Anglo-Saxon *common law*» (corsivo nel testo). Vicino alle considerazioni riportate anche R. E. Kostoris, *Diritto europeo e giustizia penale*, in R. E. Kostoris (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, 3^a ed. riveduta e ampliata, Milano, 2017, p. 69, che osserva: «Un ruolo centrale e strategico è giocato, infatti, dal formante giurisprudenziale» (corsivo nel testo).

2. PRONUNCIA SULLA PRESCRIZIONE QUALE DECISIONE SUL MERITO NELLE DISPOSIZIONI DEL CODICE DI PROCEDURA PENALE.

Occorre partire, nel rispetto della tradizione, dal diritto positivo. La prescrizione del reato trova una disciplina nel codice di procedura penale improntata, sembrerebbe, a due principi ispiratori. Da un lato, essa è regolata tenendone ferma, in modo non equivoco, la natura sostanziale; dall'altro, emerge con una certa evidenza il suo legame con il problema del governo dei tempi del processo (e quindi, in prospettiva, con il principio della ragionevole durata): in questa seconda accezione affiora anche, in casi limitati (e purché la legge lo consenta), un potere del magistrato giudicante di intervenire per prevenire o togliere efficacia a strategie di parte capaci di allungare la durata del processo⁶.

Esempi del primo insieme appaiono tutte quelle previsioni che collocano tra le pronunce di merito la decisione sul reato estinto (tra le quali, come noto, è inclusa la declaratoria sulla prescrizione): così, l'art. 129 comma 2 c.p.p., nel porre in relazione, da un lato, le formule di assoluzione nel merito e, dall'altro, il proscioglimento per estinzione del reato⁷ conferma l'asserto di partenza della natura sostanziale dell'istituto, recepita dal codice. Se infatti il proscioglimento estintivo si fosse dovuto considerare decisione di rito, al giudice non sarebbe stato consentito porlo a raffronto con le altre formule assolutorie che attengono al merito della causa: conferma ne sia il diverso trattamento riservato al non doversi proseguire perché manchi una condizione di procedibilità, causa di proscioglimento a sé stante in

⁶ In questo secondo ambito sono da annoverare anche quelle previsioni che, più semplicemente, impediscono a una dilazione temporale dovuta all'iniziativa di una parte – in genere l'imputato – di produrre effetti ai fini del maturare dei termini prescrizionali.

⁷ Soluzione che è stata talora criticata in dottrina: cfr. M Nobili, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, Bologna, 1989, p. 254. Critica, seppur con sfumature diverse. L. Scomparin, *Il proscioglimento immediato nel sistema processuale penale*, Torino, 2008, p. 79 (pur osservando che, per accedere a una soluzione in cui il favore per la formula di proscioglimento migliore ineludesse la mancanza di una condizione di procedibilità, occorrerebbe una riforma normativa). V., da ultimo, per una ricostruzione ad ampio raggio della questione, F. Morelli, *Le formule di proscioglimento. Radici storiche e funzioni attuali*, Torino, 2014, p. 323.

relazione alla quale non opera il *favor rei*⁸. Del pari, l'art. 469 c.p.p. conferma la natura di merito della decisione sul reato estinto, ponendola in alternativa all'accertamento dibattimentale e rimettendo alle parti – diversamente dalla questione sulla procedibilità – la possibilità di accettare un proscioglimento predibattimentale. Spunti nello stesso senso si traggono dall'art. 578 c.p.p., il quale consente al giudice, in sede di appello o di cassazione, quando sia stata pronunciata condanna in primo grado, anche generica, alle restituzioni o al risarcimento dei danni cagionati da reato, di decidere sull'impugnazione ai soli effetti delle disposizioni e dei capi della sentenza che concernono gli interessi civili nel dichiarare il reato estinto per amnistia o prescrizione. Una soluzione normativa di questo genere trova una giustificazione sistematica, ancora una volta, ove si riconduca la pronuncia sul reato estinto al merito della causa, e non alla validità delle condizioni del procedere. In questa seconda ipotesi, se cioè il legislatore avesse considerato il venir meno del potere di punire come un presupposto processuale, sarebbe stato ben più coerente fermare lo sviluppo del processo penale per improcedibilità e rimettere le parti private nei termini per riassumere la questione nella sede propria. L'aver mantenuto il potere del giudice penale di decidere sul capo della sentenza ai fini risarcitori o restitutori pare una conferma – in via indiretta – dell'appartenenza della estinzione del reato per prescrizione (oltre che per amnistia) alla categoria delle pronunce di merito.

Non va infine dimenticato che l'elaborazione dottrinarie pluridecennale della materia è del tutto coerente con l'assetto legislativo. Una autorevole ricostruzione del proscioglimento per estinzione del reato riconduce infatti al merito della regiudicanda la relativa pronuncia⁹: come noto, secondo questo inquadramento, il giudice, nel mandar libero dall'accusa l'imputato, osserverebbe che, quand'anche in linea

⁸ Se la disposizione sul proscioglimento immediato sia uno dei passaggi normativi dai quali sia desumibile un principio generale sul *favor rei* è questione trattata nella nota monografia da G. Lozzi, *Favor rei e processo penale*, Milano, 1968, p. 57 s.

⁹ Per tutti, F. Cordero, *La decisione sul reato estinto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1962, p. 678; G. Lozzi, *Favor rei e processo penale*, cit., p. 102.

teorica fosse configurabile un reato, sarebbe comunque venuto meno il potere di punire per decorso del tempo¹⁰.

3. PRESCRIZIONE E GOVERNO DEI TEMPI PROCESSUALI.

Appartengono al secondo insieme, quello concepito per evitare che dilazioni procedurali possano essere sfruttate per trarne profitto ai fini dell'esito del giudizio, disposizioni quali ad esempio l'art. 108 comma 2 c.p.p., che consente una riduzione del termine di rinvio ove ci sia pericolo per la prescrizione del reato. Ancora, può essere incluso nell'insieme di riferimento l'art. 47 comma 4 c.p.p., che sospende il decorso del tempo ai fini prescrizionali fin tanto che penda la questione innescata dalla domanda di rimessione del processo¹¹; infine, deve essere menzionato l'art. 175 comma 8 c.p.p., il quale, regolando la restituzione in termini per appellare riconosciuta a chi non fosse a conoscenza della condanna pronunciata con decreto penale, esclude che il tempo intercorso tra la notificazione del decreto di condanna e la notificazione alla parte dell'avviso di deposito dell'ordinanza che concede la restituzione in termini sia conteggiabile ai fini della prescrizione del reato. Senza dimenticare che, in questa seconda categoria, va annoverato l'art. 159 c.p., il quale dispone la sospensione del decorso del termine utile ai fini della prescrizione, ove il processo si arresti a causa dell'impedimento delle parti e dei difensori o per l'assenza dell'imputato ex art. 420-*quater* c.p.p.

Il quadro di riferimento che se ne trae è che il legislatore, nel confermare la natura sostanziale della prescrizione anche per quel che

¹⁰ Chiaro invece che, dalla fine del dibattimento di primo grado, la formulazione del periodo non sarà più in chiave ipotetica, bensì compiuta sull'accertamento effettuato alla luce della istruzione dibattimentale (e lo stesso vale per i gradi di impugnazione successivi alla sentenza che chiude il giudizio in prima istanza). Cfr. in tal senso F. Morelli, *Le formule di proscioglimento*, cit., p. 335. Nello stesso senso, già, F. Cordero, *Procedura penale*, 9^a ed, 2012, p. 987; O. Dominioni, *Improcedibilità e proscioglimento nel sistema processuale penale*, Milano, 1974, p. 137.

¹¹ Cfr. G. Bellantoni, *sub Art. 47 c.p.p.*, in G. Conso, G. Illuminati, *Commentario breve al codice di procedura penale*, 2^a ed., Padova, 2015, p. 173-176.

ne concerne la disciplina processuale, abbia, da un lato, riconosciuto come le scelte delle parti, e in specie dell'imputato, possano interferire con il maturare di questa causa di estinzione del reato; dall'altro, cercato di adottare accorgimenti normativi per evitare comportamenti ostruzionistici: fermo restando che le reazioni a strategie meramente dilatorie debbono essere previste dalla legge, e non sono rimesse alla scelta *ad hoc* dell'organo giudicante, se non in limitate ipotesi. Ad esempio, l'art. 108 comma 2 c.p.p. consente di ridurre l'ampiezza del termine concesso alla difesa: tuttavia, la riduzione temporale non può mai spingersi al di sotto delle ventiquattr'ore, con ciò evincendosi chiaramente che, anche nelle situazioni più gravi, un rinvio di almeno un giorno sia comunque obbligatorio.

A tal proposito, la stessa nota vicenda risolta dalle Sezioni Unite, nella quale si giustificò il diniego del rinvio con il grave comportamento abusivo tenuto dall'imputato¹², può essere letta come una riaffermazione implicita del principio di legalità. Nella motivazione di quella pronuncia, infatti, i giudici non negano la valenza del principio di legalità, quanto piuttosto individuano un'eccezione nei soli casi di strategie ostruzionistiche talmente anomale da legittimare la deroga adottata in concreto¹³.

Senza entrare nel merito della questione – come noto oggetto di ampia discussione e di non poche critiche¹⁴ – il caso qui rileva quale conferma del vigore, anche in questo secondo ambito individuato (prescrizione e governo dei tempi processuali) della sottoposizione del giudice alla legge, come del resto imposto dall'art. 111 Cost. La previsione, infatti, nel postulare il principio della ragionevole durata del processo, ne limita l'operare alle scelte effettuate attraverso la regolazione legislativa (ciò che parrebbe escludere un potere di decidere in capo al giudice

¹² Il riferimento è a Cass., Sez. Un. 29 settembre 2011, n. 155/12, Rossi, in *Cass. pen.*, 2012, p. 2410, con nota di F. Caprioli, *Abuso del diritto e nullità inoffensive*, *ivi*, p. 2444.

¹³ Sul tema si vedano le interessanti considerazioni di E. Amodio, *L'Abuso delle forme degli atti processuali penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 559 s.

¹⁴ Sul tema si rinvia al dibattito intercorso su Cassazione penale: cfr. G. Illuminati, *Il tema: abuso del processo, legalità processuale e pregiudizio effettivo*, in *Cass. pen.* 2012, p. 3593; E. Amodio, *Il fascino ingannevole del pregiudizio effettivo (a proposito di abuso del processo)*, *ivi*, 2012, p. 3596; T. Padovani,

libero dai vincoli). Non si può negare, tuttavia, che emerga altresì talora la tentazione, nel diritto vivente, di sottrarsi al giogo legislativo, di fronte alle scelte più sfacciatamente distruttive poste in essere dai contendenti.

Tra i primi sintomi di questa tensione possono essere considerate quelle sentenze della Corte costituzionale che, intorno alla metà degli Anni '90, dichiararono l'illegittimità delle disposizioni del codice in materia di rimessione e di ricasazione, quando la questione incidentale fosse stata sollevata dalla parte una seconda volta per i medesimi motivi per i quali era stata proposta e respinta originariamente. In quella occasione, in particolare con la sentenza n. 353 del 1996, la Corte non aveva mancato di mettere in evidenza il rischio di eventuali abusi derivanti da comportamenti dilatori finalizzati «ad allontanare nel tempo la decisione di merito con l'effetto di una probabile prescrizione del reato»¹⁵.

4. LE CRITICHE PROVENIENTI ALLA NORMATIVA ITALIANA SULLA PRESCRIZIONE DALLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO.

Che un assetto quale quello evocato non fosse pienamente soddisfacente è cosa nota da diversi decenni¹⁶: non è un caso che numerose soluzioni giurisprudenziali, come si è detto, abbiano cercato di forzare l'ordine ideato dal legislatore. È sempre in un'ottica del genere, per esempio, che debbono essere interpretate scelte ermeneutiche – per limitarsi alle più emblematiche – come quella della inammissibilità *ex tunc* del ricorso per cassazione affetto da manifesta infondatezza¹⁷:

Abuso del processo, *ivi*, p. 3605; F. Palazzo, *L'abuso del processo e i suoi rimedi tra legalità processuale e legalità sostanziale*, *ivi*, p. 3609.

¹⁵ Sul tema v. le considerazioni di L. Giuliani, *Rimessione del processo e valori costituzionali*, Torino, 2002, p. 267. Si rammenta anche la sentenza n. 10 del 1997, in materia di ricasazione.

¹⁶ G. Giostra, *Il problema della prescrizione penale: aspetti processuali*, in *Giur. it.*, 2005, p. 2221; F. Giunta, *Prescrizione del reato e tempi della giustizia*, in *Aa.Vv.*, *Accertamento del fatto, alternative al processo, alternative nel processo*, Milano, 2005, p. 120 s. Si veda da ultimo l'ampia analisi condotta da C. Marinelli, *Ragionevole durata e prescrizione del processo penale*, Torino, 2016, in particolare p. 429 s.

¹⁷ Il riferimento è alla nota sentenza Cass., Sez. Un., 21 dicembre 2000, n. 32, De Luca, in *Cass. pen.* 2001, 2988, con nota di A. Ciavola, *Le Sezioni Unite*

l'inammissibilità originaria, in quel contesto, consente infatti di considerare l'impugnazione interposta dalla parte come non rilevante ai fini del maturare della prescrizione. O ancora, la già menzionata categoria dell'abuso del processo, in base alla quale giustificare la mancata concessione del termine a difesa richiesto in maniera puramente pretestuosa dall'imputato. A ben vedere, anche la giurisprudenza – che non trova riscontro in sede europea – sulla confisca senza condanna (quando il proscioglimento sia dovuto alla prescrizione del reato) denota una insofferenza per il concreto operare delle regole vigenti in materia, e una preoccupazione di assicurare, anche quando formalmente il tempo avrebbe tolto valore alla pretesa punitiva, una qualche forma di sanzione per il fatto commesso¹⁸.

Tuttavia, il problema della “sostenibilità” della disciplina sulla prescrizione è emerso in tutta la sua evidenza grazie alle pronunce delle Corti europee, che ripetutamente hanno posto in discussione alla radice la compatibilità delle nostre disposizioni normative rispetto agli obblighi assunti in ambito sovranazionale.

Se la più nota è quella del caso *Taricco*, deciso dalla Corte di giustizia UE, non bisogna dimenticare che le prime critiche mosse alla regolamentazione italiana della prescrizione sono provenute dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Il caso più risalente, *Alikaj c. Italia*¹⁹ (n.

superano la tradizionale distinzione tra cause di inammissibilità originarie e sopravvenute e pongono un importante freno alla prassi dei ricorsi manifestamente infondati o pretestuosi. Sul tema cfr. inoltre G. Leo, L'abuso del processo nella giurisprudenza di legittimità, in Diritto penale e processo, 2008, p. 508 e s. V. anche F. Caprioli, D. Vicoli, Procedura penale dell'esecuzione, 2ª ed., Torino, 2011, p. 44-48.

¹⁸ Si intende richiamare qui la sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015. Sul tema cfr. V. Manes, *La “confisca senza condanna” al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza (Nota a Corte costituzionale, sentenza n. 49 del 2015)*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 2204 s.; M. Vogliotti, *Il giudice al tempo dello scontro di paradigmi*, cit., p. 12.

¹⁹ Corte edu, *Alikaj c. Italia*, 15 settembre 2011, n. 47357/08. V. tra i commenti A. Balsamo – L. Trizzino, *La prescrizione del reato nel sistema italiano e le indicazioni della Corte europea: fine di un equivoco?*, in *Cassazione penale*, n. 7/8, 2011, p. 2804 – 2812; A. Miglio, *L'Italia condannata per violazione del diritto alla vita a causa di indagini incomplete su una morte sospetta*, in *Legislazione Penale*, 2011, pp. 433-434; A. Colella, *La Corte “condanna” l'Italia per la violazione sostanziale e procedurale dell'art. 2 CEDU in relazione all'uc-*

47357/08), deciso dalla Seconda Sezione della Corte di Strasburgo nel 2011, vedeva l'Italia condannata per violazione dell'art. 2 CEDU (diritto alla vita). La previsione, come noto, è interpretata dalla Corte, del pari con altre disposizioni quali l'art. 3, come implicante un obbligo di tutela effettiva, cioè a dire un dovere in capo allo Stato contraente di criminalizzare adeguatamente e di punire le lesioni arrecate al diritto fondamentale coinvolto²⁰: la vicenda, nel caso di specie, concerneva l'omicidio di un ragazzo, Julian Alikaj, colpito al cuore da colpi di arma da fuoco sparati da un agente di polizia mentre cercava di fuggire per sottrarsi all'ordine di fermarsi.

Il procedimento che ne era originato, inizialmente per omicidio volontario, si era concluso con il proscioglimento dell'imputato per prescrizione del reato, riqualificato dalla corte d'assise come omicidio colposo. La Corte di Strasburgo, nel ritenere violato l'art. 2 CEDU per non aver apprestato l'ordinamento italiano una effettiva tutela penale²¹,

sione di un diciannovenne albanese ad opera di un agente di polizia, in *Dir. pen. cont.*, 30 marzo 2011.

²⁰ Riportando i passaggi cruciali del ragionamento condotto dalla Corte (parr. 94-95): «Quando vi è stata la morte di una persona in circostanze che possono coinvolgere la responsabilità dello Stato, l'obbligo di proteggere il diritto alla vita gli impone di assicurare, con tutti i mezzi di cui dispone, una reazione adeguata – giudiziaria o altra – affinché il quadro legislativo e amministrativo sopra menzionato sia effettivamente messo in atto e affinché, eventualmente, le violazioni del diritto in gioco siano represses e sanzionate (vedere, *mutatis mutandis*, *Paul e Audrey Edwards c. Regno Unito*, n. 46477/99, § 54, CEDH 2002 II). Le esigenze dell'articolo 2 vanno oltre lo stadio dell'inchiesta ufficiale quando nella circostanza quest'ultima ha comportato l'avvio di azioni penali innanzi ai giudici nazionali: è tutto il procedimento, compresa la fase del giudizio, che deve soddisfare gli imperativi dell'obbligo di proteggere la vita da parte della legge (*Öneryıldız c. Turchia* [GC], no 48939/99, § 95, CEDH 2004 XII). L'articolo 2 non può essere interpretato nel senso che comporti, in quanto tale, un diritto di far perseguire o condannare penalmente terzi, o come un obbligo di risultato che preveda che qualsiasi azione penale debba concludersi con una condanna, addirittura con la pronuncia di una determinata pena. Tuttavia, i giudici nazionali non devono in alcun caso lasciare impunte le offese alla vita. Questo è indispensabile per mantenere la fiducia del pubblico e garantire la sua adesione allo Stato di diritto oltre che per prevenire qualsiasi parvenza di tolleranza di atti illegali, o di collusione nella loro perpetrazione» (corsivo nostro).

²¹ I problemi giuridici sollevati dalla vicenda – occorre mettere in evidenza – non erano limitati al solo tema della prescrizione. La Corte, nel medesimo

osservò (par. 99) che: «quando un'agente dello Stato è accusato di atti contrari agli articoli 2 o 3, la procedura o la condanna *non può essere resa caduca da una prescrizione* e non può essere autorizzata l'applicazione di misure quali l'amnistia o la grazia» (corsivo nostro).

Successivamente, l'Italia venne condannata a causa del suo sistema in materia di prescrizione del reato in relazione al ben più noto caso *Cestaro* nel 2015²², questa volta in rapporto alla violazione dell'art. 3 CEDU. La Corte applicò il medesimo presupposto già espresso in *Alikaj*, secondo il quale la tutela contro la tortura e i trattamenti inumani e degradanti impongono a un ordinamento nazionale di assicurare, *con tutti i mezzi di cui dispone, una reazione adeguata* avverso i fatti che ledano quei diritti fondamentali, tanto sul piano normativo quanto su quello giudiziario²³. Nuovamente la censura tornò a incentrarsi sulle previsioni in materia di prescrizione (par. 208): «*Au demeurant, l'application de la prescription devrait être compatible avec les exigences de la Convention. Il est dès lors difficile d'accepter des délais de prescriptions inflexibles ne souffrant aucune exception* (Mocanu et autres c. Roumanie [GC] n. 10865/09, 45886/07 et 32431/08, § 326 CEDH 2014)».

giudizio, in considerazione del fatto che l'agente di polizia aveva sparato a una persona mentre essa si dava alla fuga, lamentò la «mancanza di regolamentazione dell'uso delle armi – da parte dello Stato convenuto – che pone problemi rispetto all'articolo 2 della Convenzione». Essa inoltre criticò aspramente che «i primi atti dell'inchiesta, ossia l'ispezione tecnica del luogo dell'incidente, la ricerca dei bossoli nonché la verifica ed il sequestro delle armi dei poliziotti, [fossero] stati eseguiti dal corpo della polizia al quale apparteneva (par. 101)».

²² V. Corte EDU, Sez. IV, sent. 7 aprile 2015, *Cestaro c. Italia* (n. 6884/11). Si vedano i commenti di F. Viganò, *La difficile battaglia contro l'impunità dei responsabili di tortura: la sentenza della corte di Strasburgo sui fatti della scuola Diaz e i tormenti del legislatore italiano*, in *Dir. pen. cont.*, 15 aprile 2015; F. Cassibba, *Violato il divieto di tortura: condannata l'Italia per i fatti della scuola 'Diaz-Pertini'*, *ivi*, 27 aprile 2015.

Più ampiamente F. Viganò, *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. IV, 2011, p. 2645 s.

²³ Par. 208: «*en matière de torture ou de mauvais traitements infligés par des agents de l'Etat, l'action pénale ne devrait pas s'éteindre par l'effet de la prescription, de même que l'amnistie et la grâce ne devraient pas être tolérées dans ce domaine*».

Il passaggio citato appare indubbiamente suggestivo, dal momento che, attraverso le parole espresse dai giudici di Strasburgo, sembra trapelare l'idea di eccezioni *ad hoc*, stabilite dal magistrato giudicante volta per volta nei casi limite: meglio insomma previsioni normative "flessibili" piuttosto che disposizioni rigide (*inflexibles*).

5. L'ATTACCO ALLA PRESCRIZIONE OPERATO DALLA CORTE DI GIUSTIZIA NEL CASO TARICCO.

Nel contesto delineato, interviene, pochi mesi dopo il caso *Cestaro*, la sentenza *Taricco* della Corte di giustizia dell'Unione europea²⁴. Vista in sequenza, rispetto alle decisioni adottate dalla Corte di

²⁴ C. Amalfitano, *Da una impunità di fatto a una imprescrittibilità di fatto della frode in materia di imposte sul valore aggiunto?*, in *Dir. pen. cont.*, 22 settembre 2015, p. 1 s.; Id., *Il ruolo dell'art. 325 TFUE nella sentenza Taricco e le sue ricadute sul rispetto del principio di legalità penale*, in *Forum Quaderni costituzionali*, www.forumcostituzionale.it, 5 ottobre 2016, p. 1 s.; E. M. Ambrosetti, *La sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea in tema di disapplicazione dei termini di prescrizione: medioevo prossimo venturo?*, in *Proc. pen. e giust.*, 2016, p. 44 s.; E. Billis, *The European Court of Justice: A "Quasi-Constitutional Court" in Criminal Matters? The Taricco Judgment and Its Shortcomings*, in *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 7, Issue 1, 2016, p. 20 s.; R. Bin, *Taricco, una sentenza sbagliata: come venirne fuori?*, in *Dir. pen. cont.*, 4 luglio 2016, p. 1 s.; A. Camon, *La torsione d'un sistema. Riflessioni intorno alla sentenza Taricco*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2016, p. 2 s.; G. Civello, *La sentenza "Taricco" della Corte di giustizia UE: contraria al Trattato la disciplina italiana in tema di interruzione della prescrizione del reato*, in *Arch. pen. online*, 2015, p. 1 s.; Id., *Il "dialogo" fra le quattro Corti: dalla sentenza "Varvara" (2013) della CEDU alla sentenza "Taricco" della CGUE*, in *Arch. pen.*, 2015, p. 795-806; C. Cupelli, *Il caso Taricco e il controlimite della riserva di legge in materia penale*, in *Giur. cost.*, 2016, p. 419 s.; L. Eusebi, *Nemmeno la Corte di giustizia dell'Unione europea può erigere il giudice a legislatore. Note in merito alla sentenza Taricco*, in *Dir. pen. cont.- Riv. Trim.*, 2/2015, p. 40 s.; P. Faraguna – P. Perini, *L'insostenibile imprescrittibilità del reato. La Corte d'appello di Milano mette la giurisprudenza "Taricco" alla prova dei controlimiti*, cit., 2016, p. 204; M. Gambardella, *Caso Taricco e garanzie costituzionali ex art. 25 Cost.*, in *Cass. pen.*, 2016, 1462 s.; F. Giuffrida, *The Limitation Period of Crimes: Same Old Italian Story*, in *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 7, Issue 1, 2016, p. 100 s.; M. Luciani, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista AIC n.* 2/2016, 15 aprile 2016, p. 1 s.; R. Lugarà, *La tutela "multilivello" dei diritti come canone normativo. Brevi spunti a partire dal caso Taricco*, in *Libero*

Strasburgo, la sua portata appare, quanto al ragionamento che vi è condotto, meno dirompente, o se non altro non poi così innovativa²⁵. Sebbene le

osservatorio del diritto, 2015, p. 36 s.; E. Lupo, *La primauté del diritto dell'UE e l'ordinamento penale nazionale. Riflessioni sulla sentenza Taricco*, in *Dir. pen. cont.- Riv. Trim.*, 1/2016, p. 217; V. Maiello, *Prove di resilienza del nullum crimen: Taricco versus controlimiti*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 1250 s.; S. Manacorda, *Le garanzie penalistiche nei rapporti con il diritto dell'Unione e il problematico ricorso al rinvio pregiudiziale: una lettura contestualizzata del caso Taricco*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 3488 s.; V. Manes, *La "svolta" Taricco e la potenziale "sovversione di sistema": le ragioni dei controlimiti*, in *Dir. pen. cont.*, 6 maggio 2016, p. 1 s.; S. Marcolini, *La prescrizione del reato tra diritto e processo: dal principio di legalità sostanziale a quello di legalità processuale*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 362 s.; D. Micheletti, *Premesse e conclusioni della sentenza Taricco. Dai luoghi comuni sulla prescrizione al primato in malam partem del diritto europeo*, in www.lalegislationepenale.eu, 3 febbraio 2016, p. 1 s.; D. Negri, *Il dito della irretroattività sfavorevole e la luna della garanzia giurisdizionale: la posta in gioco dopo la sentenza Corte di giustizia UE, Taricco*, cit., p. 69 s.; L. Picotti, *Riflessioni sul caso Taricco. Dalla "virtuosa indignazione" al rilancio del diritto penale europeo*, in *Dir. pen. cont.*, 24 ottobre 2016, p. 1 s.; D. Pulitanò, *La posta in gioco nella decisione della Corte costituzionale sulla sentenza Taricco*, in *Dir. pen. cont.- Riv. Trim.*, 1/2016, p. 228 s.; G. Repetto, *La Cassazione sul caso Taricco, tra disapplicazione con effetti retroattivi in malam partem e mancata attivazione dei controlimiti*, in *Giur. cost.*, 2016, p. 329 s.; B. Romano, *Prescrizione del reato e ragionevole durata del processo: principi da difendere o ostacoli da abbattere?*, in *Dir. pen. cont.- Riv. Trim.*, 1/2016, p. 79 s.; F. Rossi, *La sentenza Taricco della Corte di giustizia e il problema degli obblighi di disapplicazione in malam partem della normativa penale interna per contrasto con il diritto UE*, in *Dir. pen. e proc.*, 2015, p. 1564 s.; Id., *L'obbligo di disapplicazione in malam partem della normativa penale interna tra integrazione europea e controlimiti. La problematica sentenza Taricco della Corte di giustizia*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc.1, 2016, pag. 376 s.; C. Sotis, *Il limite come controlimite. Riflessioni sulla vicenda Taricco*, in *Dir. pen. cont.*, 14 ottobre 2016, p. 1 s.; V. Valentini, *La ricombinazione genica della legalità penale: bio-technological strengthening o manipolazione autodistruttiva? Su Taricco, Varvara e altre mine vaganti*, in *Dir. pen. cont.*, 20 giugno 2016, p. 1 s.; A. Venegoni, *Ancora sul caso Taricco: la prescrizione tra il diritto a tutela delle finanze dell'Unione ed il diritto penale nazionale*, in *Dir. pen. cont.*, 30 marzo 2016, p. 1 s.; A. Venegoni, *La sentenza Taricco: un'ulteriore lettura sotto il profilo dei riflessi sulla potestà legislativa dell'Unione in diritto penale nell'area della lotta alle frodi*, in *Dir. pen. cont.*, 29 ottobre 2015, p. 1 s.; F. Viganò, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA?*, in *Dir. pen. cont.*, 14 settembre 2015, p. 1 s.; Id., *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco*, in *Dir. pen. cont.*, 9 maggio 2016, p. 1 s.

²⁵ Occorre tuttavia rimarcare come l'attacco alle regole sulla prescrizione segna un punto di svolta all'interno della stessa giurisprudenza della Corte di

parole usate siano lievemente diverse, il nucleo della questione è il medesimo. Alcuni interessi essenziali – nel caso della UE, gli interessi che concernono le finanze dell’Unione – devono essere protetti attraverso sanzioni «efficaci, proporzionate e dissuasive» (punto di partenza a sua volta tutt’altro che sorprendente, e ribadito da grosso modo tre decenni, fin dalla decisione sul c.d. “mais greco”²⁶). Simile locuzione implica una triplice conseguenza: un sistema normativo formale adeguato, cioè a dire, disposizioni sostanziali anche di tipo penale²⁷, idonee a esercitare un effetto deterrente e retributivo; una organizzazione istituzionale, nel suo complesso, all’altezza del compito (che non risulti, in altre parole, già sul piano strutturale impossibilitata a far fronte alla domanda di giustizia concernente gli illeciti che possano intaccare gli interessi dell’Unione); da ultimo, un’azione giudiziaria in concreto, vale a dire esplicita nel caso singolo, capace di tutelare efficacemente, anche sul piano penale, quegli interessi che si postulano vitali per la sussistenza dell’ordinamento sovranazionale. A ben vedere, il concetto è molto vicino a quello espresso dalla Corte EDU nell’elaborare la teoria degli obblighi di tutela: anche i giudici di Strasburgo, infatti, pretendono, in nome degli artt. 2 e 3 CEDU,

giustizia, che in passato era parsa adottare in materia un approccio diverso: il riferimento è al caso *Gasparini* (Cfr. Corte giust., 28 settembre 2006, causa C-467/04), in cui la Corte di giustizia aveva recepito la specificità della disciplina portoghese rilevante nel caso coinvolto, che attribuiva natura sostanziale al regime della prescrizione, finendo per riconoscere l’efficacia preclusiva di giudicato ad una sentenza di “assoluzione definitiva per prescrizione”. Lo nota, giustamente, C. Amalfitano, *Il ruolo dell’art. 325 TFUE nella sentenza Taricco e le sue ricadute sul rispetto del principio di legalità penale*, cit., p. 1 s. (in particolare p. 16).

²⁶ Per riferimenti alla nota vicenda (Corte giust., 21 settembre 1989, *Commissione c. Repubblica ellenica*, causa n. 68/1988), cfr. A. Klip, *European Criminal Law. An Integrative Approach*, cit., p. 72-75. Non a caso l’Autore esamina la pronuncia sul caso *Taricco* in continuità con il precedente sul mais greco.

²⁷ È questa la vera novità dovuta al Trattato di Lisbona rispetto all’assetto precedente. Come noto, la possibilità di pretendere dagli Stati membri l’adozione di norme penali a tutela del budget dell’Unione costituisce una novità, rispetto all’omologo testo previgente, introdotta con l’art. 325 TFUE. Sul punto cfr., senza pretesa di completezza, A. Klip, *European Criminal Law*, cit., p. 185-195; A. Bernardi, *La competenza penale accessoria dell’Unione europea: problemi e prospettive*, in *Dir. pen. cont.*, 27 ottobre 2011, p. 1 s (in particolare p. 26); C. Sotis, *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell’Unione europea in Cass. pen.*, 2010, p. 326-346.

una reazione proporzionata e dissuasiva – tanto sul piano normativo che su quello del *law enforcement* – al fine di proteggere in concreto diritti fondamentali quali la vita o la dignità umana.

Se poi allarghiamo ulteriormente lo sguardo, estendendo l'analisi ad altri organismi sovranazionali, ritroviamo un approccio che rievoca i passaggi di partenza della *Taricco* anche nelle previsioni della Corte penale internazionale, là dove si dispone il potere della Corte di avocare a sé il procedimento quando lo Stato nazionale sia *unwilling or unable to carry out the investigation or prosecution*. Dove la capacità di “perseguire effettivamente il caso” include tutti e tre gli elementi già ricordati (normativo, organizzativo e giudiziario), sebbene poi le scelte della Corte siano sempre legate a una decisione sulla specifica vicenda concreta²⁸.

Il postulato iniziale di *Taricco*, in sintesi, non è originale né quanto alla giurisprudenza della Corte di giustizia, dal momento che la pretesa di interventi sanzionatori sia strutturali che specifici è risalente di ormai tre decenni, né se ci si confronti con il contesto sovranazionale, trovando riscontri tanto nel *case law* della Corte EDU quanto nelle previsioni dello Statuto della Corte penale internazionale. Il dato non deve stupire, giacché è del tutto ovvio che le istituzioni sovranazionali si pongano primariamente l'obiettivo della effettività, pretendendo uno sforzo concreto e costante da parte degli Stati parte. L'effettività è, da un lato, elemento giustificativo imprescindibile per l'esistenza dell'ordinamento sovraordinato (altrimenti, che ragione vi sarebbe di mantenerlo in vita?). Dall'altro, implica il costante impegno degli Stati, gli unici che dispongano degli strumenti di *law enforcement* e che possano assicurare risultati sul piano concreto.

L'originalità della pronuncia della Corte di giustizia è dunque da ricercare altrove: in primo luogo, nell'ambito prescelto, la materia penale²⁹; in secondo, nella soluzione adottata, dal momento che i giudici di Lussemburgo, quasi facendo propri gli stimoli provenienti dalle pronunce

²⁸ Sul punto cfr. E. Fronza, *Complementarità, esercizio della giurisdizione e adeguamento a livello interno*, in Aa.Vv., *Introduzione al diritto penale internazionale*, 3^a ed., Milano, 2016, p. 27 s. (in particolare p. 31-36).

²⁹ Stigmatizza la scelta, con osservazioni fortemente critiche, D. Negri, *Il dito della irretroattività sfavorevole e la luna della garanzia giurisdizionale*, cit., p. 72-73.

sui casi *Alikaj* e *Cestaro* a escogitare rimedi flessibili, in un caso legittimo e nell'altro impongono al giudice nazionale di non tener conto dei limiti temporali posti al termine prorogato di prescrizione. Il potere di superare il termine finale previsto dalla legge opererebbe di fronte a frodi gravi che ledano gli interessi finanziari dell'Unione in un numero considerevole di casi; il dovere, invece, di applicare un termine prescrizione di fatto non soggetto a perenzione, una volta intervenuto l'atto interruttivo, opererebbe poi in particolare nei casi in cui la regiudicanda coinvolga una associazione finalizzata alla frode fiscale: in ipotesi di questo genere, il giudice nazionale sarebbe sottoposto all'obbligo di estendere ad esse il regime temporale previsto dall'ordinamento italiano per le associazioni finalizzate al contrabbando di tabacchi lavorati esteri (art. 291-*quater* d. P. R. 23 gennaio 1973, n. 43). A giustificazione di questo obbligo, in capo al giudice nazionale si pone il dovere di tutela equivalente, prescritto dal par. 2 dell'art. 325 TFUE, ove siano in gioco lesioni assimilabili, quanto a gravità e modalità di perpetuazione, a beni nazionali ed europei³⁰.

6. LE CRITICHE RIVOLTE ALLA SENTENZA *TARICCO* E LE ECCEZIONI DI ILLEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE.

Le reazioni del nostro ordinamento a seguito della pronuncia sul caso *Taricco* sono state, prevalentemente, di disapprovazione (se-

³⁰ È vero, si è osservato, che la proroga del termine prescrizione *sine die* per le associazioni finalizzate al contrabbando dei tabacchi hanno come sostrato criminologico la lotta alla criminalità organizzata, che, storicamente e socialmente, mina alle fondamenta la sussistenza dello Stato per la nostra tradizione giuridica e politica. Tuttavia, è innegabile che la tutela finanziaria dei propri interessi costituisca per l'Unione un valore di equivalente importanza. L'Unione infatti nasce – attraverso il metodo dei piccoli passi concreti – dalla messa in comune delle risorse economiche, come segno di un impegno più profondo per la armonizzazione politica e giuridica degli ordinamenti nazionali, e come impegno al mantenimento della pace, posta a repentaglio, nel secolo scorso, principalmente per la conquista delle risorse materiali. L'aggressione agli interessi finanziari, sin dall'origine, è dunque stata concepita come potenzialmente in grado di ledere lo strumento fondativo della istituzione sovranazionale, concepita attraverso una messa in comune di beni tra gli Stati: in breve, nell'ottica delle istituzioni UE, chi ne aggredisce gli interessi finanziari ne pone in pericolo l'esistenza, non solo sul piano materiale ma su quello del fondamento ideale.

bbene si riscontrino non poche decisioni che hanno dato corso, talora con soluzioni inquietanti³¹, al nuovo potere del giudice di non applicare la disciplina dei termini di prescrizione prevista dal codice penale³²). Certamente critica, in modo preponderante, è stata la dottrina, che ha visto nella sentenza della Corte di Lussemburgo un'aggressione al principio di legalità penale sostanziale, sotto quasi tutti i profili che lo connotano. In primo luogo, la legalità ne uscirebbe vulnerata ribaltando il rapporto tra il giudice e la legge, dal momento che i parametri così vaghi espressi nel *dictum* della Corte si presterebbero a un'attuazione, in sede nazionale, che di fatto sostituirebbe le previsioni legali: sarà il giudice, *ex post*, di volta in volta, a dover stabilire se ci si trovi di fronte a un caso grave, rappresentativo di un insieme di violazioni di numero considerevole, capace di ledere gli interessi finanziari dell'Unione³³. Nel silenzio della sentenza, e nel vuoto normativo creato all'interno dell'ordinamento italiano, criteri tanto generici troveranno oltretutto applicazioni disomogenee, così finendosi per ledere altresì il principio di uguaglianza di trattamento tra i cittadini. Inoltre, la diretta applicabilità del metodo *Taricco* ai processi in corso si pone in contrasto con il divieto di retroattività *in peius* della legge penale, dal momento che fatti per i quali la legge avrebbe previsto un lasso temporale limitato, al fine del maturare della prescrizione, si troveranno a essere sottoposti a un regime di prescrizione *sine die* – ove ci sia stato un atto interrutti-

³¹ Il riferimento è alla sentenza Cassazione, sez. II, sent. 11 febbraio 2016, n. 15107, Esposito e a., in *Dir. pen. cont.*, 5 luglio 2016, con nota di S. Bernardi, *Prescrizione e strage alla luce del diritto europeo: una nuova problematica sentenza della Cassazione*.

³² Quanto alle pronunce della Cassazione, diverse da quella richiamata alla nota precedente, che hanno, in un modo o nell'altro, dato corso alla sentenza *Taricco* della Corte di Giustizia, si vedano Cass. Sez. III, sent. 15 settembre 2015, n. 2210, in *Dir. pen. cont.*, 22 gennaio 2016; Cass. Sez. IV, sent. 25 gennaio 2016, n. 7914, *ivi*, 3 marzo 2016, con nota di A. Galluccio, *La Cassazione di nuovo alle prese con Taricco: una sentenza cauta, in attesa della pronuncia della Corte costituzionale*; Cass. Sez. IV, sent. 7 giugno 2016, n. 44584, in *Guida dir.*, n. 5/2017, p. 94 s., con nota di C. Minnella, *Frodi in materia di Iva: la Cassazione chiarisce quando la prescrizione non contrasta con il diritto Ue*. Reperibile in: <<http://www.guidaaldirittoigital.ilsole24ore.com/art/penale>>, 21 gennaio 2017. Ultimo accesso: 30 giugno 2017.

³³ Così, giustamente, A. Camon, *La torsione d'un sistema. Riflessioni intorno alla sentenza Taricco*, cit., p. 7.

vo³⁴. Infine, la legalità finisce per essere intollerabilmente compromessa sotto l'aspetto della riserva di legge, dal momento che il trattamento peggiorativo, quand'anche lo si applicasse solo *pro futuro*, ai soli fatti commessi successivamente alla sentenza europea, sarebbe dovuto a una decisione giudiziale, e non a una legge.

Senza contare, si è anche osservato, che la questione sulla natura della prescrizione – sostanziale o processuale – non sarebbe direttamente, quanto al problema del recepimento della sentenza della Corte europea, dal momento che, da un lato, l'istituto ha trovato da plurimi decenni inquadramento teorico e giurisprudenziale nell'alveo del diritto sostantivo, nella tradizione giuridica italiana, e che, ad ogni modo, il principio di legalità, secondo l'art. 111 Cost., permea anche il diritto processuale penale³⁵: ciò proprio al fine di evitare che, attraverso una procedura connotata da soluzioni flessibili e *à la carte* si possa eludere la stretta legalità, che sempre deve porsi a tutela contro il potere di punire.

In un contesto del genere, era inevitabile che il mondo penalistico italiano giungesse a invocare la teoria dei controlimiti, individuando nel caso *Taricco* un attacco alle fondamenta del sistema³⁶: da qui le eccezioni di illegittimità costituzionale, sollevate in relazione alla ratifica del Trattato di Lisbona, nella misura in cui esso consentirebbe di dare attuazione alle sentenze della Corte di giustizia, anche in materia penale, così compromettendo irrimediabilmente il principio di legalità sotto diversi profili³⁷.

³⁴ Su questi riferimenti si rinvia, ampiamente, a V. Manes, *La "svolta" Taricco e la potenziale "sovversione di sistema": le ragioni dei controlimiti*, cit., p. 1 s. La gran parte dei commenti riportati in precedenza *sub nota 24* mette in evidenza il contrasto non rimediabile in via interpretativa con il principio di legalità penale sostanziale.

³⁵ S. Marcolini, *La prescrizione del reato tra diritto e processo: dal principio di legalità sostanziale a quello di legalità processuale*, cit., 2016, p. 362 s. V. anche O. Mazza, *Scelte politiche "europee" e limiti costituzionali in tema di prescrizione del reato*, in *Arch. pen.*, 2015, p. 775 s.

³⁶ Così, tra gli altri, D. Pulitanò, *La posta in gioco nella decisione della Corte costituzionale sulla sentenza Taricco*, cit., p. 233.

³⁷ La Corte di Appello di Milano, come noto, ha sollevato questione solo in relazione al principio di riserva di legge *ex art. 25 comma 2 Cost.* (Corte d'Appello di Milano, Sez. II, 18 Settembre 2015, De Bortoli e a., in *Dir. pen. cont.*, 21 settembre 2015, con nota di F. Viganò, *Disapplicare le norme vigenti*

7. TENTATIVI DI ARMONIZZAZIONE PER VIA ERMENEUTICA.

Non sono mancate voci dissenzienti tra gli studiosi, volte a ricondurre a ragionevolezza per via interpretativa la pronuncia della Corte di giustizia. Vi è chi ha cercato di mettere in evidenza come essa non costituisca un *novum* quanto al metodo e agli obiettivi perseguiti, dal momento che la decisione conferma il dovere, in capo agli Stati, di proteggere in maniera proporzionata, efficace e dissuasiva gli interessi dell'Unione, con strumenti equivalenti a quelli predisposti per la tutela di interessi nazionali assimilabili³⁸. Altri hanno provato a “salvare” la sentenza *Taricco* ragionando sulla natura processuale della prescrizione prorogata³⁹ in seguito all'atto interruttivo. In questo approccio, non privo di efficacia, si dovrebbe separare il termine originario di prescrizione, certamente appartenente al diritto sostantivo, da quello cagionato dall'interruzione, che invece avrebbe identità processuale, trovando ragione ideale e causa giuridica in un atto del procedimento. Ne conseguirebbe che il principio di legalità penale consacrato dall'art. 25 comma 2 Cost. non potrebbe dirsi posto in tensione dalla decisione della Corte di Lussemburgo: questo infatti interferirebbe soltanto con la proroga della prescrizione successiva alla interruzione, senza alterare il termine di estinzione originario.

Si tratta di argomenti certamente di rilievo, ma non decisivi per trovare una via d'uscita ai numerosi problemi posti dalla pronuncia proveniente da Lussemburgo. Quanto alla tesi per cui la sentenza *Taricco* non rappresenterebbe nulla di nuovo rispetto al passato, essa non tiene conto del diverso contesto nel quale la decisione dei giudici europei si inserisce, vale a dire nell'ambito della materia penale in senso stretto, ove vigono principi e salvaguardie diverse e più rigorose di quelle ca-

sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA?, cit., p. 1 s.); la Sezione III della Cassazione ha sollevato questione in relazione agli artt. 3, 11, 25 comma 2, 27 comma 3 e 101 comma 2 della Costituzione (Cass., Sez. III, 30 marzo 2016, n. 28346, Cestari e al., *ivi*, 31 marzo 2016).

³⁸ A. Venegoni, *Ancora sul caso Taricco: la prescrizione tra il diritto a tutela delle finanze dell'Unione ed il diritto penale nazionale*, cit., p. 1 s.

³⁹ P. Faraguna, P. Perini, *L'insostenibile imprescrittibilità del reato. La Corte d'appello di Milano mette la giurisprudenza “Taricco” alla prova dei controllimiti*, cit., p. 212-213.

ratterizzanti le altre branche del diritto, ivi compreso quel diritto punitivo a colorazione penale⁴⁰, i cui contorni rimangono per gran parte da decifrare. Senza contare come, per la nostra tradizione, sia impossibile concepire un giudice che disapplichì una previsione normativa vigente con effetti *contra reum*. In parole semplici, se anche è vero che non è nuovo il dovere incombente sugli Stati di adottare sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive per proteggere gli interessi della UE, cambia radicalmente il contesto dei principi di riferimento, ove si estenda questo obbligo all'ambito penale. Un travaso puro e semplice del metodo ermeneutico concepito per settori dell'ordinamento anche parzialmente diversi non è ipotizzabile.

In merito alla seconda tesi, essa è da apprezzare per lo sforzo di separare il *coté* processuale della prescrizione da quello sostanziale. Che l'istituto abbia una natura anfibia e controversa, al confine tra diritto e processo, è riconosciuto da più parti⁴¹ (per tacere del fatto che, nel panorama comparato, l'ordinamento italiano è uno dei pochissimi a non attribuire alla materia natura processuale⁴²). Ipotizzare che la tutela tipica del diritto sostantivo si limiti alla individuazione e al decorso del periodo di tempo originario, e che quello supplementare, cagionato dalla interruzione, vada ricondotto al diritto processuale è proposta meritevole di considerazione (e forse anche di accoglimento). Del resto, l'obiezione principale che si muove contro di essa è che l'art. 25 comma 2 Cost. abbraccerebbe uno spazio più ampio del solo diritto sostanziale, se con esso ci limitiamo alle previsioni con le quali si definisce il reato e si determina la pena, allargando la propria sfera di protezione a tutti gli ambiti attraverso i quali si espliciti il potere di punire: in parole semplici,

⁴⁰ Cfr. A. Klip, *European Criminal Law*, cit., p. 190-195.

⁴¹ Si veda, tra gli altri, D. Negri, *Il dito della irretroattività sfavorevole e la luna della garanzia giurisdizionale*, cit., p. 70; B. Romano, *Prescrizione del reato e ragionevole durata del processo: principi da difendere o ostacoli da abbattere?*, cit., 2016, p. 84-85; D. Pulitanò, *Il nodo della prescrizione*, cit., p. 21; F. Viganò, *Riflessioni de lege lata e ferenda su prescrizione e tutela della ragionevole durata del processo*, in *Dir. pen. cont.- Riv. Trim.*, 3/2013, p. 26.

⁴² Sotto questo profilo si rinvia alla analisi comparata condotta da S. Silvani, *Il giudizio del tempo. Uno studio della prescrizione del reato*, cit., p. 294 s.

ove sia in gioco la punibilità – in senso ampio – là opererebbe la tutela della legalità prevista dalla disposizione costituzionale⁴³.

Non è questa la sede per prendere posizione su un tema così vasto. Basti osservare, quanto alla critica mossa alla tesi esposta, che essa in sé non smentisce la natura di confine della prescrizione, a cavallo tra diritto e procedura. Tuttavia, anche prendendo per buona la proposta avanzata – separare i principi regolanti il tempo trascorso dalla commissione del fatto da quelli relativi al tempo decorrente dall'atto interruttivo – non si risolvono gli altri problemi sollevati dalla *Taricco*: in particolare, rimane lo scoglio del rapporto tra il giudice e la legge e del rispetto del principio di uguaglianza, compromessi dal parametro di estrema vaghezza costituito dalla verifica sulla gravità della frode e dal rischio di impunità in un numero considerevole di casi.

La soluzione più convincente, tra quelle elaborate per conciliare i principi vigenti nel nostro ordinamento con le indicazioni estrapolabili dalla controversa decisione della Corte di Lussemburgo, appariva quella di scindere la sentenza europea in due componenti: così facendo, una parte del provvedimento sarebbe risultata direttamente applicabile senza operazioni creative da parte dell'organo giudicante nazionale; l'altra, al contrario, sarebbe rimasta non recepibile dall'ordinamento⁴⁴. Quanto al primo ordine contenuto nella sentenza, passibile di applicazione senza sollevare difficoltà, esso avrebbe riguardato il termine prescrizionale da calcolare, ove vi fosse stata interruzione, per i reati associativi finalizzati alla commissione di frodi IVA. Per essi, dovendosi attuare il principio della tutela equivalente, avrebbe dovuto, d'ora innanzi, valere il regime temporale previsto dall'art. 51 comma 3-ter c.p.p. per l'associazione per delinquere finalizzata al contrabbando di tabacchi. Sarebbe rimasto sì il problema di non vulnerare la posizione dell'imputato, attraverso un'applicazione diretta della modifica *in peius* ai processi in corso: ma tale obiettivo avrebbe potuto essere raggiunto, come detto, dando corso al nuovo assetto per i fatti commessi successivamente all'adozione della

⁴³ Tesi da lungo tempo applicata anche all'istituto della prescrizione, e confermata in modo costante dalla giurisprudenza della Corte costituzionale.

⁴⁴ E. Lupo, *La primauté del diritto dell'UE e l'ordinamento penale nazionale. Riflessioni sulla sentenza Taricco*, cit., p. 223-226.

sentenza da parte della Corte di giustizia (cioè a partire dal 9 settembre 2015). Una soluzione del genere avrebbe ricondotto a certezza e chiarezza l'assetto normativo *a priori*, rispetto alla commissione del fatto penale, in armonia con il principio di legalità *ex art. 25* comma 2 Cost. Sarebbe forse rimasto il problema della riserva di legge, dal momento che la modifica alle regole nazionali avrebbe trovato causa in una decisione giudiziale: tuttavia, si sarebbe potuto obiettare, la sentenza europea non avrebbe introdotto di per sé una previsione normativa nuova; piuttosto avrebbe consentito al giudice nazionale di estendere a certi tipi di frode IVA – quelle commesse attraverso la struttura del reato associativo – una disposizione legislativa già operante per reati che ledano interessi nazionali comparabili con quelli cari alla UE.

La parte della decisione da considerare inattuabile sarebbe invece stata costituita dal dovere di disapplicare la normativa interna «nell'ipotesi in cui detta normativa nazionale impedisca di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea». Del resto, la sentenza europea stessa sarebbe parsa aprire a questa possibilità, nella parte in cui riconosce che spetti al giudice nazionale «assicurarsi che i diritti fondamentali degli interessati siano rispettati» di modo da evitare che gli imputati possano «vedersi infliggere sanzioni alle quali, con ogni probabilità, sarebbero sfuggiti in caso di applicazione delle suddette disposizioni di diritto nazionale».

In effetti, va messo bene in evidenza, questa parte della sentenza *Taricco* appare criticabile anche quanto al presupposto di base, al contrario del passaggio fondato sull'art. 325 par. 2 TFUE. Infatti, l'obbligo di punire in maniera effettiva le violazioni all'IVA, in quanto imposta "europea", non può dirsi, con tutti gli sforzi di immaginazione possibili, un precetto individuabile *a priori* dalla lettura dell'art. 325 par.1 TFUE, che, nella sua genericità e indeterminatezza, esprime un principio generalissimo, dal quale possono estrapolarsi un numero aperto di doveri analoghi: come in questa occasione il discorso della Corte di giustizia si è incentrato sull'IVA, in futuro potrebbe riproporsi per altri ambiti, tutti riconducibili alla previsione generale dell'art. 325 (imposte doganali; lesioni della concorrenza; truffe ai danni del bilancio UE, ecc.). Se già appare di problematica armonizzazione, nella prospettiva della legalità

di matrice continentale, la giurisprudenza CEDU sugli obblighi di tutela in precedenza riportata, a maggior ragione i dubbi di compatibilità costituzionale trovano fondamento in questo passaggio della *Taricco*: infatti, per quanto non sufficientemente tassativi, gli artt. 2 e 3 CEDU risultano più delimitati che non l'art. 325 par.1 TFUE⁴⁵.

Senza contare che la sentenza della Corte di Lussemburgo sconta il sospetto, più che fondato, di aver voluto trarre spunto da un ricorso privo di solide fondamenta – quello presentato dal g.i.p. presso il Tribunale di Cuneo – per pungolare il legislatore UE, da diversi mesi incapace di trovare la forza politica per includere i reati in materia di IVA tra quelli oggetto di uniforme disciplina nella nuova direttiva in materia di protezione degli interessi finanziari dell'Unione. Come in tante occasioni del passato, i giudici del Kirchberg usano gli strumenti a loro disposizione per promuovere il processo di unificazione UE, in una fase in cui il legislatore appare in difficoltà. Tuttavia, la mossa, se effettuata in ambito penale, appare alquanto spregiudicata, nonché poco sensibile ai diritti individuali che rischiano di venire irragionevolmente compromessi.

8. LA NUOVA QUESTIONE PREGIUDIZIALE SOLLEVATA DALLA CORTE COSTITUZIONALE CON L'ORDINANZA N. 24 DEL 2017.

Nel contesto di tensione sin qui delineato è intervenuta la Corte costituzionale, alla fine del gennaio 2017⁴⁶. Con l'ordinanza n. 24 il

⁴⁵ Diverso invece il ramo della decisione fondato sul par. 2 dell'art. 325 TFUE, il quale si limita a pretendere lo stesso livello di protezione, nel raffronto tra aggressioni di uguale natura a interessi finanziari nazionali e a quelli dell'Unione. Qui, posto che sia specificato adeguatamente dalla legge dello Stato il trattamento penale di una violazione a beni giuridici di interesse nazionale, la previsione europea si limita a imporre un'eguale disciplina per le lesioni dello stesso genere arrecate agli interessi UE.

⁴⁶ Se ne vedano i primi commenti: C. Amalfitano, *La vicenda Taricco nuovamente al vaglio della Corte di Giustizia: qualche breve riflessione a caldo*, in *Eurojus.it*, 29 gennaio 2017; C. Cupelli, *La Corte costituzionale ancora non decide sul caso Taricco, e rinvia la questione alla Corte di giustizia*, in *Dir. pen. cont.*, 30 gennaio 2017; O. Pollicino, M. Bassini, *When cooperation means request for clarification, or better for "revisitation". The Italian Constitutional Court re-*

giudice delle leggi ha adottato una soluzione intermedia, tra le opzioni estreme ipotizzabili (accogliere le questioni sollevate, applicando la dottrina dei controlimiti, o rigettarle in via interpretativa). La strada intrapresa è dunque quella della nuova questione pregiudiziale promossa, ex art. 267 TFUE, per instaurare un dialogo proficuo con i giudici del Kirchberg. Le motivazioni espresse, tuttavia, e il tenore dei quesiti sottoposti alla Corte di giustizia, non appaiono tali da far presumere un'intesa agevole, tra le posizioni in campo.

In estrema sintesi, partendo dalla constatazione che nel sistema italiano la prescrizione è ricondotta sotto la protezione del principio di legalità penale sostanziale ex art. 25 comma 2 Cost., i giudici costituzionali dubitano della compatibilità tra quanto disposto con la sentenza *Taricco* dalla Corte UE e i limiti fondamentali che caratterizzano l'ordinamento nazionale. In particolare, tre sono i punti che richiederebbero chiarimento: se l'art. 325 TFUE, par. 1 e 2, come interpretato nella sentenza *Taricco*, possa imporre al giudice nazionale l'applicazione di criteri privi di sufficiente determinazione (in particolare, di non dar corso al termine finale della prescrizione prorogata a fronte di violazioni gravi degli interessi finanziari dell'Unione ricorrenti in un numero considerevole di casi); se poi simile dovere di dar prevalenza al diritto UE permanga anche ove la prescrizione del reato sia, per lunga e consolidata tradizione, parte del diritto penale sostanziale e soggetta ai suoi tipici principi; infine, se il dovere di cedere di fronte al diritto sovranazionale permanga, a parere della Corte di giustizia, anche nel caso in cui così facendo si finiscano per travolgere i principi supremi dell'ordine costituzionale o i diritti inalienabili da esso riconosciuti⁴⁷.

Nella parte motiva dell'ordinanza, oltre a porre in luce la natura sostanziale della prescrizione e la portata dell'art. 25 comma 2 Cost., la Corte costituzionale evidenzia alcuni elementi che potrebbero risolvere un contrasto così profondo: da un lato, come del resto non

quest for a preliminary ruling in the Taricco case (C. cost., decision No. 24 of 26 January 2017), in *Dir. pen. cont.*, 30 gennaio 2017; V. Manes, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a "Taricco". Note minime all'ordinanza della Corte Costituzionale n. 24 del 2017*, in *Dir. pen. cont.*, 13 febbraio 2017.

⁴⁷ Per un'analisi più dettagliata cfr. V. Manes, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a "Taricco"*, cit., p. 4-9.

si era mancato di far notare già prima, che i giudici europei sembrano lasciare un margine di apprezzamento ai giudizi nazionali quanto al rispetto dei diritti fondamentali dell'interessato. In altre parole, il dovere di non applicare le previsioni nazionali e di dar corso direttamente all'art. 325 TFUE come interpretato dalla sua Corte non opererebbe ove ciò possa comportare una violazione dei diritti primari dell'imputato: giudizio, quest'ultimo, che spetterebbe al magistrato giudicante dello Stato membro. In tal caso, osservano i remittenti, non vi sarebbe motivo di contrasto⁴⁸. Dall'altro, la Corte italiana chiede di verificare se le modifiche apportate dal legislatore ai termini di durata della prescrizione con la legge n. 148 del 2011 (attuativa del d. l. 138 del 2011, art. 2, comma 36-*vicies semel* lett. l) siano tali da porre fine al conflitto con le fonti UE: i nuovi termini, allungati in maniera non indifferente, non farebbero più ipotizzare un rischio strutturale di impunità delle frodi gravi in un numero consistente di casi. Allargando il campo, si potrebbe rilevare che altre novità normative, avvicendatesi nel tempo, siano tali da far ritenere superato il problema: si pensi all'art. 13 del d.lgs. n. 74 del 2000, riformulato recentemente con la riforma del diritto penale tributario (d.lgs. n. 150 del 2015) in modo da accelerare e semplificare i procedimenti instaurati per le violazioni meno gravi all'IVA (e alle imposte sui redditi). L'effetto estintivo del reato provocato dal pagamento del debito prima dell'avvio del dibattimento infatti consentirebbe, da un lato, un risparmio di risorse per l'organizzazione giudiziaria (consentendo di chiudere velocemente il caso); dall'altro, di concentrare gli sforzi sulle violazioni gravi legate ai comportamenti fraudolenti (così assicurando un contrasto più efficace avverso queste forme di criminalità). Forse poi la Corte UE potrebbe valorizzare, ove ritenesse di non protrarre la situazione di conflitto, l'allungamento dei termini per l'accertamento tributario (e l'irrogazione della relativa sanzione) stabilito sin dal 2006 con il c.d. "decreto Bersani". Grazie ad esso, infatti, il tempo necessario per accertare la violazione tributaria e punirla è raddoppiato ove dall'illecito emerge una notizia di reato, a prescindere da come si concluda il procedimento penale che ne sia

⁴⁸ In concreto, ne discenderebbe, con riferimento al nostro ordinamento, la "dottrina *Tarico*" non potrebbe trovare attuazione, per contrasto non risolvibile per via interpretativa con l'art. 25 comma 2 Cost.

originato: in parole semplici, l'amministrazione finanziaria gode di un tempo doppio rispetto all'ordinario per reprimere gli illeciti tributari ove sia stata riscontrata una *notitia criminis*, senza che rilevi se poi in sede penale il caso sia stato archiviato (o si sia concluso con una sentenza di proscioglimento). Anche questo elemento, se ben chiarito, potrebbe forse indurre i giudici europolitari a ritenere sufficiente la reazione sanzionatoria predisposta dall'ordinamento italiano per le violazioni all'IVA – nella prospettiva dell'art. 325 TFUE – in specie se consideriamo la “colorazione penale” tradizionalmente attribuita dalle Corti europee alle sanzioni tributarie⁴⁹.

9. UN ULTIMATUM AZZARDATO?

Se dunque la Corte costituzionale mostra, con la scelta di sollevare una nuova questione pregiudiziale, l'intento di non consumare una rottura del dialogo con l'ordinamento UE, limitandosi a paventare il rischio di ricorrere ai controlimiti, senza effettivamente porli in essere, non può farsi a meno di rimarcare come le argomentazioni usate nel provvedimento di rinvio aprano la strada a qualche critica, così come i quesiti specificamente rivolti ai giudici di Lussemburgo. Infine, a non convincere del tutto è anche la scelta di carattere politico che con la decisione intervenuta sembra trasparire.

Quanto ai quesiti, non persuade innanzi tutto l'aver rimesso alla Corte di giustizia in maniera così aperta il nodo dei controlimiti, lasciando sul punto – in apparenza – l'ultima parola ai giudici europei. Come è stato osservato, mai prima d'ora era stato richiesto alla Corte UE di esprimersi in maniera così netta su una dottrina che è stata tutta

⁴⁹ La questione è di certo aperta, dopo la sentenza sul caso *A e B v. Norvegia* dell'ottobre 2016 adottata dalla Corte EDU. Di certo, pur con tutti i dubbi del caso, ne rimane confermato il dovere, per i legislatori nazionali, di adottare sistemi punitivi integrati, pur non potendosi automaticamente dire in violazione del *ne bis in idem* la doppia punizione, tributaria e penale. Sulla sentenza (Corte EDU, Grande Camera, sent. 15 novembre 2016, *A e B c. Norvegia*, ric. n. 24130/11 e 29758/11) cfr. F. Viganò, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, in *Dir. pen. cont.*, 18 novembre 2016.

concepita in ambito nazionale⁵⁰. Ma al di là della novità, non convince l'effetto che si produce, consistente nel porre la Corte europea davanti all'alternativa secca tra il recedere dalle proprie posizioni, facendo "un passo indietro" o confermarle (così innescando una crisi strutturale, posto che a quel punto sarebbe impossibile per la Corte costituzionale riconoscere un qualche effetto al diritto UE nell'ambito trattato). Più che coraggiosa, la mossa appare azzardata: in pratica, si rimette all'interlocutore la scelta se andare allo scontro. Opzione, quest'ultima, che finirebbe per danneggiare gravemente entrambe le istituzioni (nonché i rispettivi ordinamenti di riferimento). Meglio sarebbe stato, proprio volendo mantenere viva la teoria dei controlimiti, darla per scontata, affermando come ovvio che il diritto UE non possa spingersi a valicare quei confini (che solo il giudice nazionale può individuare, senza doverli negoziare o rimettere ad altri). Che del resto l'individuazione dei limiti invalicabili per le fonti normative extranazionali spetti solo alle corti statuali è considerazione scontata, dal momento che solo da chi incarna l'ordinamento nazionale può essere tracciata l'esatta linea di confine oltre la quale non può spingersi l'alterazione dei connotati nel sistema giuridico dello Stato.

Quanto agli argomenti, lascia perplessi l'aver, da un lato, accomunato le due violazioni riscontrate dalla Corte di giustizia con la sentenza *Taricco* del 2015 (il contrasto cioè con il par. 1 e il par. 2 dell'art. 325 TFUE); dall'altro, l'aver circoscritto il principio di legalità alla sola tassatività (la «base legale sufficientemente determinata»)⁵¹. Se così è, sarebbe stato più coerente recepire la tesi di chi aveva suggerito di scindere il problema della durata della prescrizione per i reati associativi finalizzati alle frodi IVA dalle altre ipotesi di frodi gravi lesive degli interessi economici UE in un numero considerevole di casi⁵². Per i primi,

⁵⁰ C. Amalfitano, *La vicenda Taricco nuovamente al vaglio della Corte di Giustizia: qualche breve riflessione a caldo*, cit., p. 1.

⁵¹ Così facendo, rimane irrisolto sullo sfondo il tema della riserva di legge. Sul tema, si veda il recente contributo di G. Panebianco, *La variabile consistenza delle garanzie penali nella politica criminale europea*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 1724 s.

⁵² Così E. Lupo, *La primauté del diritto dell'UE e l'ordinamento penale nazionale*, cit., p.

come visto, avrebbe già operato il termine disposto dal legislatore per le associazioni finalizzate al contrabbando: soluzione che certo non manca di chiarezza e precisione, e che – applicata per i soli fatti commessi posteriormente alla sentenza della Corte di Lussemburgo – non avrebbe cagionato conseguenze retroattive sfavorevoli per gli imputati⁵³. Ciò fatto, sarebbe rimasta eventualmente da chiarire la portata delle definizioni più generiche (i più volte evocati casi gravi e ricorrenti in numero considerevole). Anche se, a ben vedere, in merito a queste ultime avrebbe forse avuto più senso rigettare la questione in via interpretativa, osservando come definizioni di tale indeterminatezza si pongano in contrasto irrimediabile con il principio di legalità e con i diritti fondamentali «degli interessati» garantiti dalla Costituzione (sui quali, come visto, la sentenza lasciava un margine di apprezzamento all'interprete). In alternativa, ci si sarebbe potuti spingere ad affermare che le modifiche normative intervenute nel frattempo ad opera del legislatore nazionale in campo penale tributario abbiano reso non più attuale il contrasto.

Posta invece di fronte a questioni che mettono alla radice in discussione ogni osservazione svolta nella sua precedente sentenza, la Corte di giustizia dovrà scegliere se andare allo scontro o umilmente ritrattare le considerazioni espresse a suo tempo: magari affermando che la natura processuale della prescrizione è conclusione valida ai soli sensi dell'art. 49 della Carta dei diritti UE⁵⁴, non intaccando la natura dell'istituto secondo l'ordinamento italiano (ma non lo stava, per l'appunto, giudicando incompatibile con il sistema europeo?); oppure, accedendo al principio della tutela superiore predicato dall'art. 53 della Carta, secondo il quale nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione dalle costituzioni degli Stati membri: sul punto va riconosciuto lo sforzo argomentativo profuso dalla Corte costituzionale, volto a conciliare la soluzione caldeggiata con il potenziale contrasto che potrebbe apparire rispetto alle scelte operate nel noto caso *Melloni*. Tuttavia, anche

⁵³ Così anche A. Camon, *La torsione d'un sistema*, cit., p. 4.

⁵⁴ Sul tema cfr. anche il recente contributo di R. Sicurella, *sub Art. 49*, in R. Mastroianni, O. Pollicino, S. Allegrezza, F. Pappalardo, O. Razzolini (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017, p. 979-996.

quest'ultimo distinguo proposto dal giudice delle leggi non è tale da superare qualsiasi ostacolo, posto che, come è stato osservato, secondo il consolidato orientamento della Corte di Lussemburgo, anche quando il legislatore nazionale operi nell'esercizio di una sua esclusiva competenza è comunque tenuto a rispettare il diritto dell'Unione⁵⁵.

Senza contare che il raffronto con la sentenza *Melloni* rischia di aprire la porta ad un pericoloso ragionamento *a fortiori*: se il limite della maggiore tutela apprestata dall'ordinamento statale *ex art. 53 CDFUE* non opera nel settore del mutuo riconoscimento e della cooperazione giudiziaria – perché potrebbe comprometterne l'efficacia – a maggior ragione ciò dovrebbe valere per il settore della tutela degli interessi finanziari UE. Infatti, l'area coperta dall'art. 325 TFUE può essere considerata di interesse almeno equivalente, ma più probabilmente superiore, rispetto a quella relativa alla cooperazione giudiziaria, disciplinata dall'art. 82 TFUE. In questa, in fondo, il diritto dell'Unione si limita a predisporre una rete di previsioni normative a supporto degli ordinamenti nazionali, titolari principali dei beni giuridici per i quali viene promossa la pretesa (o la potestà) punitiva. Viceversa, gli interessi finanziari dell'Unione ne costituiscono il cuore vitale, la cui aggressione colpisce in via primaria l'istituzione sovranazionale. Qui, sembra dirci implicitamente la sentenza *Taricco*, si ribalta l'ordine descritto in precedenza: sono gli Stati ad agire in nome della tutela degli interessi propri dell'Unione. Una conferma in tal senso potrebbe trarsi dalle fonti normative che, ai sensi del Trattato, l'UE può adottare per proteggere il proprio budget: l'art. 325 TFUE, infatti, consente di fare ricorso al regolamento, quando invece nel settore della cooperazione giudiziaria *ex art. 82* sono consentite soltanto le direttive; ancora, la tesi qui paventata pare avvalorata dalla disciplina del c.d. "freno di emergenza", con il quale gli Stati, qualora siano coinvolti aspetti fondamentali del proprio ordinamento giuridico penale, possono sospendere la procedura legislativa in corso e investire il Consiglio della questione: simile opzione risulta praticabile solo per le materie coinvolte dall'art. 82,

⁵⁵ In tal senso C. Amalfitano, *La vicenda Taricco nuovamente al vaglio della Corte di Giustizia: qualche breve riflessione a caldo*, cit.

mai invece per quelle rientranti negli interessi protetti dall'art. 325 TFUE, a conferma che in questo settore lo spazio politico e giuridico riconosciuto agli Stati è considerevolmente ridotto.

10. AGGRAPPATI ALL'IDENTITÀ NAZIONALE.

In definitiva, l'ordinanza n. 24 del 2017, pur apprezzabile nella misura in cui si sforza di aprire un dialogo con la Corte di giustizia, appare criticabile per alcuni argomenti utilizzati, e per la posizione da ultimo assunta, con la quale sembra lasciare poco spazio per specificazioni e aggiustamenti al proprio interlocutore.

La sensazione è che il caso *Taricco* abbia scosso nel profondo le sensibilità nazionali, tanto sul piano pratico, quanto su quello ideale. In riferimento al primo aspetto, l'aver messo in discussione in maniera così radicale l'assetto della prescrizione fa emergere in tutta la sua evidenza l'inefficienza dell'ordinamento penale italiano. Al suo interno, infatti, l'istituto di cui si discute è ormai rimasto l'unico strumento in grado di rendere, a modo suo, sostenibile il sistema, posta l'abdicazione evidente a qualunque serio programma di depenalizzazione e l'impossibilità politica di ricorrere a leggi di amnistia, a seguito della riforma dell'art. 79 Cost. Sulla ristrutturazione della materia, anche in riferimento alla sua collocazione ideale (separando, da un lato, il tempo dell'oblio e, dall'altro, quello del tempo ragionevole per celebrare il processo) pendono da almeno quattro lustri proposte meritevoli di essere coltivate, senza che si riesca a trovare una sintesi adeguata. In un quadro simile, l'estinzione del reato per prescrizione rimane, per come è regolato, uno strumento del quale parlar male ma far uso costante: utile alla magistratura, per giustificare di volta in volta scelte prioritarie (continuando a lamentare carenze di organico e di risorse); utile alla difesa, per la quale rappresenta pur sempre un legittimo obiettivo da perseguire.

Quanto poi alla strada italiana al diritto penale, idealmente intesa, la vicenda in esame ne pone in discussione la conciliabilità con le pulsioni sovranazionali. A un approccio fortemente formalistico e ancorato prevalentemente al dato testuale della legge fa da contraltare, in

sede europea, un approccio empirico⁵⁶, fondato su valori da proteggere e attuare in concreto (la tutela effettiva di diritti sostanziali e processuali), se necessario, nell'inerzia del legislatore, anche per via giudiziaria (carta giocata, va ribadito, in modo spregiudicato in questa storia⁵⁷): per di più, con una concezione diversa, talora proprio contrapposta, quanto a metodo e merito, di ciò che costituisca diritto penale (per separarlo da ciò che non ne faccia parte), e di come distinguere, all'interno di esso, ciò che è sostanza dalla procedura.

La nuova questione sollevata dalla Corte costituzionale, con l'ordinanza n. 24 del 2017, nell'aprire formalmente al dialogo con la Corte di giustizia, tende a proporre in realtà una divisione tra mondi opposti e inconciliabili: di qua il diritto italiano, con la sua tradizione irrinunciabile; di là quello europeo, al quale formalmente si mostra deferenza (purché non si ingerisca in questioni vitali). Sembra il piano per una sorta di convivenza da separati, il cui pregio principale è quello di guadagnare tempo. Tuttavia, non si intravede, nel ragionamento condotto, alcuna strada per raggiungere, o almeno per intraprendere il cammino verso una integrazione reale degli ordinamenti: è questo, in realtà, il nodo che, se non affrontato adesso, tenderà a riproporsi in successive occasioni. A nulla vale sperare, sotto questo aspetto, che il rinvio di per sé consenta di porsi alle spalle questo problema di fondo, quasi come se, anche per esso, si potesse sperare nell'oblio favorito dal decorso del tempo.

BIBLIOGRAFIA

AMALFITANO, Chiara. Da una impunità di fatto a una imprescrittibilità di fatto della frode in materia di imposte sul valore aggiunto?. *Dir. pen. cont.*, 22 settembre 2015, p. 1.

⁵⁶ M. Vogliotti, *Il giudice al tempo dello scontro di paradigmi*, cit., p. 10. Si vedano anche le considerazioni su questo tema di R. E. Kostoris, *Equità, processo penale, diritto europeo. Riflessioni di un giurista di civil law*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 1653 s.

⁵⁷ Il riferimento è alla forzatura operata per indurre il legislatore a includere l'IVA tra i reati ricompresi nella proposta di direttiva PIF, il cui stallo è legato anche al conflitto in relazione all'imposta sul valore aggiunto.

AMALFITANO, Chiara. La vicenda Taricco nuovamente al vaglio della Corte di Giustizia: qualche breve riflessione a caldo. *Eurojus.it*, 29 gennaio 2017.

AMALFITANO, Chiara. Il ruolo dell'art. 325 TFUE nella sentenza Taricco e le sue ricadute sul rispetto del principio di legalità penale. *Forum Quaderni costituzionali*, www.forumcostituzionale.it, 5 ottobre 2016, p. 1 s.

AMODIO, Enio. L'Abuso delle forme degli atti processuali penali. *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 559 s.

AMODIO, Enio. Il fascino ingannevole del pregiudizio effettivo (a proposito di abuso del processo). *Cassazione penale*, 2012, p. 3596.

AMBROSETTI, Enrico. La sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea in tema di disapplicazione dei termini di prescrizione: medioevo prossimo venturo?. *Proc. pen. e giust.*, 2016, p. 44 s.

BALSAMO, Antonio; TRIZZINO, Luisa. La prescrizione del reato nel sistema italiano e le indicazioni della Corte europea: fine di un equivoco?. *Cassazione penale*, n. 7/8, 2011, p. 2804 – 2812.

BELLANTONI, Giuseppe. Sub Art. 47 c.p.p. In: CONSO, Giovanni; ILLUMINATI, Giulio. *Commentario breve al codice di procedura penale*, 2ª ed., Padova, 2015, p. 173-176.

BERNARDI, Alessandro. La competenza penale accessoria dell'Unione europea: problemi e prospettive. *Dir. pen. cont.*, 27 ottobre 2011, p. 1 s.

BERNARDI, Silvia. Prescrizione e strage alla luce del diritto europeo: una nuova problematica sentenza della Cassazione. *Dir. pen. cont.*, 5 luglio 2016.

BILLIS, Emmanouil. The European Court of Justice: A “Quasi-Constitutional Court” in Criminal Matters? The Taricco Judgment and Its Shortcomings. *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 7, Issue 1, 2016, p. 20 s.

BIN, Roberto. Taricco, una sentenza sbagliata: come venirne fuori?. *Dir. pen. cont.*, 4 luglio 2016, p. 1 s.

CAMON, Alberto. La torsione d'un sistema. Riflessioni intorno alla sentenza Taricco. *Arch. n. proc. pen.*, 2016, p. 2 s.

CAPRIOLI, Francesco. Abuso del diritto e nullità inoffensiva. *Cassazione penale*, 2012, p. 2444.

CAPRIOLI, Francesco; VICOLI, Daniele. *Procedura penale dell'esecuzione*, 2ª ed., Torino: Giappichelli, 2011, p. 44-48.

CASSIBBA, Fabio. Violato il divieto di tortura: condannata l'Italia per i fatti della scuola 'Diaz-Pertini'. *Dir. pen. cont.*, 27 aprile 2015.

CIAVOLA, Agata. Le Sezioni Unite superano la tradizionale distinzione tra cause di inammissibilità originarie e sopravvenute e pongono un importante freno alla prassi dei ricorsi manifestamente infondati o pretestuosi, *Cassazione penale*, 2001, p. 2988 s.

CIVELLO, Gabriele. La sentenza “Taricco” della Corte di giustizia UE: contraria al Trattato la disciplina italiana in tema di interruzione della prescrizione del reato. *Arch. pen.* online, 2015, p. 1 s.

CIVELLO, Gabriele. Il “dialogo” fra le quattro Corti: dalla sentenza “Varvara” (2013) della CEDU alla sentenza “Taricco” della CGUE. *Arch. pen.*, 2015, p. 795-806.

COLELLA, Angela. La Corte “condanna” l’Italia per la violazione sostanziale e procedurale dell’art. 2 CEDU in relazione all’uccisione di un diciannovenne albanese ad opera di un agente di polizia. *Dir. pen. cont.*, 30 marzo 2011.

CORDERO, Franco. Procedura penale, Milano: Giuffrè, 9ª ed., 2012, p. 987.

CORDERO, Franco. La decisione sul reato estinto. *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1962, p. 678.

CUPELLI, Cristiano. La Corte costituzionale ancora non decide sul caso Taricco, e rinvia la questione alla Corte di giustizia. *Dir. pen. cont.*, 30 gennaio 2017.

CUPELLI, Cristiano. Il caso Taricco e il controlimite della riserva di legge in materia penale. *Giur. cost.*, 2016, p. 419 s

DE LUCA, Giuseppe. I limiti soggettivi della cosa giudicata penale, Milano: Giuffrè, 1963, p. 162.

DOMINIONI, Oreste. Improcedibilità e proscioglimento nel sistema processuale penale, Milano: Giuffrè, 1974, p. 137.

EUSEBI, Luciano. Nemmeno la Corte di giustizia dell’Unione europea può erigere il giudice a legislatore. Note in merito alla sentenza Taricco. *Dir. pen. cont.- Riv. Trim.*, 2/2015, p. 40 s.

FARAGUNA, Pietro. PERINI, Pietro. L’insostenibile imprescrittibilità del reato. La Corte d’appello di Milano mette la giurisprudenza “Taricco” alla prova dei controlimiti. *Dir. pen. cont.- Riv. Trim.*, 1/2016, p. 204 s.

FLETCHER, George. Basic Concepts of Criminal Law, New York: Oxford University Press, 1998, p. 12-13.

FRONZA, Emanuela. Complementarità, esercizio della giurisdizione e adeguamento a livello interno, in Aa.Vv., Introduzione al diritto penale internazionale, 3ª ed., Milano: Giuffrè, 2016, p. 27 s.

GALLUCCIO, Alessandra. La Cassazione di nuovo alle prese con Taricco: una sentenza cauta, in attesa della pronuncia della Corte costituzionale. *Dir. pen. cont.*, 30 marzo 2016.

GAMBARDELLA, Marco. Caso Taricco e garanzie costituzionali ex art. 25 Cost. *Cass. pen.*, 2016, 1462 s.

GIOSTRA, Glauco. Il problema della prescrizione penale: aspetti processuali. *Giur. it.*, 2005, p. 2221.

GIULIANI, Livia. Rimessione del processo e valori costituzionali. Torino: Giappichelli, 2002, p. 267.

GIUFFRIDA, Fabio. The Limitation Period of Crimes: Same Old Italian Story, New Intriguing European Answers. Case note on C-105/14, Taricco. *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 7, Issue 1, 2016, p. 100 s.

GIUNTA, Fausto. Prescrizione del reato e tempi della giustizia, in Aa.Vv., Accertamento del fatto, alternative al processo, alternative nel processo. Milano: Giuffrè, 2005, p. 120 s

ILLUMINATI, Giulio. Il tema: abuso del processo, legalità processuale e pregiudizio effettivo. *Cassazione penale*, 2012, p. 3593.

KLIP, André. European Criminal Law. An Integrative Approach, 3rd ed., Antwerp: Intersentia, 2016, p. 10.

KOSTORIS, Roberto (a cura di), Manuale di procedura penale europea, 3^a ed. riveduta e ampliata, Milano: Giuffrè, 2017, p. 69.

KOSTORIS, Roberto. Equità, processo penale, diritto europeo. Riflessioni di un giurista di civil law. *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 1653 s.

LEO, Guglielmo. L'abuso del processo nella giurisprudenza di legittimità. *Diritto penale e processo*, 2008, p. 508.

LOZZI, Gilberto. *Favor rei* e processo penale, Milano: Giuffrè, 1968, p. 57 s.

LUCIANI, Massimo. Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale. *Rivista AIC*, n. 2/2016, 15 aprile 2016, p. 1 s.

LUGARÀ, Roberta. La tutela "multilivello" dei diritti come canone normativo. Brevi spunti a partire dal caso Taricco. *Libero osservatorio del diritto*, 2015, p. 36 s.

LUPO, Ernesto. La primauté del diritto dell'UE e l'ordinamento penale nazionale. Riflessioni sulla sentenza Taricco. *Dir. pen. cont.- Riv. Trim.*, 1/2016, p. 217.

MAIELLO, Vincenzo. Prove di resilienza del *nullum crimen*: Taricco versus controlimiti. *Cassazione penale*, 2016, p. 1250 s.

MANACORDA, Stefano. Le garanzie penalistiche nei rapporti con il diritto dell'Unione e il problematico ricorso al rinvio pregiudiziale: una lettura contestualizzata del caso Taricco. *Cassazione penale*, 2016, p. 3488 s.

MANES, Vittorio. La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a "Taricco". Note minime all'ordinanza della Corte Costituzionale n. 24 del 2017. *Dir. pen. cont.*, 13 febbraio 2017.

MANES, Vittorio. La "svolta" Taricco e la potenziale "sovversione di sistema": le ragioni dei controllimiti. *Dir. pen. cont.*, 6 maggio 2016, p. 1 s.

MANES, Vittorio. La "confisca senza condanna" al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza (Nota a Corte costituzionale, sentenza n. 49 del 2015). *Cassazione penale*, 2015, p. 2204 s.

MARCOLINI, Stefano. La prescrizione del reato tra diritto e processo: dal principio di legalità sostanziale a quello di legalità processuale. *Cassazione penale*, 2016, p. 362 s.

MARINELLI, Claudio. Ragionevole durata e prescrizione del processo penale, Torino: Giappichelli, 2016, p. 429 s.

MAZZA, Oliviero. Scelte politiche "europee" e limiti costituzionali in tema di prescrizione del reato. *Arch. pen.*, 2015, p. 775 s.

MICHELETTI, Dario. Premesse e conclusioni della sentenza Taricco. Dai luoghi comuni sulla prescrizione al primato *in malam partem* del diritto europeo. <www.la legislazione penale.eu>, 3 febbraio 2016, p. 1 s.

MIGLIO, Alberto. L'Italia condannata per violazione del diritto alla vita a causa di indagini incomplete su una morte sospetta. *Legislazione Penale*, 2011, pp. 433-434.

MINNELLA, Carmelo. Frodi in materia di Iva: la Cassazione chiarisce quando la prescrizione non contrasta con il diritto Ue. Reperibile in: <<http://www.guidaaldiritto digital.ilsole24ore.com/art/penale>>, 21 gennaio 2017. Ultimo accesso: 30 giugno 2017.

MORELLI, Francesco. Le formule di proscioglimento. Radici storiche e funzioni attuali, Torino: Giappichelli, 2014, p. 323.

NOBILI, Massimo. La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti, Bologna: CLUEB, 1989, p. 254.

NEGRI, Daniele. Il dito della irretroattività sfavorevole e la luna della garanzia giurisdizionale: la posta in gioco dopo la sentenza Corte di giustizia UE, Taricco, in PAONESSA, Caterina; ZILLETTI, Lorenzo (a cura di), *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie. I nuovi scenari della soggezione al diritto*

dell'Unione europea: a proposito della sentenza della Corte di giustizia Taricco, Pisa: Panici, 2016, p. 69 s.

PADOVANI, Tulio. Abuso del processo. *Cassazione penale*, p. 3605.

PALAZZO, Francesco. L'abuso del processo e i suoi rimedi tra legalità processuale e legalità sostanziale, *Cassazione penale*, p. 3609.

PANEBIANCO, Giuseppina. La variabile consistenza delle garanzie penali nella politica criminale europea. *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 1724 s.

PICOTTI, Lorenzo. Riflessioni sul caso Taricco. Dalla "virtuosa indignazione" al rilancio del diritto penale europeo. *Dir. pen. cont.*, 24 ottobre 2016, p. 1 s.

POLLICINO, Oreste; BASSINI, Marco. When cooperation means request for clarification, or better for "revisitation". The Italian Constitutional Court request for a preliminary ruling in the Taricco case (C. cost., decision No. 24 of 26 January 2017). *Dir. pen. cont.*, 30 gennaio 2017.

PULITANÒ, Domenico. La posta in gioco nella decisione della Corte costituzionale sulla sentenza Taricco. *Dir. pen. cont.- Riv. Trim.*, 1/2016, p. 228 s.

PULITANÒ, Domenico. Il nodo della prescrizione. *Dir. pen. cont.- Riv. Trim.*, 1/2015, p. 20 s.

REPETTO, Giorgio. La Cassazione sul caso Taricco, tra disapplicazione con effetti retroattivi *in malam partem* e mancata attivazione dei controlimiti. *Giur. cost.*, 2016, p. 329 s.

ROMANO, Bartolomeo. Prescrizione del reato e ragionevole durata del processo: principi da difendere o ostacoli da abbattere?. *Dir. pen. cont.- Riv. Trim.*, 1/2016, p. 79 s.

ROSSI, Francesco. L'obbligo di disapplicazione *in malam partem* della normativa penale interna tra integrazione europea e controlimiti. La problematica sentenza Taricco della Corte di giustizia. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc.1, 2016, pag. 376 s.

ROSSI, Francesco. La sentenza Taricco della Corte di giustizia e il problema degli obblighi di disapplicazione *in malam partem* della normativa penale interna per contrasto con il diritto UE. *Dir. pen. e proc.*, 2015, p. 1564 s.

SCOMPARIN, Laura. Il proscioglimento immediato nel sistema processuale penale, Torino: Giappichelli, 2008, p. 79.

SICURELLA, Rosaria. Sub Art. 49, in MASTROIANNI, Roberto; POLLICINO, Oreste; ALLEGREZZA, Silvia; PAPPALARDO, Fabio; RAZZOLINI, Orsola (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano: Giuffrè, 2017, p. 979-996.

SILVANI, Simona. Il giudizio del tempo. Uno studio della prescrizione del reato, Bologna: il Mulino, 2009.

SOTIS, Carlo. Il limite come controlimite. Riflessioni sulla vicenda Taricco. *Dir. pen. cont.*, 14 ottobre 2016, p. 1 s.

SOTIS, Carlo. Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea. *Cassazione penale*, 2010, p. 326-346.

VALENTINI, Vico. La ricombinazione genica della legalità penale: biotechnological strengthening o manipolazione autodistruttiva? Su Taricco, Varvara e altre mine vaganti. *Dir. pen. cont.*, 20 giugno 2016, p. 1 s.

VENEGONI, Andrea. Ancora sul caso Taricco: la prescrizione tra il diritto a tutela delle finanze dell'Unione ed il diritto penale nazionale. *Dir. pen. cont.*, 30 marzo 2016, p. 1 s.

VENEGONI, Andrea. La sentenza Taricco: un'ulteriore lettura sotto il profilo dei riflessi sulla potestà legislativa dell'Unione in diritto penale nell'area della lotta alle frodi. *Dir. pen. cont.*, 29 ottobre 2015, p. 1 s.

VIGANÒ, Francesco. La Grande Camera della Corte di Strasburgo su *ne bis in idem* e doppio binario sanzionatorio. *Dir. pen. cont.*, 18 novembre 2016.

VIGANÒ, Francesco. Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco. *Dir. pen. cont.*, 9 maggio 2016, p. 1 s.

VIGANÒ, Francesco. Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA?. *Dir. pen. cont.*, 14 settembre 2015, p. 1 s.

VIGANÒ, Francesco. La difficile battaglia contro l'impunità dei responsabili di tortura: la sentenza della corte di Strasburgo sui fatti della scuola Diaz e i tormenti del legislatore italiano. *Dir. pen. cont.*, 15 aprile 2015.

VIGANÒ, Francesco. Riflessioni *de lege lata e ferenda* su prescrizione e tutela della ragionevole durata del processo. *Dir. pen. cont.- Riv. Trim.*, 3/2013, p. 26.

VIGANÒ, Francesco. L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. IV, 2011, p. 2645 s.

VOGLIOTTI, Massimo. Il giudice al tempo dello scontro di paradigmi. *Dir. pen. cont.*, 2 novembre 2016, p. 17-18.

Informações adicionais e declarações dos autores (integridade científica)

Declaração de conflito de interesses (conflict of interest declaration): o autor confirma que não há conflitos de interesse na realização das pesquisas expostas e na redação deste artigo.

Declaração de coautoria e especificação das contribuições (declaration of authorship): todas e somente as pessoas que atendem os requisitos de autoria deste artigo estão listadas como autores; o autor se responsabiliza integralmente por este trabalho em sua totalidade.

Declaração de ineditismo e originalidade (declaration of originality): este artigo é uma versão revisada do trabalho originalmente publicado em: CAIANIELLO, Michele. Processo penale e prescrizione nel quadro della giurisprudenza europea. Dialogo tra sistemi o conflitto identitario. *Diritto Penale Contemporaneo – Rivista Trimestrale*, n. 2, p. 216-230, 2017; o autor assegura que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

Dados do processo editorial

(<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies>)

- Recebido em: 24/06/2017
- Retorno rodada de correções: 27/07/2017
- *Autor convidado*

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editora-assistente: 1 (BC)

<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies> - custom-1

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

CAIANIELLO, Michele. Processo penale e prescrizione nel quadro della giurisprudenza europea. Dialogo tra sistemi o conflitto identitario? *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 3, p. 967-1006, set./dez. 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i3.99>



Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.

A construção participada da decisão penal no Estado Democrático de Direito: a garantia de participação das partes, pelo contraditório, na composição da decisão justa e legítima

The participative construction of the criminal decision in democratic states ruled by the law: the guaranty of participation of the parties, through confrontation, in the composition of a fair and legitimate decision

Flávio da Silva Andrade¹

Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais – Belo Horizonte/MG
flavio.andrade.ro@gmail.com

 lattes.cnpq.br/9592306654276563

 orcid.org/0000-0001-9571-6551

RESUMO: O presente artigo versa sobre um tema que não é novo, mas se mantém atual: a construção participada da decisão penal no Estado Democrático de Direito. A partir das noções de Estado de Direito, de Garantismo e de Democracia, busca-se (re)avivar a importância da participação paritária e dialética das partes na gestação da decisão criminal. Como as partes, pelo contraditório, devem cooperar para a composição do provimento jurisdicional criminal justo e legítimo? Defende-se, nessa perspectiva, que as partes assumam o papel de protagonistas no cenário processual, na medida em que a decisão deve ser construída de forma participada, isto é, com base nos argumentos e nas provas que apresentarem, diminuindo-se os espaços que favorecem o arbítrio judicial e o decisionismo. Propõe-se, portanto, que a solução para o caso concreto (recebimento ou indeferimento da denúncia, deferimento ou rejeição de uma medi-

¹ Mestre em Direito pela UFMG. Especialista em Direito Tributário pela UNISUL. Graduado em Direito pela Fundação Universidade Federal de Rondônia (1999). Juiz Federal do TRF da 1ª Região, titular da 4ª Vara da Subseção Judiciária de Uberlândia/MG.

da cautelar penal, condenação ou absolvição) deve ser elaborada com suporte na contribuição dos litigantes, desde o contraste de seus argumentos e das provas que produziram, em contraditório, no regular curso do processo.

PALAVRAS-CHAVE: direito processual penal; estado de direito; garantismo; democracia; garantia do contraditório; decisão penal; construção participada.

ABSTRACT: *This article concerns a topic that is not new, but it remains current: the participatory construction of the criminal decision in a democratic State ruled by law. Starting from the concepts of Rule of Law, of Guarantism and of Democracy, it seeks to renew the importance of the equal and dialectical participation of the parties, through the adversarial system, for the composition of a fair and legitimate criminal judicial decision. It is argued, from this perspective, that the parties should take the role of protagonists in the procedural scenario, since the decision should be built in a participatory way, i.e., based on the arguments and evidence presented, thus reducing the gaps that favor judicial discretion and decisionism. It is proposed, therefore, that the solution to the concrete case (acceptance or dismissal of the information or indictment, grant or rejection of a criminal precautionary measure, conviction or acquittal) should be elaborated with support on the contribution of the litigants, from the contrast of their arguments and of the evidence produced, in adversarial proceedings, in the regular course of the process.*

KEYWORDS: *criminal procedural law; rule of law; guarantism; democracy; guarantee of contradictory principle; criminal decision; participative construction.*

SUMÁRIO: Introdução; 1. Estado de Direito, Garantismo e Democracia; 2. O princípio do contraditório como garantia de participação das partes na construção da decisão penal; 3. A construção participada da decisão penal justa e legítima no Estado Democrático de Direito; Considerações finais; Referências.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal Brasileira de 1988 adotou, em seu artigo 1º, um modelo de Estado Democrático de Direito, de modo que os proces-

tos não devem ser conduzidos e as decisões não podem ser tomadas sem a participação direta daqueles que serão afetados pelo provimento. Não é mais aceitável que os atos estatais sejam elaborados autoritariamente, sem a colaboração dos cidadãos que terão suas esferas de direitos atingidas.

Com a (re)democratização, a produção dos atos jurídicos estatais passou a ser enxergada por um novo viés, ou seja, com base na efetiva cooperação daqueles que são afetados pelos efeitos do provimento (legislativo, executivo ou judicial), conforme a doutrina de Elio Fazzalari. Essa compreensão trouxe para o processo judicial uma visão democrática, tornando-o um espaço discursivo (dialógico-crítico) e de construção participada da decisão judicial, a partir do contraditório, em simétrica paridade.

Nessa perspectiva, a partir das noções de Estado de Direito, de Garantismo e de Democracia, (re)surgem os seguintes questionamentos: como a decisão penal deve ser construída para que esteja em conformidade com a lei, com a Constituição da República e realize justiça no caso concreto? Em que consiste a construção participada da decisão criminal no Estado Democrático de Direito? Como as partes devem, pelo contraditório, participar da gestação da decisão penal a fim de que se revele adequada e legítima? É certo que o tema não é novo, mas é inegável que se mantém atual, pois a forma de composição do provimento jurisdicional é assunto de extrema relevância, que exerce papel fundamental no constitucionalismo e na democracia modernos, sobretudo quando ainda presentes, no atuar de alguns magistrados, o excesso de subjetivismo e o risco do decisionismo.

Este estudo, portanto, almeja (re)avivar o debate epistemológico sobre a questão, realçando a relevância do contraditório como garantia processual e constitucional de participação das partes na construção do ato decisório.

1. ESTADO DE DIREITO, GARANTISMO E DEMOCRACIA

Estado de Direito, segundo José Joaquim Gomes Canotilho², é uma locução (*Rechtsstaat*) cunhada na Alemanha, no início do século

² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, pp. 96-97.

XIX, que significa a submissão do Estado ao Direito. O conceito foi desenvolvido pela corrente positivista (Hans Kelsen e Norberto Bobbio), traduzindo a ideia de Estado como um produto do Direito, formado a partir de uma ordem jurídica baseada em uma Constituição.

No Estado de Direito, a Administração está subordinada à lei (vigora o princípio da legalidade). Há a limitação do poder estatal pelo Direito, quer dizer, o Estado fica submetido ao Direito. Essa ideia de Estado de Direito contrapõe-se à de Estado de Polícia (*Polizeistaat*), no qual tudo é controlado pelo Estado.

Segundo Ricardo Luis Lorenzetti³, o Estado de Direito, com foco no respeito a um “consenso majoritário precedente”, na “garantia dos procedimentos democráticos e constitucionais” e na “descentralização do poder mediante ações participativas da sociedade civil”, constitui um relevante paradigma para a construção das decisões judiciais. O Estado de Direito, calcado nas ideias de tutela de direitos e de garantia da participação dos cidadãos, é uma referência ou baliza que necessariamente condiciona a elaboração ou a tomada de decisões.

O garantismo, por sua vez, é uma doutrina político-constitucional que assegura direitos ao cidadão, isto é, que estabelece garantias em seu favor de modo a limitar o poder estatal. Noutras palavras, consiste em um sistema de garantias dos direitos fundamentais (civis, políticos e sociais), em uma teoria jusfilosófica voltada à tutela do cidadão contra o arbítrio do Estado, dirigida à proteção dos direitos individuais mediante a limitação dos poderes estatais.

A referida teoria, consistente em um verdadeiro paradigma constitucional, equivale, nas palavras de Luigi Ferrajoli⁴:

“(…) en el plano teórico, al sistema de límites y vínculos sustanciales, cualesquiera que éstos sean, impuestos a la totalidad de los poderes públicos por normas de grado jerárquicamente superior a las producidas por su ejercicio. Es precisamente en su carácter

³ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial – fundamentos de Direito*. Trad. de Bruno Miragem. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 322 e 371.

⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo: debate sobre el derecho y la democracia*. Traducción de Andrea Greppi. 2ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009, p. 42.

formal, y por tanto en el reconocimiento del carácter «contingente» en el plano teórico-jurídico de sus contenidos, donde reside, a mi entender, la innegable y no opinable fuerza vinculante del paradigma constitucional; mientras la tesis de la conexión con (esto es, con una) moral debilita su valor teórico, reduciendo el constitucionalismo a una ideología más o menos compartida que sublima como código moral la constitución existente”.

O garantismo penal, por outro lado, consiste em uma teoria jurídico-penal de tutela do direito fundamental de liberdade. Trata-se de um modelo jurídico-penal que tem raízes no pensamento iluminista de Beccaria⁵, que, na segunda metade do século XVIII, propugnou por um processo criminal justo, público e humanitário, em que as penas deveriam estar previstas em lei e serem proporcionais aos delitos praticados. Essa teoria, (re)formulada por Luigi Ferrajoli⁶, parte do pressuposto de que o homem só é realmente livre se houver um sistema de garantias penais e processuais⁷ que o proteja do arbítrio punitivo do Estado.

⁵ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. de Torrieri Guimarães. 6ª ed. São Paulo: Martin Claret, 2014, p. 99.

⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Trad. de Ana Paula Zomer Sica e outros. 4ª edição revista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 15.

⁷ A partir dos problemas da pena, do crime e do processo, Ferrajoli construiu com extrema desenvoltura um modelo jurídico-penal considerado ideal, orientando-se pelos seguintes questionamentos: a) se, por que, quando e como punir; b) se, por que, quando e como proibir; c) se, por que, quando e como julgar. Para responder a esses questionamentos, Ferrajoli aponta 10 (dez) axiomas conexos entre si, os quais representam a base ou a síntese de sua destacada teoria. Tais axiomas são condições necessárias para a imposição de pena (condições da responsabilidade penal): - *delito, lei, necessidade, ofensa, ação, culpabilidade, jurisdição, acusação, prova e defesa*. A ausência de quaisquer delas torna ilegítima a aplicação da pena. Assim, a partir desses axiomas, são delineados os seguintes princípios que formam o sistema garantista (SG): 1) princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao crime (não há pena sem crime); 2) princípio da legalidade (não há crime sem lei); 3) princípio da necessidade ou da economia do direito penal (só há tutela penal se houver necessidade); 4) princípio da lesividade ou da ofensividade (só há crime se houver lesão a bem jurídico); 5) princípio da materialidade ou da exterioridade da ação (só há crime se for praticado com comportamento humano típico, comissivo ou omissivo); 6) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal (não há crime

Por relevante, calha pontuar que, de acordo com Douglas Fischer⁸, o garantismo penal não se destina apenas à proteção do indivíduo contra os abusos punitivos do Estado, mas também se volta ao dever de proteção eficiente atribuído ao poder público, que deve assegurar o direito de segurança aos cidadãos. Assim, desenvolvendo suas ideias a partir desse duplo viés, denomina *garantismo penal integral* o pensamento garantista que busca o equilíbrio entre a proteção dos direitos fundamentais do acusado e o interesse público em uma repressão criminal eficiente. Em sintonia com o conceito de Estado de Direito, o garantismo, portanto, é um sistema de vínculos impostos ao poder estatal em garantia dos direitos dos cidadãos, um sistema destinado a conter os abusos do Estado contra o indivíduo.

No que tange à democracia, J. J. Gomes Canotilho ensina que, como princípio normativo, é, na essência, conforme conhecida *fórmula de Lincoln*, o “governo do povo, pelo povo e para o povo”.⁹ Essa é uma noção simples, mas traçar o conceito de democracia não é uma tarefa fácil¹⁰, uma vez que se apresenta em vários tipos, com valores e fato-

sem existir um nexo de imputação de um delito a seu autor); 7) princípio da jurisdicionariedade (não se impõe pena sem juízo, sem um procedimento judicial); 8) princípio acusatório (deve haver separação entre juiz e acusação); 9) princípio do ônus da prova (o ônus da prova deve ficar a cargo da acusação – presume-se a inocência); e 10) princípio do contraditório ou da defesa, ou falseabilidade (direito de defesa, direito de contraditar e refutar a acusação). O jusfilósofo italiano aduz que essas são as garantias que limitam o poder punitivo no modelo SG do Estado de Direito. Esclarece que os axiomas de 1 a 6 enunciam garantias penais e os de 7 a 10 enunciam garantias processuais (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Trad. de Ana Paula Zomer Sica e outros. 4ª edição revista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 20, 90-92 e 95).

⁸ FISCHER, Douglas. O que é garantismo (penal) integral? In: CALABRICH, Bruno, FISCHER, Douglas, PELELLA, Eduardo (orgs.). *Garantismo Penal Integral*. Questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 42-44.

⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 287.

¹⁰ Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, porém, com felicidade assim definiu democracia: “é a doutrina ou regime político baseado nos princípios da soberania popular ou da distribuição equitativa do poder, ou seja, regime de governo que se caracteriza, em essência, pela liberdade do ato eleitoral, pela divisão de poderes e pelo controle da autoridade, i. e., dos poderes de decisão

res condicionantes próprios. Bem por isso, José Afonso da Silva propôs, com razão, um conceito histórico, definindo democracia como “um processo de afirmação do povo e de garantias dos direitos fundamentais que vai conquistando no correr da história”.¹¹

Justamente no propósito de alcançar um modelo democrático ideal, Robert Dahl, partindo do pressuposto de contínua e maior responsividade do governo às preferências de seus cidadãos, apontou três condições necessárias à democracia: “a) direito de formular suas preferências; b) direito de expressar suas preferências a seus concidadãos e ao governo através da ação individual e da coletiva; e c) direito de ter suas preferências igualmente consideradas na conduta do governo, ou seja, consideradas sem discriminação decorrente do conteúdo ou da fonte da preferência.”¹²

O referido cientista político americano ainda indica 8 (oito) garantias que constituem as bases de um regime verdadeiramente democrático, quais sejam: “1. Liberdade de formar e aderir a organizações; 2. Liberdade de expressão; 3. Direito de voto; 4. Elegibilidade para cargos públicos; 5. Direito de líderes políticos disputarem apoio e votos; 6. Fontes alternativas de informação; 7. Eleições livres e idôneas; 8. Instituições para fazer com que as políticas governamentais dependam de eleições de outras manifestações de preferência.”

Dahl esclarece que, tanto historicamente como no presente, os regimes variam na amplitude com que as 8 (oito) condições institucionais estão abertamente disponíveis¹³. Noutras palavras, os regimes políticos variam na medida em que efetivamente se possa participar e contestar publicamente as condutas de governo. Assim, o referido autor considera que a democratização é formada por ao menos duas dimensões: direito de participar em eleições e cargos públicos (inclusividade) e direito de contestação pública (liberalização). Não há democratização

e de execução.” (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 3ª ed. Curitiba: Positivo, 2004, p. 616).

¹¹ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 126.

¹² DAHL, Robert. *Poliarquia e Oposição*. São Paulo: EDUSP, 2005, p. 25-50.

¹³ DAHL, Robert. *Poliarquia e Oposição*. São Paulo: EDUSP, 2005, p. 25-50.

plena sem que se garanta o direito de participação e sem a possibilidade de uma contestação pública (oposição).

Já o conceito de Estado Democrático de Direito¹⁴ surgiu na busca de se conciliar o ideal democrático ao Estado de Direito. É um modelo que propõe o exercício democrático do poder, que busca garantir a participação do povo na organização política e social do Estado, perseguindo um ideal de liberdade e de justiça social. Conforme a lição de José Afonso da Silva, os princípios do Estado Democrático de Direito são os seguintes: a) vinculação do Estado a uma Constituição como instrumento de garantia jurídica; b) separação dos poderes; c) democracia; d) garantia aos direitos fundamentais; e) segurança jurídica; f) igualdade; e g) justiça social.¹⁵

O Estado Democrático de Direito é sinônimo de garantismo. Essas duas ideias estão interligadas. O modelo de Estado Democrático é um sistema geral de tutela dos direitos fundamentais, enquanto o pensamento garantista é firmemente comprometido com ideais democráticos, sendo hoje um componente essencial do constitucionalismo moderno.

No caso do Brasil, apesar de o modelo adotado no Texto Constitucional ser efetivamente de um Estado Democrático de Direito, a ser guiado pelo garantismo, é certo que ainda não vivemos em uma democracia plena, à luz das dimensões de participação (inclusividade) e de contestação pública (oposição) concebidas por Robert Dahl.

Se, de um lado, é inegável haver a garantia da contestação pública (oposição), de outro, ainda há muito a caminhar em termos de inclusão, de concretização do direito e de participação dos cidadãos nos diferentes planos da vida pública. Urge avançar rumo a maiores oportunidades de uma efetiva participação popular nas decisões políticas, no aumento da real representatividade dos diversos segmentos da socieda-

¹⁴ Bernardo Gonçalves Fernandes aduz que “o Estado Democrático de Direito é também nominado pelos autores de tradição alemã como ‘Estado Constitucional’, uma vez que as aquisições históricas deixaram claro que não é submissão ao Direito que justificaria a limitação quer do próprio Estado quer dos Governantes, mas necessariamente uma subjugação total à Constituição.” (*Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 202).

¹⁵ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 122.

de, de forma que o Brasil venha a formar uma poliarquia e chegar, mais adiante, a uma democratização plena.

Como se verá nessas reflexões, também no campo processual é imperiosa a incorporação das garantias de contestação e de participação para que se tenha um processo efetivamente democrático e se alcance uma decisão (participada ou cooperada) que mais se aproxime do ideal de justiça e alcance legitimidade junto à sociedade.

2. O CONTRADITÓRIO COMO GARANTIA DE PARTICIPAÇÃO DAS PARTES NA CONSTRUÇÃO DA DECISÃO PENAL

O primeiro aspecto a ser abordado neste tópico diz respeito à categoria teórica que melhor espelha a noção de contraditório. Seria ele um princípio, um direito ou uma garantia? Refletindo sobre tal questão conceitual-terminológica, André Luiz Nicolitt¹⁶, amparando-se nas lições de Karl Larenz, recorda que os princípios são “normas de grande importância para o ordenamento jurídico por estabelecerem fundamentos normativos para a interpretação e aplicação do Direito”.

Referindo-se às outras duas categorias (direito e garantia) que podem abarcar a ideia de contraditório, Nicolitt aduz tratarem-se de noções que naturalmente se distinguem. A partir do magistério de Ruy Barbosa, o mencionado autor assinala que os direitos são normas de conteúdo declaratório enquanto as garantias são assecuratórias, voltadas à defesa dos direitos, à proteção do cidadão contra o arbítrio de órgãos estatais, ou mesmo de particulares, “não raro ocorrendo a junção de ambos na mesma disposição”.

Destarte, a partir dessas balizas, é clarividente que o contraditório é um princípio, pois encerra uma norma que, por seu peso e dimensão ético-valorativa, orienta o funcionamento do sistema político-jurídico, servindo de importante vetor para ações e procedimentos. Ao

¹⁶ NICOLLITT, André Luiz. A garantia do contraditório: consagrada na Constituição de 1988 e olvidada na Reforma do Código de Processo Penal de 2008. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Coord.). *Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 48-49.

mesmo tempo, na esteira da compreensão de Nicolitt¹⁷, o contraditório é direito dos cidadãos, assim como é garantia, uma vez que tem caráter “assecuratório e limita o atuar estatal”.

Neste trabalho, quer-se enfatizar a dimensão assecuratória do contraditório, explorando mais seu viés como garantia ou remédio destinado a assegurar o direito de participar da gestação de uma decisão na esfera criminal. Daí que tal princípio ou direito será tratado como garantia voltada a limitar a atuação do poder judicante no instante da elaboração do provimento jurisdicional.

O artigo 5º, inciso LV, da Carta da República preconiza que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.” Segundo Eugênio Pacelli¹⁸, a garantia do contraditório, com a da ampla defesa, “institui-se como pedra fundamental do processo e, particularmente, do processo penal”, pois consiste em uma cláusula criada “para proteção do cidadão diante do aparato persecutório estatal”.

A garantia do contraditório está fundada na ideia de ‘contradizer’, de oposição de argumentos, de contraposição de provas, de audiência bilateral das partes pelo juiz, própria da estrutura dialética do processo. Leonardo Greco¹⁹ afirma, nessa senda, que o “(...) contraditório é consequência do princípio político da participação democrática e pressupõe: (...) direito de apresentar alegações, propor e produzir provas, participar da produção das provas requeridas pelo adversário ou determinadas de ofício pelo juiz (...)”.

Paolo Ferrua, enfocando o contraditório no cenário italiano, reputa-o *regra de ouro* para um processo justo. Registra que²⁰:

¹⁷ NICOLITT, André Luiz. A garantia do contraditório: consagrada na Constituição de 1988 e olvidada na Reforma do Código de Processo Penal de 2008. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Coord.). *Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 49-50.

¹⁸ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 43.

¹⁹ GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. *Novos Estudos Jurídicos*, ano. VII, n. 14, p. 9-68, abr. 2002. p. 23.

²⁰ FERRUA, Paolo. Gênese da reforma constitucional do “giusto processo” na Itália. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n° 2, 2017. p. 665.

“O contraditório, que no sistema anterior se exercia essencialmente sobre provas já produzidas, como as atas dos depoimentos das declarações recolhidas pelos órgãos investigadores, agora se realiza no momento exato de formação da prova. (...) Funcional à ideia do contraditório em sentido forte é o complexo das disposições a garantir aquela que o bom direito pode definir como a *regra de ouro do processo acusatório*: as declarações de testemunhas e coimputados valem como prova no processo somente se ‘produzidas’ com o método do exame cruzado; e, salvo exceções taxativamente previstas (por ex. a superveniente irrepetibilidade), nenhuma declaração recolhida unilateralmente pode ser utilizada como prova no julgamento, nem sequer ser contestada durante o depoimento oral de quem as declarou”.

O contraditório é um relevante axioma do sistema penal garantista concebido por Luigi Ferrajoli²¹. É a garantia processual de participar do processo ou, noutras palavras, o direito das partes de serem informadas dos atos e de refutarem as assertivas opostas mediante a produção de provas (direito à informação e possibilidade de refutação) que possam influenciar na formação do convencimento do julgador.

A importância do contraditório foi bem delineada na noção de processo desenvolvida por Elio Fazzalari²², que concebeu o processo como um procedimento em contraditório, de estrutura dialética, do qual as partes devem participar ativamente, em simétrica paridade, com igualdade de oportunidades, de modo que possam contribuir na preparação do ato que lhes afetará. Na composição do ato jurisdicional, “(...) é contemplada a participação não só – e obviamente – do seu autor, mas também dos destinatários dos seus efeitos, em contraditório”, de maneira que eles possam desenvolver atividades cujos resultados o julgador “pode desatender, mas não ignorar”²³.

²¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Tradução Ana Paula Zomer Sica e outros. 4ª edição revista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 90.

²² FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução da 8ª edição por Elaine Nassif. São Paulo: Bookseller, 2006, p. 118-119.

²³ FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução da 8ª edição por Elaine Nassif. São Paulo: Bookseller, 2006, p. 112.

Aroldo Plínio Gonçalves, cuidando do tema à luz das lições do supracitado jurista italiano, explicita com maestria a visão do contraditório “como garantia de participação, em simétrica paridade, das partes, daqueles a quem se destinam os efeitos da sentença, daqueles que são ‘interessados’, ou seja, aqueles sujeitos do processo que suportarão os efeitos do provimento (...)”.²⁴ Esclarece que o contraditório se passa entre as partes e que ao juiz, terceiro imparcial, cabe assegurá-lo, garantindo igualdade de oportunidades (paridade de armas) na fase de preparação do ato final.²⁵

Essa ideia do contraditório, tratado como garantia de efetiva participação dos destinatários dos efeitos do ato final em sua fase preparatória, embora não seja nova, é a que se quer realçar no presente ensaio, uma vez que deságua na noção de composição participada do provimento jurisdicional, de construção da decisão baseada na manifestação e na contribuição das partes.

O contraditório, como garantia de participação ativa das partes, propicia-lhes a faculdade de produzir provas dos fatos que fundamentam suas pretensões; permite-lhes contestar ou impugnar provas, exercer uma atividade argumentativa voltada a interpretação da lei, tudo com o objetivo de influenciar no convencimento do juiz, de contribuir para a construção da solução que se entende justa e adequada para o caso.

Nessa linha de raciocínio, em uma visão contemporânea, o contraditório não é mais considerado apenas como um binômio (*informazione/reazione*), mas deve ser enxergado, segundo Daniel Carneiro Machado²⁶, sob três dimensões reputadas fundamentais e indissociáveis:

“a) direito de informação: o órgão julgador deve informar às partes os atos praticados no processo e os elementos dele constantes; b) direito de manifestação ou reação: é assegurado à parte o direito de se manifestar oralmente ou por escrito sobre os ele-

²⁴ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 103.

²⁵ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 104.

²⁶ MACHADO, Daniel Carneiro. A visão tridimensional do contraditório e sua repercussão no dever de fundamentação das decisões judiciais no processo democrático. *Revista da SJRJ*, Rio de Janeiro, v. 21, nº 41, 2014. p. 72.

mentos fáticos e jurídicos constantes do processo; e c) o direito de influência e de não surpresa: dever de o julgador conferir atenção às razões relevantes apresentadas, não somente para tomar conhecimento, mas também para considerá-las detidamente quando do julgamento, sem surpreender as partes com questões não debatidas”.

Indo um pouco além, há quem veja o contraditório como um quadrinômio²⁷: informação/reação/influência/cooperação. Essa cooperação das partes reflete justamente a relevante participação delas na construção do provimento judicial.

Caminhando exatamente nesse rumo, visando a garantir o direito de a parte, sem surpresas, influir e cooperar na gestação do provimento jurisdicional, o novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), expressamente, dispôs que “não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida” (art. 9º) e que “o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício” (art. 10).

Humberto Theodoro Júnior²⁸ assevera que:

“(…) o contraditório moderno constitui uma verdadeira garantia de não surpresa que impõe ao juiz o dever de provocar o debate acerca de todas as questões, inclusive as de conhecimento oficioso, impedindo que, em ‘solitária onipotência’, aplique as normas ou embase a decisão sobre fatos completamente estranhos à dialética defensiva de uma ou de ambas as partes. Tudo o que o juiz decidir fora do debate já ensejado às partes corresponde a surpreendê-las, e a desconsiderar o caráter dialético do processo (...)”.

²⁷ CUNHA, Leonardo Carneiro da. O Processo Civil no Estado Constitucional e os Fundamentos do Novo Código de Processo Civil Brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 09, 2012, p. 349.

²⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo Justo e Contraditório Dinâmico. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, São Leopoldo, v. 2, nº 1, 2010. p. 70.

Por essa razão, almeja-se chamar a atenção para o fato de que a decisão penal não deve ser exclusivamente fruto do entendimento do juiz, mas deve ser construída de maneira participada, com suporte no contraditório estabelecido entre as partes. A decisão não deve ser resultado da inteligência e da vontade do julgador, mas ser por ele elaborada com apoio no confronto de argumentos e provas apresentados pelas partes.

Como ensina Antonio Magalhães Gomes Filho²⁹:

“(...) o dever de enunciar os motivos do provimento traduz-se, para o juiz, na obrigação de levar em conta os resultados do contraditório e, ao mesmo tempo, demonstrar que o *iter* de formação do provimento desenvolveu-se à luz da participação dos interessados.

De fato, de nada serviria outorgar às partes aquele amplo e complexo feixe de prerrogativas, poderes e faculdades que convergem para a obtenção de um resultado favorável no final do processo se as atividades concretamente realizadas pudessem ser desprezadas pelo juiz no momento da decisão. A estrutura dialética do processo não se esgota com a mera participação dos interessados em contraditório, mas implica sobretudo a relevância dessa participação para o autor do provimento; seus resultados podem até ser desatendidos, mas jamais ignorados.”

Nesse sentido, há muito o provimento jurisdicional deixou de ser um ato isolado do juiz³⁰, que decorre unicamente de seu tirocínio, devendo ser construído coletivamente a partir dos elementos (argumentos e provas) oferecidos pelas partes. O direito para o caso concreto deve exsurgir do confronto de argumentos e provas exibidos pelos litigantes.

Como assinala Aury Lopes Jr.³¹:

“A decisão tem que ser construída no processo penal, em contraditório, e demarcada pelo limite da legalidade (leia-se, res-

²⁹ FILHO, Antonio Magalhães Gomes. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 100.

³⁰ PINTO, Felipe Martins. *Introdução Crítica ao Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 154.

³¹ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1113.

peito às regras do jogo). Não pode ser apenas um ‘decido conforme minha consciência’. Isso seria perfilar-se na superada dimensão da filosofia da consciência e avaliar um perigosíssimo e ilegal decisionismo.”

Daí a importância do garantismo penal de Ferrajoli que, além das garantias penais, estruturou as garantias processuais tendentes a proteger o cidadão dos arbítrios punitivos estatais, visando a propiciar um processo penal justo e uma solução legítima, em conformidade com postulados democráticos adotados pelo Estado.

O jurista italiano, todavia, admite que “na atividade judicial existem espaços de poder específicos e em parte insuprimíveis”, ou seja, que há margem para escolhas interpretativas, pois “o juiz não é uma máquina automática na qual por cima se introduzem os fatos e por baixo se retiram as sentenças (...)”.³² Aduz, no entanto, que é sempre preciso analisá-los buscando alternativas racionais para sua redução e controle.

Nesse prisma, conquanto reconheça a importância do garantismo penal nos sistemas jurídicos democráticos, Ana Cláudia Bastos Pinho³³ assevera que tal teoria se revela insuficiente para fins de controle do poder decisório, haja vista não afastar os fantasmas do decisionismo e do subjetivismo judiciais, acabando por tolerar espaços insuprimíveis de discricionariedade. A referida autora recorda que Ferrajoli “aceita que o juiz sempre está condicionado pelas circunstâncias ambientais nas quais atua, por seus sentimentos, suas inclinações, suas emoções, seus valores ético-políticos”, de forma que, para ele, sempre haverá hiatos de insegurança e uma boa parte de incerteza quanto ao resultado do julgamento³⁴.

³² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica e outros. 4ª edição revista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 42.

³³ PINHO, Ana Cláudia Bastos de. *Para além do garantismo*. Uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 95-96 e 186.

³⁴ PINHO, Ana Cláudia Bastos de. *Para além do garantismo*. Uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 94-95.

Na visão de Bastos Pinho³⁵, embora o garantismo tenha contribuído mediante a indicação de vínculos de controle para o ofício decisório, segue preso a uma teoria semântica do significado, oferecendo uma leitura positivista da Constituição, daí porque não soluciona de modo satisfatório as questões que se apresentam no âmbito da teoria da decisão penal. Ela defende que “o Direito não pode ser reduzido à mera questão de sorte ou de poder”, devendo se adotar um “processo de compreensão, que se dá no jogo dialético do diálogo”, travado no caminhar do processo e que, pela força da argumentação, leve o juiz a oferecer ao cidadão a melhor interpretação possível, a resposta correta ou constitucionalmente adequada, como deve ser em um Estado Democrático de Direito.

De fato, o ofício de julgar, de dizer o direito, como um saber-poder, precisa ser normatizado (e exercido) de maneira que se afastem, o quanto possível, os espaços para valorações subjetivas ou discricionárias que conduzam ao decisionismo judicial, ao indesejável arbítrio dos juízes, comprometendo todo um sistema de garantias penais que caracterizam os Estados de Direito e democráticos. Nesse propósito de estabelecer bases jurídico-científicas para o controle da racionalidade³⁶ das decisões judiciais, Antonio Magalhães Gomes Filho esclarece que “a garantia da motivação representa a *última manifestação do contraditório*, pois o dever de dar razões é que obriga o juiz a levar em conta os resultados da participação dos interessados nas atividades de preparação do provimento”.³⁷

³⁵ PINHO, Ana Cláudia Bastos de. *Para além do garantismo*. Uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 186-187.

³⁶ “A necessária racionalidade da decisão é importante até para que ela seja produzida sob o pálio da arbitrariedade. Isso, porém, não impede que o magistrado use a criatividade na análise dos temas fático-jurídicos versados, uma vez que a justiça para o caso julgado nem sempre está prevista no texto frio da lei. A decisão judicial há de encontrar lastro no ordenamento jurídico, que permite invocar os costumes, os princípios gerais do direito, a analogia e a própria equidade, a fim de realizar justiça. De qualquer sorte, deve ser fundamentada exatamente para que se evitem subjetivismos” (OLIVEIRA, Marcelo Carvalho Cavalcante de. *Decisão judicial: operação racional? Revista da Escola de Magistratura Federal da 1ª Região*. I Jornada de Ciências Sociais. Brasília: ESMAF, 2012, p. 181).

³⁷ FILHO, Antonio Magalhães Gomes. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 242.

Naturalmente, essa garantia de participação das partes na composição da decisão criminal não se refere apenas à sentença, mas diz respeito aos demais atos decisórios inerentes à marcha processual. Nessa perspectiva, no âmbito do Direito Processual Penal Brasileiro, foi bem-vinda a regra do artigo 282, § 3º, do CPP, trazida pela Lei nº 12.403/2011, nos seguintes termos: “Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo”.

Esse dispositivo (e a ele se voltará adiante com mais vagar), garantindo ao imputado a oportunidade de contrapor ou rebater o pleito da autoridade policial ou do Ministério Público antes da prolação de decisão em medida cautelar penal, significou assegurar-lhe uma participação ativa na construção do provimento jurisdicional que poderá afetar sua esfera de interesses. A partir de sua manifestação, por meio da defesa técnica, o juiz obrigatoriamente terá de tomar em conta suas alegações antes de decidir, o que tornará mais legítimo, justo e democrático o provimento que emanará do Poder Judiciário.

Com o propósito de avançar na garantia de participação das partes na composição do ato decisório, urge que no ordenamento processual penal pátrio seja estabelecido, como regra, o contraditório prévio ao recebimento da peça acusatória. Essa medida, que muito tarda, conduzirá a um controle mais efetivo do recebimento das denúncias por meio de decisões fundamentadas a serem elaboradas com base na participação/contribuição do denunciado.

Atanair Nasser Ribeiro Lopes³⁸ afirma:

“(…) verifica-se de forma clara a total impertinência de ser emitido um juízo de valor a respeito da acusação antes de ser ouvido o acusado, assegurando-lhe previamente, como visto, um procedimento dialético, pelo qual possa exercer de forma plena

³⁸ LOPES, Atanair Nasser Ribeiro. Princípio do contraditório: análise sobre o recebimento da denúncia após a defesa preliminar do acusado. *Justiça Penal Consensual. Revista da Escola de Magistratura Federal da 1ª Região*. III Jornada de Direito Processual Penal. Brasília: ESMAF, 2013, p. 55-56.

e válida o direito ao contraditório, com a devida igualdade com a acusação, que se revela na concessão de poderes e faculdades processuais equivalentes aos conferidos àquela, no que se denomina paridade de armas”. “(...) Não há nenhuma dúvida de que o acusado deva ser previamente citado para oferecer defesa e indicar provas antes que o juiz decida sobre o recebimento ou não da acusação contra ele formulada. Não parece ser admissível que o juiz possa proferir prévia decisão a respeito do recebimento ou não da denúncia criminal sem antes ouvir o réu, o que fere plenamente as garantias constitucionais e internacionais estabelecidas”.

A chance de o acusado se pronunciar previamente tornará mais racional e democrático nosso modelo de processo penal, e ajudará a se pôr fim ao recebimento automático de denúncias ineptas ou infundadas. Ninguém pode ser atingido por uma decisão judicial, na esfera de seus interesses, sem que tenha a possibilidade de influir ou contribuir para sua composição em igualdade de condições com a parte contrária.

Fica nítida, assim, a relevância do contraditório nesse processo de construção participada da decisão judicial na esfera criminal, seja ela interlocutória ou definitiva. Se no passado o contraditório era visto como direito de ser cientificado e ouvido, agora ele tem dimensão maior, claramente participativa, devendo ser entendido como a efetiva garantia de colaboração das partes na construção de um provimento jurisdicional justo e legítimo.

3. A CONSTRUÇÃO PARTICIPADA DA DECISÃO PENAL JUSTA E LEGÍTIMA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A Constituição Federal de 1988 assegurou garantias processuais penais (contraditório, ampla defesa, direito à prova, dever de motivação da decisão judicial, publicidade do julgamento por juiz imparcial) e deu um perfil democrático ao processo, o que, nos termos da doutrina faz-zalariana, conduz à necessidade de que os destinatários dos efeitos da decisão judicial possam participar de sua composição, de forma que o ato decisório se aproxime mais do ideal de justiça e se torne legítimo.

Felipe Martins Pinto preleciona:

“No exercício da jurisdição, como decorrência do critério de participação democrática, o Estado é obrigado a franquear a participação daqueles que, potencialmente, sofrerão as consequências do ato oficial em suas esferas de direito, na fase de instrução do provimento na simétrica paridade de suas posições com igualdade de oportunidades entre si. No processo penal, são legitimados a participar da construção do provimento o acusado, a vítima direta, quando esta houver, e a sociedade, a quem interessa tanto o *jus puniendi* quanto o *jus libertatis*.”³⁹

A ideia de construção participada ou cooperada da decisão judicial tem ganhado terreno no debate epistêmico porque coloca o provimento jurisdicional como resultado de um procedimento em contraditório, como fruto da atuação das partes em juízo. Essa compreensão ajuda a dar mais destaque ao papel das partes, colocando-as no centro do palco processual⁴⁰, evidenciando a importância de suas atuações na produção do resultado do processo.

Assim, em um processo de estrutura dialética, em que se garante a participação das partes pelo contraditório, a decisão judicial deve ser construída a partir dos argumentos e provas exibidos pelos litigantes. Daí se falar em construção participada da decisão judicial. A solução para o caso concreto (recebimento ou rejeição da denúncia, deferimento ou rejeição de uma medida cautelar penal, condenação ou absolvição) deve ser elaborada desde a contribuição das partes, a partir do confronto de seus argumentos jurídicos e das provas que produziram⁴¹.

³⁹ PINTO, Felipe Martins. *Introdução Crítica ao Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 150-151.

⁴⁰ José de Assis Santiago Neto sustenta que “o juiz, no processo penal democrático, não deve ocupar o centro do palco processual, devendo dividir essa posição com as partes. O processo democrático não tem apenas um protagonista, possuindo como protagonistas as partes que lançam suas pretensões de validade no decorrer processual, bem como o juiz que proferirá a decisão” (SANTIAGO NETO, José de Assis. *Estado Democrático de Direito e Processo Penal Acusatório: a participação dos sujeitos processuais no centro do palco processual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 173).

⁴¹ A propósito, Felipe Martins Pinto bem sintetiza: “(...) o produto da tarefa jurisdicional fecundará a partir da contribuição das partes, através de argumentos e provas que escorem as suas pretensões e às quais estará vinculado

Essa visão cognoscitiva de decisão participada não retira a importância do juiz no cenário processual, uma vez que ele continua a decidir, interpretando a lei e valorando as provas, mas deve fazê-lo tomando em consideração os elementos (alegações e provas) trazidos aos autos, em contraditório, pelos participantes. As partes deixam o papel de coadjuvantes para assumir a condição de protagonistas da atividade de construção do direito do caso concreto.

Assim, no Estado Democrático de Direito, como defende Lenio Luiz Streck⁴², a decisão não pode ser um ato de vontade ou de escolha do julgador, que decide conforme sua consciência. O provimento jurisdicional deve ser fruto dos argumentos e provas apresentados pelas partes em conflito. Não há (mais) espaço para decisões segundo critérios pessoais, para juízos discricionários, subjetivos ou solipsistas⁴³, caracterizadores de um paradigma epistemológico denominado de “filosofia da consciência”⁴⁴. O professor gaúcho sustenta que os provimentos devem ser construídos segundo critérios objetivos de racionalidade democrática, calcados na filosofia da linguagem⁴⁵, vista como algo que produzimos e que é condição de possibilidade para as interações, de modo que a

o juiz da causa” (PINTO, Felipe Martins. *Introdução Crítica ao Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 129).

⁴² STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 60 e 107.

⁴³ Segundo Nicole Abbagnano, solipsismo consiste na “tese de que só eu existo e de que todos os outros entes (homens ou coisas) são ideias minhas”. O termo representa um viver solitário e egoísta (egoísmo metafísico). Trata-se de uma doutrina que sustenta ser o eu individual toda a realidade, traduzindo a noção de “eu sou o meu mundo” (ABBAGNANO, Nicole. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 918-919).

⁴⁴ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 115.

⁴⁵ Streck afirma que foi o giro ontológico-linguístico operado por Martin Heidegger que levou à ruptura com os paradigmas essencialista-objetivista e da filosofia da consciência (subjetivista), de modo que houve um “descolamento do solipsismo subjetivista para um contexto intersubjetivo de fundamentação” (*ibidem*, p. 60-63). Referido autor, porém, alerta para o fato de que, embora afirme que determinadas posturas judiciais (discricionariedades e subjetivismos) se coadunam com o paradigma da filosofia da consciência, não está fazendo referência à filosofia da consciência *stricto sensu* ou ao solipsismo kantiano, mas à vulgata dessas ideias (*ibidem*, p. 33-34).

resposta correta (decisão jurídica) seja aquela adequada à Constituição e não à consciência do intérprete⁴⁶.

Nesse sentido, Rosemiro Pereira Leal critica o papel do juiz como iluminado ‘descobridor’ da verdade e da justiça. Afirma que, no Estado Democrático de Direito, em que o processo é um espaço discursivo (dialético-crítico), “(...) o decidir não mais pode escorrer do cérebro de um julgador privilegiado que guardasse um sentir sapiente por juízos de justiça e segurança que só ele pudesse, com seus pares, aferir, induzir, ou deduzir, transmitir ou aplicar.”⁴⁷

Tem-se, assim, que a decisão judicial não deve ser produto exclusivo da mente do julgador, visto como um ser superior ou divino que detém todo saber e decide livremente de acordo com sua consciência, desprezando a lei e a colaboração das partes. Pelo contrário, deve ser resultado da contribuição dos litigantes com seus argumentos e provas; deve ser produto de um contraditório participativo (cooperação), de forma que espelhe a melhor solução para a disputa judicial, como se espera de um modelo processual constitucional e democrático.

Nessa linha de pensamento, o magistrado que exerce jurisdição penal precisa rever seu modo de atuar e de decidir. Primeiro, em respeito aos princípios da inércia da jurisdição e da imparcialidade, deve deixar às partes, sujeitos processuais parciais, toda a tarefa probatória e, também, a tomada de iniciativas voltadas à satisfação de suas pretensões, como é imperativo em um sistema penal de modelo acusatório⁴⁸. Realizando uma filtragem constitucional, há de ignorar ou reservar para situações realmente excepcionais os comandos normativos do artigo

⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 16, 17 e 111.

⁴⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002, p. 14.

⁴⁸ Segundo Santiago Neto, “o processo penal no paradigma do Estado Democrático de Direito não comporta o juiz ator, protagonista (...). O juiz deve deixar às partes a atuação ativa, apenas interferindo para fins de assegurar a isonomia entre os sujeitos. Isso não faz com que o julgador se torne condescendente com o crime ou com a criminalidade, mas apenas o faz imparcial (...)” (SANTIAGO NETO, José de Assis. *Estado Democrático de Direito e Processo Penal Acusatório: a participação dos sujeitos processuais no centro do palco processual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 174).

156 do CPP⁴⁹, no que tange à produção de prova *ex officio* pelo julgador⁵⁰. Segundo, deve sempre assegurar o respeito ao contraditório, garantindo à parte contrária a oportunidade de se pronunciar previamente aos atos decisórios que afetem seus interesses.

Os que defendem os poderes instrutórios do juiz não podem olvidar que sua iniciativa, nas palavras de Marcos Alexandre Coelho Zilli⁵¹, “(...) longe de ser antecipada ou prematura, deve ser suplementar ou complementar”, devendo ser caracterizada pela excepcionalidade. O referido autor⁵² ressalta que a iniciativa instrutória do juiz se trata de uma “situação excepcional, concretizável, apenas e tão somente quando as partes processuais não tiverem sido suficientemente hábeis a ponto de esclarecer os fatos, seus pontos e circunstâncias relevantes”⁵³.

Passando adiante, é imperativo que se conceda ao imputado a chance de se manifestar antecipadamente sobre os pleitos cautelares penais, sempre que não haja uma situação excepcional de urgência ou risco de ineficácia da medida, dando-se efetivo cumprimento à regra do

⁴⁹ “Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: 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; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.”

⁵⁰ Para Martins Pinto, “(...) o ativismo instrutório do Órgão Jurisdicional não se justifica nem mesmo motivado para colher elementos favoráveis ao imputado, sendo que tal vedação não prejudica o integrante do polo passivo do processo penal, uma vez que o ônus da prova incumbe ao titular da ação penal e a inocência não prescinde de prova.” (PINTO, Felipe Martins. *Introdução Crítica ao Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 68)

⁵¹ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 181.

⁵² ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 144.

⁵³ Posicionando-se favorável à iniciativa probatória complementar do juiz, Zilli aduz que “o poder de accertamento fático, consubstanciado na possibilidade de tomar iniciativas probatórias, é inerente ao exercício do poder jurisdicional, sobretudo em uma sociedade como a brasileira”, marcada por tantas desigualdades (*ibidem*, p. 274). Assinala que não há violação do princípio da imparcialidade, pois “(...) o julgador desconhece qual será o resultado da diligência e, por consequência, quem será porventura beneficiado” (*ibidem*, p. 174).

artigo 282, § 3º, do CPP⁵⁴. Essa regra do contraditório prévio ou antecipado no que tange às medidas cautelares contribui para a prolação da “melhor decisão”⁵⁵, amplia “(...) a possibilidade de maior acerto da medida a ser decretada” pelo juiz, facilitando “sua tarefa de fazer justiça”⁵⁶.

No que diz respeito às exceções ao contraditório prévio fundadas na urgência da medida, é diante do caso concreto que se poderá aferir as situações invocadas como justificativas excepcionais para a postergação da manifestação do imputado⁵⁷. O importante é estarem mesmo evidenciadas as circunstâncias fáticas improteláveis que realmente justifiquem a dilação do contraditório. Cabe ao juiz averiguar se verdadeiramente, no plano fático, existe uma circunstância real que reclame a deliberação judicial urgente, sem que o representado tenha oportunidade de se manifestar acerca do pleito. O magistrado deve apontar, “com fundamentos concretos, as razões que o levaram a conhecer diretamente do pedido. Este conteúdo decisório é imprescindível para que se tenha por legítima a decretação que assim se verificar”⁵⁸.

É certo, entretanto, que em um caso de pedido de prisão preventiva fundado no risco de fuga do representado, não teria o menor sentido sua intimação para ser previamente ouvido. Mas, nessa hipótese, como sustentam Lopes Jr.⁵⁹ e Luiz Flávio Gomes⁶⁰, deve o juiz

⁵⁴ “Art. 282, § 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo.”

⁵⁵ LOPES JR., Aury. *Prisões Cautelares*. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 34.

⁵⁶ GOMES, Luiz Flávio. Art. 282. In: GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís (org.). *Prisão e Medidas Cautelares: Comentários à Lei 12.403, de 04 de maio de 2011*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 72.

⁵⁷ MARCÃO, Renato. *Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 366.

⁵⁸ MARCÃO, Renato. *Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 367.

⁵⁹ LOPES JR., Aury. *Prisões Cautelares*. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 35.

⁶⁰ GOMES, Luiz Flávio. Art. 282. In: GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís (org.). *Prisão e Medidas Cautelares: Comentários à Lei 12.403, de 04 de maio de 2011*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 72.

assegurar o contraditório posterior, determinando que, após a prisão, o imputado seja conduzido a sua presença para ser ouvido. Aliás, essa providência é hoje imperativa por força da audiência de custódia recentemente regulamentada pelo Conselho Nacional de Justiça.

De outro lado, no que pertine ao risco de ineficácia da medida, parece evidente que, por exemplo, em um caso de cautelar de busca e apreensão ou de pedido de interceptação telefônica, a regra deve ser a do contraditório adiado ou postergado, já que a manifestação prévia do representado tornaria totalmente ineficaz a medida pleiteada.

Havendo prisão em flagrante, ocorrendo ou não a audiência de custódia, apesar de não vedar o artigo 310 do CPP⁶¹, o juiz não deve, de ofício, converter a prisão em flagrante em prisão preventiva (precisa haver representação da autoridade policial ou provocação do *Parquet*), assim como não pode impor uma medida cautelar (seja prisão ou medida diversa da prisão) sem garantir à defesa a chance de se pronunciar, de apresentar argumentos que possam influir no convencimento do julgador e de cooperar no processo decisório.

É imperioso também, no momento da elaboração do ato sentencial, em atenção aos princípios do contraditório e da ampla defesa, o respeito à regra do artigo 155, *caput*, do CPP⁶², que expressamente proíbe a utilização da prova unicamente inquisitorial para embasar uma condenação. Esse proceder, muitas vezes encoberto pela fórmula do *coitejo* da prova colhida no procedimento inquisitivo, afronta o postulado do contraditório e tolhe a participação da defesa. Ora, se o réu não teve oportunidade de contrastar tal prova em juízo, ela não pode servir para amparar um provimento condenatório.

⁶¹ “Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: I - relaxar a prisão ilegal; ou II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.”

⁶² “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.”

André Luiz Nicolitt⁶³ defende que o dispositivo legal em questão precisa ser aprimorado para deixar claro que “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”. Afirma que “o julgamento fundado em provas do processo e complementado ou suplementado por informações do inquérito é nulo por violação do contraditório e do *in dubio pro reo*”.

Portanto, o julgador deve garantir a observância do contraditório participativo e paritário (isonômico), para que o pronunciamento judicial seja resultado do diálogo entre as partes, ou seja, do discurso argumentativo que empreenderam no curso regular do processo, como deve ser em um ambiente de constitucionalidade democrática.

Daí que a decisão judicial – importa reacentuar - deve ser marcada pela dialeticidade, demonstrando que foram considerados os elementos que resultaram das atividades contrapostas desempenhadas pelas partes no curso da ação penal. De acordo com Antonio Magalhães Gomes Filho, o não atendimento do imperativo da dialeticidade é um grave vício do ato decisório, “pois o silêncio do discurso justificativo quanto às provas e alegações das partes revela não só a falta de uma adequada cognição, mas sobretudo a violação de um princípio natural do processo”, qual seja, o princípio do contraditório participativo.⁶⁴

Propondo a reformulação da teoria decisional, Leal assevera que o ato decisório não pode ser consequente de uma consciência judicante ou de um juízo solipsista. Assinala:

“Com efeito, ao se falar numa hermenêutica constitucional no Estado democrático de direito, não há de ser por balizamentos metodológicos da tradição ou autoridade formados na filosofia do sujeito, porque a regência operacional da democracia não ocorre no plano solipsista do intérprete iluminado por uma inte-

⁶³ NICOLITT, André Luiz. A garantia do contraditório: consagrada na Constituição de 1988 e olvidada na Reforma do Código de Processo Penal de 2008. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Coord.). *Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 56.

⁶⁴ FILHO, Antonio Magalhães Gomes. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 88.

ligência genial, mas pela auto-ilustração teórica do princípio do discurso juridicamente (processualmente) institucionalizado e direcionado à concreção dos direitos à fundamentalidade constitucional democrática.”⁶⁵

Desse modo, ainda que mais tardiamente, o juiz criminal precisa assimilar essa ideia de decisão participada, compreendendo que, no processo penal democrático e contemporâneo, passou a dividir o palco com as partes, devendo decidir a partir de suas contribuições, estando vinculado ao conjunto probatório produzido em juízo. O julgador – deseja-se reiterar – não pode descartar o discurso argumentativo e o material probatório apresentados pelas partes, desconsiderando que, no Estado democrático, o processo é justamente o espaço comunicativo-discursivo concebido para viabilizar a participação dos contendores na composição do provimento final.

Na valoração da prova, embora goze de liberdade⁶⁶ (as provas não são tarifadas), o magistrado deve orientar-se por critérios técnicos e lógico-jurídicos, à luz da lei e da Constituição da República, de modo que se afaste o risco do subjetivismo e do voluntarismo decisório. Impõe-se que racionalmente contraste os elementos probantes e os argumentos, mostrando porque as provas produzidas pela parte perdedora não lhe convenceram.

Nesse sentido, quando o juiz age nos limites da lei, de forma objetiva e racional, com observância aos princípios constitucionais que regem a persecução penal, formando sua convicção a partir das provas e do debate levado a efeito pelos litigantes, tem-se que o provimento final é participado (construído mediante colaboração), de modo que as partes são consideradas coautoras da decisão. Não há dúvidas de que

⁶⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002, p. 32.

⁶⁶ Para Cavalcante de Oliveira, “preocupa bastante quando o juiz, estribado no livre convencimento, perpetra arbitrariedades e tenta trazer para o plano racional e motivado aquilo que representa apenas sua vontade pessoal. Daí a necessidade de um razoável exame dos fatos e argumentos lançados na dialética processual” (OLIVEIRA, Marcelo Carvalho Cavalcante de. *Decisão judicial: operação racional?* *Revista da Escola de Magistratura Federal da 1ª Região*. I Jornada de Ciências Sociais. Brasília: ESMAF, 2012, p. 183).

uma decisão assim se mostra mais justa e legítima aos olhos das partes e dos cidadãos. O respeito ao devido processo penal constitui o requisito essencial de uma decisão para que seja reputada equânime e verdadeira, de maneira a alcançar reconhecimento e aceitação geral.

Por outro lado, se essa concepção de construção participada da decisão constitui um antídoto contra o arbítrio judicial, na medida em que reduz o espaço para o subjetivismo/discricionariedade, afastando o risco de decisionismo, ela também eleva as responsabilidades das partes⁶⁷. Exige que os litigantes participem do intercurso dialógico e efetivamente colaborem para a construção do provimento, desincumbindo-se de seus ônus e deveres processuais, na tarefa de construir um resultado mais justo e legítimo.

No campo penal, em que o ônus probatório recai quase que totalmente sobre os ombros do Ministério Público, seu dever de colaboração e de participação é bem mais acentuado, devendo empenhar-se na atividade probante voltada à construção de um provimento que lhe seja favorável. Dito de outro modo, se o autor da ação penal, assim como o réu, tem a oportunidade de participar da composição do provimento final, deve suportar as consequências desfavoráveis de eventual comprometimento inerte ou negligente.

Se se espera que o juiz decida a partir de suas contribuições, as partes devem efetivamente contribuir mediante um exercício dialético, discutindo as questões jurídicas com profundidade, produzindo provas, rebatendo alegações e assumindo seus ônus e deveres processuais. O Ministério Público, se almeja a condenação do réu, deve demonstrar a comprovação da materialidade do delito e também da autoria. O *Parquet* precisa mostrar que o réu não agiu amparado em excludentes ou dirimentes, revelando-se justa e adequada a condenação que pleiteia. Diante dessa postura do órgão de acusação, deve a defesa, se pretende a absol-

⁶⁷ É da assunção das respectivas responsabilidades que resultará “uma efetiva comparticipação dos sujeitos processuais em todo o *iter* formativo das decisões”. A participação real dos sujeitos processuais reclama “(...) a assunção da corresponsabilidade endoprocessual por todos” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo Justo e Contraditório Dinâmico. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, São Leopoldo, v. 2, nº 1, 2010. p. 71).

vição, contrapor ou confrontar os argumentos do Ministério Público; deve repelir as alegações do acusador, apresentando contra-argumentos favoráveis à sua posição.

Note-se que ao réu, naturalmente, é assegurado o direito constitucional de ficar em silêncio (e seu silêncio não pode ser interpretado em seu desfavor). Em respeito à garantia contra a autoincriminação forçada (“*nemo tenetur se detegere*”), jamais ele poderia ser obrigado a colaborar⁶⁸ para o soerguimento de uma decisão justa e legítima. Contudo, ante o pedido condenatório formulado pela acusação, e se realmente se pretende um desfecho diverso, sua defesa técnica não pode ficar inerte, não pode comportar-se com passividade, sob pena de se caracterizar um quadro de deficiência defensiva capaz até de anular o julgamento, se comprovado o prejuízo ao réu.

A apresentação de argumentos, acentue-se, é crucial para quem deseja participar da composição de um provimento jurisdicional. Como consignou Ana Cláudia Bastos de Pinho⁶⁹, “a construção de argumentos coerentes, a apresentação de parâmetros claros, a análise exaustiva das questões submetidas à decisão judicial constituem a resposta certa contra o arbítrio”.

Portanto, em sede de derradeiras alegações, os litigantes, sobretudo o Ministério Público, devem debater suficientemente a prova – o que nem sempre sucede –, transcrevendo depoimentos, se necessário, indicando elementos probantes que dão amparo às suas alegações, apontando as folhas dos autos em que se encontram, evitando passar ao largo de questões sensíveis ou mais complexas que envolvem o caso *sub judice*. Noutras palavras, se as partes tencionam realmente participar da construção do provimento jurisdicional, devem esforçar-se para evidenciar os elementos jurídico-normativos e probatórios que amparam seus pleitos, seus pontos de vista, buscando convencer o juiz de que a

⁶⁸ O acusado tem o direito de não colaborar com a persecução criminal e, por conseguinte, não é obrigado a confessar, a participar de reconstituição do delito, de reconhecimento de pessoas e tampouco a fornecer material genético ou grafotécnico.

⁶⁹ PINHO, Ana Cláudia Bastos de. *Para além do garantismo*. Uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 38.

solução que reclamam é mais adequada à luz das provas e da lei. Se ficarem dúvidas quanto à culpa do réu, o juiz deve absolvê-lo, e não tentar suprir a debilidade dos argumentos do Ministério Público. Noutros dizeres, se o órgão acusador falhar na tarefa de provar e demonstrar a culpa do imputado além de uma dúvida razoável (*beyond a reasonable doubt*), o resultado deve ser absolutório. Se o *Parquet* postular a absolvição do réu, deve ele ser absolvido⁷⁰, não cabendo ao julgador condená-lo, assumindo a condição de um inquisidor.

Em suma, essa concepção de decisão participada, fruto da co-operação, não só no âmbito civil, mas especialmente na esfera penal, ajuda a bem delinear o papel de cada sujeito processual, conduzindo-os a colaborar para a construção do provimento mais justo e adequado ao caso concreto, além de inibir o excesso de subjetivismo do julgador e o risco do decisionismo, harmonizando-se com o ideal de processo consuetudinário e democrático.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das reflexões apresentadas, constata-se que, no Estado Democrático de Direito, a elaboração da decisão judicial deixou de ser um ato isolado ou solitário, elaborado como se fosse um monólogo emanado de um ser superior e onisciente, que julga conforme sua vontade e consciência.

A Constituição Federal de 1988 deu um perfil democrático ao processo, assegurando às partes, dentre outros direitos e garantias, a garantia do contraditório, permitindo-lhes produzir provas dos fatos que fundamentam suas pretensões, contestar ou impugnar provas e exercer sua atividade argumentativa, tudo com o objetivo de influenciar no con-

⁷⁰ Se o juiz discordar de tal pleito absolutório, não se convencendo das razões invocadas pelo membro do Ministério Público, deve aplicar, por analogia, a regra do art. 28 do Código de Processo Penal, ou seja, o processo deve ser remetido ao Procurador-Geral de Justiça a fim de que se pronuncie a respeito. Se o chefe do *Parquet* (ou o órgão que lhe faça as vezes) insistir no pedido de absolvição, restará ao juiz absolver o réu. Todavia, se o Procurador-Geral, divergindo do promotor, postular a condenação, ficará o juiz autorizado a decretá-la.

vencimento do juiz. O processo tornou-se um espaço discursivo-crítico, de comunicação dialógica tendente a construir, de forma participada, a solução justa e legítima para a disputa judicial.

Assim, o contraditório passou a ser visto, modernamente, como garantia de efetiva participação das partes, em simétrica paridade, na construção do provimento jurisdicional que lhes pode afetar. É a partir desse intercurso dialógico, dialético-racional, travado nos autos, que devem ser gestadas as decisões judiciais.

Nessa perspectiva, o direito para o caso concreto não deve surgir exclusivamente da discricionariedade do juiz, conforme sua vontade e senso de justiça, mas a partir do confronto de argumentos e provas exibidos pelos litigantes. O julgador não pode ignorar, mas deve levar em consideração, os argumentos e provas ofertados pelos litigantes com o objetivo de obter uma decisão favorável.

Como já bem assentado na esfera processual civil, também na seara do processo penal, a solução para o caso concreto (recebimento ou rejeição da denúncia, deferimento ou rejeição de uma medida cautelar penal, condenação ou absolvição) deve ser elaborada com base na contribuição das partes, a partir do contraste de seus argumentos jurídicos e das provas que produziram no regular curso do processo. Nisso consiste a construção participada da decisão criminal no Estado Democrático de Direito.

A decisão penal deve ser construída a partir do contraditório, com observância dos vetores insculpidos na Constituição da República, em conformidade com as regras legais em vigor, de maneira que se revele equânime e verdadeira, alcançando reconhecimento e aceitação. Para se atingir esse nobre intento (e talvez aqui resida a maior dificuldade), é essencial que haja uma mudança de mentalidade e de atitude por parte de muitos juízes.

Nos tempos atuais, em que o processo assumiu um modelo democrático e justo, é preciso que o magistrado, no âmbito do processo penal, ajuste ou alinhe aos princípios constitucionais o seu modo de atuar e de decidir, buscando sempre pautar-se pelo sistema acusatório, assegurando o contraditório prévio e deixando aos sujeitos processuais parciais a tomada de iniciativas e também o exercício da atividade voltada à produção de provas.

Não mais é aceitável a decretação de medida cautelar sem que o imputado tenha oportunidade de se manifestar previamente, sem respeito ao contraditório participativo, exceto se houver real urgência ou perigo de ineficácia da medida (artigo 282, § 3º, do CPP). Ainda, embora o artigo 310 do CPP não vede a atuação judicial *ex officio*, a conversão em preventiva da prisão em flagrante não deve acontecer por iniciativa do juiz, em observância aos princípios da inércia da jurisdição e da imparcialidade. Em tal hipótese também não deve o magistrado decidir sem prévia manifestação defensiva, pois é imperioso que dê ao imputado a chance de contribuir para a formação de seu convencimento, de participar do processo decisório. Aliás, em respeito ao princípio do *ne procedat iudex ex officio*, o juiz deve evitar de prover ou agir sem que a parte interessada tenha pedido, devendo também ser repelidas ou reservadas para hipóteses verdadeiramente excepcionais as regras do artigo 156 do CPP que permitem a iniciativa probatória pelo julgador.

Vale ressaltar que essa compreensão de decisão judicial participada não retira a importância do juiz no cenário processual, uma vez que naturalmente continua a interpretar a lei e valorar as provas, mas deve assim agir com amparo nos elementos (alegações e provas) trazidos pelas partes, em contraditório. Os litigantes assumem (também) o papel de protagonistas da atividade de construção do direito do caso concreto.

Cabe também registrar que, embora, de um lado, essa noção de composição participada do ato decisório seja bem-vinda para reduzir os espaços de discricionariedade e decisionismo judiciais, de outro, aumentam as responsabilidades das partes, especialmente do Ministério Público na seara penal, pois devem efetivamente colaborar para construção do provimento judicial final, assumindo seus ônus e deveres processuais. Estão obrigadas, portanto, a discutir as questões jurídicas com mais densidade, a se empenhar na produção das provas destinadas a estabelecer a verdade processual (possível ou aproximada), rebatendo alegações da parte adversa, esforçando-se para demonstrar as razões que amparam seus pontos de vista e seus pleitos.

Em arremate, essa lógica da composição participada do provimento final não pode ser ignorada nesses tempos pós-modernos, sendo de extrema relevância para tornar o processo penal pátrio mais democrático e a decisão judicial mais justa e legítima, como corolário da cola-

boração dos sujeitos processuais. Assim será trilhado um caminho rumo à plena democratização, caracterizada pelo efetivo direito de participar e de contestar.

REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicole. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. de Torrieri Guimarães. 6ª ed. São Paulo: Martin Claret, 2014.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. O Processo Civil no Estado Constitucional e os Fundamentos do Novo Código de Processo Civil Brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 09, p. 349-374, 2012.
- DAHL, Robert. *Poliarquia e Oposição*. São Paulo: EDUSP, 2005.
- FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução da 8ª edição por Elaine Nassif. São Paulo: Bookseller, 2006.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo: debate sobre el derecho y la democracia*. Traducción de Andrea Greppi. 2ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Trad. de Ana Paula Zomer Sica e outros. 4ª edição revista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 3ª ed. Curitiba: Positivo, 2004.
- FERRUA, Paolo. Gênese da reforma constitucional do “giusto processo” na Itália. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, nº 2, 2017, p. 661-688. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i2.61>.
- FILHO, Antonio Magalhães Gomes. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- FISCHER, Douglas. O que é garantismo (penal) integral? In: CALABRICH, Bruno, FISCHER, Douglas, PELELLA, Eduardo (org.). *Garantismo Penal Integral. Questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 42-44.

GOMES, Luiz Flávio. Art. 282. In: GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís (org.). *Prisão e Medidas Cautelares: Comentários à Lei 12.403, de 04 de maio de 2011*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. *Novos Estudos Jurídicos*, ano. VII, n. 14, p. 9-68, abr. 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.

LOPES, Atanair Nasser Ribeiro. Princípio do contraditório: análise sobre o recebimento da denúncia após a defesa preliminar do acusado. *Revista da Escola de Magistratura Federal da 1ª Região*. III Jornada de Direito Processual Penal. Brasília: ESMAF, 2013, p. 49-58.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES JR., Aury. *Prisões Cautelares*. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial – fundamentos de Direito*. Trad. de Bruno Miragem. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MACHADO, Daniel Carneiro. A visão tridimensional do contraditório e sua repercussão no dever de fundamentação das decisões judiciais no processo democrático. *Revista da SJRJ*, Rio de Janeiro, v. 21, nº 41, p. 69-84, 2014.

MARCÃO, Renato. *Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NICOLITT, André Luiz. A garantia do contraditório: consagrada na Constituição de 1988 e olvidada na Reforma do Código de Processo Penal de 2008. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Coord.). *Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 47-57.

OLIVEIRA, Marcelo Carvalho Cavalcante de. Decisão judicial: operação racional? *Revista da Escola de Magistratura Federal da 1ª Região*. I Jornada de Ciências Sociais. Brasília: ESMAF, 2012, p. 181-184.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de. *Para além do garantismo*. Uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

PINTO, Felipe Martins. *Introdução Crítica ao Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

SANTIAGO NETO, José de Assis. *Estado Democrático de Direito e Processo Penal Acusatório: a participação dos sujeitos processuais no centro do palco processual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo Justo e Contraditório Dinâmico. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, São Leopoldo, v. 2, nº 1, p. 65-71, 2010. <https://doi.org/10.4013/rechtd.2010.21.07>

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

Informações adicionais e declarações dos autores (integridade científica)

Agradecimentos (acknowledgement): Agradeço ao promotor de justiça Fabrício Proença de Azambuja e ao editor Vinícius Gomes de Vasconcellos, pela apresentação de críticas tendentes ao aprimoramento deste ensaio. Expresso minha gratidão aos amigos Ludmilla, Mariana, Amanda e Elcimar, pela gentil colaboração na revisão do texto.

Declaração de conflito de interesses (conflict of interest declaration): o autor confirma que não há conflitos de interesse na realização das pesquisas expostas e na redação deste artigo.

Declaração de coautoria e especificação das contribuições (declaration of authorship): todas e somente as pessoas que atendem os requisitos de autoria deste artigo estão listadas como autores.

Declaração de ineditismo e originalidade (declaration of originality): o autor assegura que o texto aqui publicado não foi divulgado anteriormente em outro meio e que futura republicação somente se realizará com a indicação expressa da referência desta publicação original; também atesta-se que não há plágio de terceiros ou autoplagio.

Dados do processo editorial

(<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies>)

- Recebido em: 06/06/2017
- Controle preliminar e verificação de plágio: 07/06/2017
- Avaliação 1: 16/06/2017
- Avaliação 2: 26/06/2017
- Avaliação 3: 27/06/2017
- Decisão editorial preliminar: 27/06/2017
- Retorno rodada de correções: 23/07/2017
- Decisão editorial final: 23/07/2017
- Correções finais autor: 19/08/2017

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Revisores: 3

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

ANDRADE, Flávio da Silva. A construção participada da decisão penal no Estado Democrático de Direito: a garantia de participação das partes, pelo contraditório, na composição da decisão justa e legítima. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 3, p. 1007-1041, set./dez. 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i3.83>



Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.

Verdade Real e a Impossibilidade de Condenação após Manifestação do Ministério Público por Absolvição

Substantial Truth and the Impossibility of Conviction after Manifestation of the Public Prosecutor's Office for Acquittal

Rafael de Deus Garcia¹

Universidade Federal de Lavras – Lavras/MG

rafaeldedeusgarcia@gmail.com

 lattes.cnpq.br/4789803970148615

 orcid.org/0000-0001-7985-521X

RESUMO: Este artigo defende a tese de que a condenação de um acusado após manifestação de absolvição pelo Ministério Público em sede de alegações finais ofende não somente o princípio acusatório, como também os princípios do contraditório e da ampla defesa. Considerando, no entanto, já haver avançado debate doutrinário acerca da constitucionalidade do artigo 385 do Código de Processo Penal, que trata as alegações finais do MP como mero parecer e que faculta ao juiz condenar o réu mesmo quando a instância acusadora pede a absolvição, este artigo tem a intenção de contribuir para a questão demonstrando que essa possibilidade legal prevista no art. 385 só é possível tendo-se por pressuposto o princípio da verdade real, insustentável tanto do ponto de vista epistemológico quanto político-jurídico. Fato é que o princípio acusatório veda ao juízo substituir a acusação quando esta abandona qualquer narrativa processual acusatória capaz de sustentar eventual condenação.

PALAVRAS-CHAVE: Artigo 385 do CPP; Verdade real; Absolvição; Ministério Público; Contraditório.

ABSTRACT: *This paper defends the thesis that the criminal conviction of an accused after a plea of acquittal by the Public Prosecutor's Office in final arguments*

¹ Mestre e graduado em Direito pela Universidade de Brasília. Professor de Direito Penal e de Processo Penal na Universidade Federal de Lavras.

offends not only the accusatory principle, but also the right to an adversarial process. It is known that we already have an advanced debate on the constitutionality of article 385 of the Criminal Procedure Code, which treats the MP's final allegations as mere opinion and which allows the judge to convict the defendant even when the prosecutor requests the acquittal, so this article intends to contribute to the issue by demonstrating that this legal possibility has on its ground the substantial truth principle, unsustainable both from the epistemological and the political-judicial point of view. It is a fact that the accusatory principle prohibits the judge from replacing the accusation when it abandons any accusatory narrative capable of sustaining any conviction.

KEYWORDS: Article 385; Substantial truth; Acquittal; Public ministry; Adversarial System.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Princípio Acusatório e o *actum trium personarum*; 2. Os limites do pedido de condenação na denúncia e a importância das alegações finais; 3. A verdade real como pressuposto epistemológico para a autonomia narrativa do juiz; Considerações Finais; Referências.

INTRODUÇÃO

Este artigo defende a tese de que a condenação de um acusado após a manifestação ministerial para absolvê-lo ofende o princípio acusatório, previsto na Constituição Federal de 1988 em seu art. 129, I. Essa possibilidade legal é prevista no artigo 385 do Código de Processo Penal², que faculta ao juiz proferir sentença condenatória mesmo quando o Ministério Público tenha se manifestado pela absolvição. Assim, defende-se que o referido dispositivo não foi recepcionado pela CF/88. Além disso, entende-se que essa possibilidade acarreta a violação do princípio do contraditório e da ampla defesa, uma vez que o juiz, ao

² No Código de Processo Penal Militar (CPPM), tem-se no art. 437, b, equivalente ao art. 385 do CPP, de modo que a mesma crítica feita neste trabalho igualmente se aplica a esse dispositivo.

condenar após as partes coadunarem entendimento sobre a absolvição, surpreende a defesa com narrativa inédita no processo.

Embora o debate proposto já se encontra relativamente avançado na doutrina processual penal, o artigo se justifica por apontar a incoerência do referido dispositivo no âmbito epistemológico, vez que decorre diretamente do princípio da verdade real. É justamente a invocação do princípio da verdade real que permite ao juízo transcender às partes do processo e desenvolver tese autônoma e inédita no processo. Assim, mais do que mero parecer, as alegações finais do MP devem ser consideradas como momento de confirmação da pretensão acusatória, pressuposto para a pretensão punitiva estatal.

A impossibilidade de condenação quando o acusador opina pela absolvição decorre não só da força normativa do art. 129, I, da CF/88, como também da posição de garante e de desinteressado imparcial do juiz, elementos típicos do modelo acusatório de processo penal.

O primeiro item do artigo versa sobre o princípio acusatório e o *actum trium personarum*, fazendo-se também uma distinção dos modelos acusatório e inquisitório, especialmente a partir da compreensão dogmática de Luigi Ferrajoli.

No segundo item, o artigo se preocupa em argumentar acerca da precariedade do pedido de condenação inserido na denúncia. Além de ser elemento dispensável e não previsto nas exigências do art. 41 do CPP, eventual pedido de condenação na denúncia somente se completa quando, em alegações finais, o Ministério Público confirma a pretensão acusatória, momento em que apresenta narrativa capaz de condenar o acusado.

Em um terceiro momento, talvez o principal deste artigo, demonstra-se como o princípio da verdade real se faz presente quando há invocação do art. 385 do CPP. Busca-se demonstrar a falida epistemologia que sustenta o princípio da verdade real e de como ele pode dar azo a uma política criminal e judicial de natureza inquisitorial e autoritária.

É justamente com base no princípio da verdade real que o juiz permite-se invocar o art. 385, fazendo aparecer no processo penal uma terceira parte, parcial e interessada, evidenciada na construção de uma narrativa processual autônoma e inédita no processo, estranha à acusação e à defesa.

1. PRINCÍPIO ACUSATÓRIO E O *ACTUM TRIUM PERSONARUM*

Afrânio da Silva Jardim defende a possibilidade de o juiz condenar o réu mesmo após o pedido de absolvição pelo Ministério Público. Sua argumentação parte da crítica ao garantismo penal, de modo que se aproveita o trecho abaixo para dar início ao debate aqui proposto.

Tais doutrinadores sustentam ainda, dentre outras questões, que a possibilidade de o juiz condenar o réu, diante do opinamento pelo Ministério Público em prol da absolvição do réu, em suas alegações finais, macula diretamente o sistema acusatório e resulta também da formação autoritária de nossa sociedade (art. 385 do CPP). Aqui cabe mais uma crítica, embora não seja nossa intenção analisar todas as afirmações desta corrente garantista (aliás, o garantismo está mais parecendo uma “religião” do que outra coisa). Vamos a ela.

Na verdade, o mencionado art. 385 do CPP não poderia dispor de forma diferente e é resultante do princípio da indisponibilidade da ação penal pública (art. 42). O pedido de condenação não é retirado, sendo que, nas alegações finais, apenas se dá um “parecer” sobre a pretensão punitiva estatal, que está manifestada na denúncia e nela permanece. De qualquer forma, o legislador não tem saída: a) ou obrigaria o Ministério Público a insistir sempre e sempre na condenação do réu, o que seria um absurdo; b) ou obrigaria o juiz a absolver o réu e, neste caso, a decisão seria do próprio Ministério Público, que mandaria o juiz prolatar uma decisão meramente formal de absolvição, o que seria um despautério (JARDIM, 2014).

Em um primeiro momento, está correta a visão do doutrinador de que a epistemologia garantista não permite a atuação do juiz da forma prevista no art. 385 do CPP. Daí sua crítica ao modelo garantista, tipicamente acusatório. Oportuno, neste momento, passar brevemente pelos sistemas processuais. A doutrina costuma fazer referência a três modelos: acusatório, inquisitório e misto (por todos: PRADO, 2005, p. 99). Para Jacinto de Miranda Coutinho (1998), o que principalmente caracteriza o sistema inquisitório (ou inquisitivo) é a concentração de atos e de poder nas mãos do julgador, o qual detém a gestão da prova

(COUTINHO, 1998, p. 166). Por sua vez, o sistema acusatório estaria caracterizado por garantir o poder de gestão da prova às partes, sobre o qual o juiz mantém-se inerte. “O processo, destarte, surge como uma disputa entre as partes que, em local público (inclusive praças), argumentavam perante o júri, o qual, enquanto sociedade, dizia a verdade, *vere dictum* (COUTINHO, 1998, p. 166).

O sistema misto teria surgido após as Revolução Francesa (PRADO, 2003, p. 3), reverberando nos demais países. O sistema misto, como exposto por Ferrajoli, seria “predominantemente inquisitivo na fase de instrução, predominantemente acusatório na fase de debate e dominado em ambas as fases pelo princípio da livre convicção do juiz-inquisidor” (FERRAJOLI, 2014, p. 134)³.

Parte do problema do sistema misto, criticado por Ferrajoli, seria a união de fórmulas epistemológicas distintas dentro do mesmo modelo. Distinguindo o que seria o modelo autoritário, de epistemologia inquisitiva (FERRAJOLI, 2014, p. 44), do modelo garantista, Ferrajoli coloca como central o problema da verdade:

A alternativa epistemológica entre os dois modelos - um estritamente juspositivista e o outro tendencialmente jusnaturalista - se manifesta, portanto, no distinto tipo de “verdade jurídica” por eles perseguida. A verdade a que aspira o modelo substancialista do direito penal é a chamada verdade substancial ou material, quer dizer, uma verdade absoluta e onicompreensiva em relação às pessoas investigadas, carente de limites e de confins legais, alcançá-

³ A respeito das diferenças, sustenta Ferrajoli: “Os principais problemas se referem às confissões e aos testemunhos, no mínimo porque tanto umas como outros comportam uma atividade inquiridora exercitada diretamente sobre pessoas. E nessas atividades que se exprimem os diversos estilos processuais: desde o estilo acusatório, em que é máximo o distanciamento do juiz, simples espectador do interrogatório desenvolvido pela acusação e pela defesa ao estilo misto, em que as partes são espectadoras e o interrogatório é conduzido pelo juiz, até o estilo inquisitório, no qual o juiz se identifica com a acusação e por isso interroga, indaga, recolhe, forma e valora as provas. *Os diversos estilos assinalam a diversa relação suprailustrada entre meios e fins do processo: o primado do fim de uma verdade máxima no processo inquisitório, qualquer que seja o meio para atingi-la; o primado dos meios no processo acusatório, enquanto garantias de uma verdade mínima, mas o mais certa possível*” (FERRAJOLI, 2014, p. 563). Grifo adicionado.

vel por qualquer meio, para além das rígidas regras procedimentais. É evidente que esta pretendida “verdade substancial”, ao ser perseguida fora de regras e controles e, sobretudo, de uma exata predeterminação empírica das hipóteses de indagação, degenera em juízo de valor, amplamente arbitrário de fato, assim como o cognitivismo ético sobre o qual se baseia o substancialismo penal resulta inevitavelmente solidário com uma concepção autoritária e irracionalista do processo penal (FERRAJOLI, 2014, p. 48).

Assim, na medida em que o art. 385 do CPP encontra lastro epistemológico no princípio da verdade real/substancial, mostra-se, portanto, sua matriz inquisitória, que é incompatível com o modelo acusatório orientado pela Constituição. A discussão específica sobre verdade real está nos itens seguintes.

Outra distinção significativa entre os sistemas acusatórios e inquisitivos está justamente no papel que o juiz pode assumir no processo penal. Nesse sentido, Ferrajoli é bastante assertivo ao explicar o axioma número 8 do sistema garantista (A8 do SG):

De todos os elementos constitutivos do modelo teórico acusatório, o mais importante, por ser estrutural e logicamente pressuposto de todos os outros, indubitavelmente é a separação entre juiz e acusação. Essa separação, exigida por nosso axioma A8 *nullum iudicium sine accusatione*, forma a primeira das garantias orgânicas estipuladas em nosso modelo teórico SG. Ela comporta não só a diferenciação entre os sujeitos que desenvolvem funções judicantes e os que desenvolvem funções de postulação e o conseqüente papel de espectadores passivos e desinteressados reservado aos primeiros em virtude da proibição *ne procedat iudex ex officio*, mas também, e sobretudo, o papel de parte - em posição de paridade com a defesa - consignado ao órgão da acusação e a conseqüente ausência de qualquer poder sobre a pessoa do imputado. Entendida nesse sentido, a garantia da separação representa, de um lado, uma condição essencial do distanciamento do juiz em relação às partes em causa, que, como veremos, é a primeira das garantias orgânicas que definem a figura do juiz, e, de outro, um pressuposto dos ônus da contestação e da prova atribuídos à acusação, que são as primeiras garantias procedimentais do juízo (FERRAJOLI, 2014, p. 522).

Em outro trecho, Ferrajoli aponta que “O sistema ‘sem acusação separada’ S2, que configura o método *inquisitivo*, deriva, por sua vez, da subtração do axioma A8 sobre a imparcialidade do juiz e sobre sua separação da acusação” (2014, p. 96).

Nesse sentido, o sistema acusatório é marcado especialmente pela distinção clara das funções de acusar e de julgar. Isso não significa que o juiz não possa tomar a iniciativa em qualquer ato processual, como na tendência do modelo adversarial inglês e americano, em que as partes têm quase todo o domínio sobre os caminhos a serem tomados pelo processo. No modelo acusatório trazido por Ferrajoli, o juiz tem a função de garantir o contraditório e o devido processo legal, não significando que ele seja totalmente inerte.

Assim, o juiz deve atuar ativamente no sentido de garantir que as regras do jogo processual sejam iguais para as partes. Ao mesmo tempo, por sua vez, o sistema acusatório obriga o juiz a se afastar dos atos processuais típicos de parte, como, por exemplo, a produção de provas e a possibilidade de dar início à ação penal. Fatos esses que, necessariamente, maculam a imparcialidade do juízo.

Aliás, junto ao princípio da presunção de inocência, é do princípio da separação das funções de acusar e julgar que se infere que o ônus da prova incumbe exclusivamente a quem acusa, bem como o princípio dispositivo *ne procedat iudex ex officio*, do qual emana o dever de imparcialidade, desinteresse e inércia do juiz. Ainda a respeito da possibilidade de propositura da ação penal pelo juiz, é válida a seguinte citação acerca do referido princípio.

O que faz o Juiz quando procede *ex officio*? Constitui-se, simultaneamente, julgador e parte adversa do delinquente; dá a denúncia a si próprio, escolhe as testemunhas e inquire-as perguntando o que julga conveniente, e por fim avalia as provas que ele criou e pronuncia, então, como entende. E conclui: nada porém justifica o procedimento oficial qual a nossa lei estabelece, abuso dos antigos erros, abuso proscrito pelo virtuoso Malherbe: je cherche ici des juges et he ne trouve pas que des accusateurs (Pimenta Neves *apud* TOURINHO, 2012, p. 576)⁴.

⁴ “Je cherche ici des juges et he ne trouve pas que des accusateurs” pode ser traduzido por: Vim a procura dos juízes e encontrei nada além que os acusadores.

É equivocada a noção de que o juiz deve manter-se distante das partes. Ao contrário, o juiz deve estar próximo das partes, ouvindo e analisando atentamente cada um de seus argumentos, inclusive buscando compreender a complexidade subjetiva, social e humana por traz de cada demanda.

A questão, portanto, não é de distância, mas de *equidistância*. A equidistância, ao mesmo tempo em que garante a imparcialidade do juiz frente às partes, é o que permite a necessária aproximação às demandas trazidas aos autos.

A equidistância, nesse sentido, orienta o juízo a não se distanciar das partes ao mesmo tempo em que lhe veda a possibilidade de aderir outros interesses que não estavam nas motivações que deram origem ao processo, posto que também vedado está o juiz a se aproximar de interesses estranhos aos que são levados ao processo.

O juiz jamais pode ter interesse em um processo em que lhe é vedado dar causa. O dever de assumir a condição de *terzietà*, por sua vez, torna o juiz *vinculado* ao interesse das partes, vedando-lhe a condição de protagonista no processo.

Pode-se defender o argumento de que, uma vez presente o pedido de condenação na inicial acusatória, o juiz não estaria agindo na posição de acusador, mantendo-se assim a higidez do modelo acusatório. No entanto, como se defenderá mais adiante, não se trata apenas de assumir a posição do acusador pelos atos típicos da acusação, como no pedido de condenar. Trata-se, também, de tomar a posição do acusador na narrativa processual acerca das provas produzidas.

Aliás, ao assumir posição autônoma e contrária às duas partes, o juízo verticaliza a relação processual e evidencia a lógica de um processo de um só sujeito.

É nesse sentido que as diferenças entre modelo teórico inquisitório e modelo teórico acusatório traçadas no parágrafo 39.2 podem ser vistas como expressões de duas opostas epistemologias do juízo: *dictum* de um só sujeito, ou contenda entre vários sujeitos; relação vertical inquisidor-inquirido, ou relação triangular entre duas partes e um terceiro supra partes; operação unilateral do juiz, ou *actum trium personarum* (FERRAJOLI, 2014, p. 557).

Assim, a separação entre as funções dentro do processo (*actum trium personarum*) não se vale apenas sobre a capacidade postulatória, mas também na iniciativa sobre a narrativa processual. Da mesma forma que o juízo não pode oferecer a denúncia no lugar no Ministério Público, está vedado ao juízo entender haver crime onde o próprio Ministério Público entende não haver. Dessa forma, o julgador, quando condena o acusado contrariando o pedido de absolvição da própria instância acusadora, toma seu lugar na relação processual.

Por oportuno, sem deixar de entrar na questão da condição processual do MP no processo, mas também sem transformar esse tema no elemento central deste artigo, mostra-se conveniente a transcrição das conclusões de Gustavo Badaró, que mostra a necessária relação do modelo constitucional acusatório com a consideração do MP como efetiva parte no processo:

Contudo, a concepção do Ministério Público como parte imparcial é incompatível com o processo penal acusatório, que exige um processo no qual haja uma dualidade de parte, em igualdade de condições, e com interesses distintos. Definido o sistema, os sujeitos que nele atuam devem ter a sua função determinada coerentemente com os ditames do modelo processual escolhido. *Em um processo penal verdadeiramente acusatório, é necessário rever a posição do Ministério Público como parte imparcial.*

(...)

Conceber o Ministério Público com parte imparcial significa inviabilizar a dialética de partes ou, ao menos, tornar a composição entre tese e antítese algo artificial ou meramente formal. No processo acusatório, em que se acentua a relação dialética entre as partes, o Ministério Público deve ser uma parte verdadeira, isto é, uma parte parcial (BADARÓ, 2016, p. 289 e 290)

2. OS LIMITES DO PEDIDO DE CONDENAÇÃO NA DENÚNCIA E A IMPORTÂNCIA DAS ALEGAÇÕES FINAIS

Relevante mencionar o equívoco cometido por Afrânio Jardim ao evocar o princípio da indisponibilidade da ação penal pública presente no art. 42 do CPP.

A questão é simples. O referido princípio meramente retira do Ministério Público a faculdade de dispor sobre a ação penal. Ou seja, o MP não tem poder discricionário para atestar a conveniência e oportunidade da ação penal pública, devendo acionar o Judiciário todas as vezes que é confrontado com uma conduta que entende ser criminosa, tampouco tem o poder de retirar a ação proposta ou arquivar o processo. No entanto, não está obrigado o membro do Ministério Público a denunciar quando entende não haver crime, muito menos a requerer a condenação, ou nela insistir, quando convencido da inocência do acusado.

Nesse ponto, é importante falar da denúncia. Qual sua real função no processo? Trata-se de uma provocação judicial que objetiva o juízo de admissibilidade da acusação. A verdade é que a denúncia tem a pretensão de que seja oportunizada à acusação provar o narrado. O que se pede, verdadeiramente, é a procedência da ação para que seja oportunizada a produção de provas.

Como pedir que uma pessoa seja condenada sem que haja provas produzidas contra ela? Assim, a denúncia não deveria ser tratada para além de um pedido de avaliação da pretensão acusatória. Trata-se de uma provocação judicial que objetiva o juízo de admissibilidade da acusação.

Não há dispositivo legal que vincula o pedido de condenação logo na inicial. O próprio artigo 41 do CPP não o elenca como condição mínima da denúncia. Faz sentido. O pedido de condenação na exordial acusatória penal é mero sintoma da tradição civilista no processo penal.

Assim, eventual pedido de condenação ventilado na denúncia somente se completa se, após a produção das provas, o Ministério Público o mantém. Do contrário, seria aceitar um caminho sem volta, sem a oportunidade de reconhecimento do erro. Recebida a denúncia, as partes não podem rebaixar-se à condição de figurantes processuais, meros coadjuvantes em um processo efetivamente inquisitorial.

Se o juiz não pode condenar logo após a fase postulatória, sem provas, eventual pedido de condenação na denúncia há de ser considerado precário, necessariamente dependente de um momento posterior à produção das provas, em que o pedido de condenação esteja efetivamente lastreado.

No mesmo sentido, é sabido que o Procurador Geral, ao designar novo promotor após aplicação do art. 28, não entende necessariamente pela condenação. A designação reflete tão somente o entendimento de que é necessária a instrução, de que o arquivamento não é suficiente para a emissão de qualquer conclusão.

Ora, se o MP tivesse acesso às provas antes da propositura da ação, sequer haveria denúncia. Sequer estaria oportunizado ao juiz a dar seu entendimento sobre a contenda. Entendendo o Ministério Público pela absolvição, seja por insuficiência de provas ou por atipicidade, por exemplo, atesta perante o juízo que *errou* na propositura da ação penal, que não deveria tê-la feito contra uma pessoa inocente.

É nesse sentido que emerge a importância das alegações finais. Muito mais do que mero parecer, as alegações finais são a complementação necessária do pedido condenatório, é a confirmação definitiva da pretensão acusatória. É em alegações finais, apresentando narrativa com provas produzidas em contraditório, que está completo o requerimento para condenar. Somente neste momento que ele pode efetivamente ser atendido. “Acontece que o oferecimento da denúncia não esgota por si a acusação, posto que ela deve perdurar até o momento de uma eventual condenação. Quando o MP pede a absolvição, materialmente está retirando a acusação e, portanto, é impossível a condenação do réu” (FREIRE JÚNIOR, 2005, p. 19).

No sistema acusatório, consoante com a Constituição Federal, não pode o juiz levar adiante a pretensão punitiva quando a pretensão acusatória não foi exercida de forma exitosa. Entender o contrário levaria o juiz à condição de interessado no processo, elevando sua posição perante a tríade processual.

A força normativa da titularidade da ação penal pelo MP é condição *sine qua non* da nossa democracia. Sem a real titularidade, não há processo acusatório, mas inquisitório, em que basta um juiz, que concentra os atos do começo ao fim, sem as partes, para promoção da instrução e da condenação.

Se o próprio órgão acusador, que detém o ônus da prova, sustenta que não conseguiu provar o alegado, deixa de existir qualquer narrativa capaz de lastrear uma sentença condenatória. Sem a devida invocação, não há a motivação necessária para a condenação.

Parte da doutrina nacional vem defendendo a impossibilidade de condenação após o pedido de absolvição do Ministério Público. Alexandre Moraes da Rosa sustenta que o art. 385 do CPP não é compatível com o processo entre jogadores e constitucional, defendendo que a decisão dos julgadores deve estar vinculada aos limites do pedido em alegações finais, “sob pena de trazer para si o objeto do processo” (MORAIS DA ROSA, 2016, p. 481).

No mesmo sentido, Paulo Queiroz sustenta que “ao juiz não é dado iniciar o processo de ofício (*ne procedat iudex ex officio*), tampouco condenar o réu quando o Ministério Público, titular da ação penal, com boas ou más razões, propuser a absolvição” (QUEIROZ, 2016). Defende que, havendo discordância por parte do juízo da tese final formulada pelo Ministério Público, deve-se aplicar o disposto, em analogia, no art. 28 do CPP, remetendo os autos ao chefe do Ministério Público para decisão final do tema.

Para Aury Lopes Jr., o requerimento de absolvição do Ministério Pública representa a retirada da pretensão acusatória, de modo que eventual condenação violaria o princípio do *ne procedat iudex ex officio* e o da correlação, vez que inviabiliza uma decisão construída em contraditório (LOPES JR., 2014)⁵.

Na sequência, buscando trazer alguma novidade ao tema, fala-se da relação entre o art. 385 do CPP com o princípio da verdade real, sendo este, em verdade, seu fundamento epistemológico.

3. A VERDADE REAL COMO PRESSUPOSTO EPISTEMOLÓGICO PARA A AUTONOMIA NARRATIVA DO JUIZ

O argumento que subjaz à possibilidade de um juiz condenar um réu mesmo havendo manifestação expressa do MP para absolver não está nos tecnicismos processuais. O cerne da questão é o seguinte: o processo apresenta uma narrativa autônoma, para além das partes ativas no processo?

⁵ No mesmo sentido, além dos autores já citados, vale a lembrança do posicionamento de Vladimir Aras (2013) e Elmir Duclerc (2008, p. 128), para os quais o art. 385 também é incompatível com a Constituição e com o modelo acusatório.

Somente a crença (crença porque depende de fé) da falecida e falaciosa ideia de verdade real (substancial ou material, que é a verdade real travestida de falso garantismo) permitiria o “sim” como resposta para a pergunta acima. “A rigor, a verdade real é um mito. A verdade, como correspondência entre um dado e a realidade, é uma só. (...) Para falar em verdade real, é necessário supor a existência de outra verdade, então, irreal e, portanto, não verdadeira” (CASARA, 2013, p. 177).

O Direito talvez seja a única área do conhecimento que ainda crê na ideia de verdade real, enterrada inclusive nas áreas das ciências exatas, que já reconhecem que o sujeito da relação científica é ativo, tendo influência subjetiva, na formação da conclusão de uma observação. Nas ciências exatas, em poucas palavras, não mais se crê no alcance da Verdade (com V maiúsculo mesmo), mas num grau de certeza e comprovação que permite a reprodução de comportamentos sobre situações iguais ou similares, inclusive reconhecendo a subjetividade do cientista na determinação das características do objeto estudado.

A propósito, é válida a discussão acerca do princípio da incerteza, travada já na década de 1920 na comunidade científica. Em síntese: “O elétron, o próton ou o nêutron reais não são nem uma coisa nem outra, mas uma composição de ambas. Certa característica só aparece quando um experimentalista intervém e seleciona qual aspecto medir” (BALKER, 2015, p. 69).

Os mais cautelosos já não falam mais em verdade absoluta, e suavizam o termo “verdade real” no sentido de que o princípio indica a ideia de “aproximação do que realmente aconteceu”. O erro permanece. Essa assertiva pressupõe um sujeito que, ao mesmo tempo que reconhece a impossibilidade de se dizer sobre a verdade absoluta, não deixa de considerá-la como existente, ainda que inalcançável, tal como Platão. Comum, ainda, reconhecer que verdade real admite a ideia de verdade relativa, mais uma vez caindo no mito da “aproximação” e sem deixar, no fundo, de pressupor epistemologicamente numa verdade que existe para além dos sujeitos.

No entanto, é preciso dizer de forma bastante peremptória. O princípio da verdade real, sobrevivendo às custas de desconhecimento científico e filosófico, bem como a partir de eufemismos astuciosos,

deve ser finalmente enterrado na história do direito processual penal, uma vez que representa em si o mais altivo princípio inquisitivo.

O problema da verdade real apresenta duas problemáticas centrais, uma de ordem filosófica e uma de ordem político-jurídica.

A questão filosófica se dá no sentido de que já não se admite mais a ideia de uma verdade inalcançável, exterior ao mundo dos sujeitos e das percepções. O novo paradigma, de ordem epistemológica e hermenêutica, considera que não é possível uma apreensão objetiva da realidade, revelando que há sempre uma determinação de ordem prescritiva acerca do fato na atividade interpretativa. O que se diz então, em poucas palavras, é que a verdade não passa de uma construção narrativa dos atores em jogo, a ser dirigida a seus interlocutores para que se interprete e se dê sentido aos fatos narrados, mas sempre acompanhado de um aspecto subjetivo.

Citando Gadamer, Felipe Kirchner explica como o processo interpretativo é também um processo construtivo, e não de acesso, como pressupõe a verdade real:

No viés gadameriano o objeto não tem um significado independente do evento que é compreendê-lo, nem a compreensão é independente da vida. As normas e os eventos fáticos que são objetos do processo criminal não existem como entidades verdadeiramente normativas antes do momento da interpretação, que passa a ser um ato de decisão que constitui e constrói as respectivas significações. Em síntese: o sujeito cognoscente sempre cria enquanto interpreta (KIRCHNER, 2009, p. 122).

A prova no processo penal tem por objetivo a construção de uma narrativa, não a construção de uma verdade: “A verdade não ‘escolhe’ a forma de sua manifestação e nem ‘imprime força de convencimento’ às palavras. Tal coisa somente poderia ocorrer no terreno da ficção, da magia, do mito, onde não há limites, ou da crença religiosa, onde o limite é Deus – que não tem limites” (VARGAS, 2011, p. 146).

Aliás, toda memória, seja ela pessoal ou documental, é a reconstrução de um determinado fato histórico, nunca ele em si mesmo. Uma vez alcançando o passado apenas por “meios”, só se pode falar em revisita, em percepção. Até mesmo se fosse possível a reprodução

exata de um fato por todos os ângulos possíveis, os ânimos dos agentes seriam já outros.

A realidade aparece às pessoas como uma infinitude de sinais cognitivos, o que é “filtrado” pela percepção. Ela é realizada pelos sentidos limitados dos seres humanos, não encontram por si só um sentido para o que o corpo recebe, necessitando para isso o juízo, a mente, que vem a interpretar, explicar, numa atividade lógica de conclusão, aquilo que foi percebido (MERLEAU-PONTY, 2006, p. 62). “A percepção torna-se uma ‘interpretação’ dos signos que a sensibilidade fornece conforme os estímulos corporais, uma ‘hipótese’ que o espírito forma para ‘explicar-se suas impressões’” (MERLEAU-PONTY, 2006, p. 61-62).

No mesmo sentido, Oliver Sacks entende que toda percepção é também um ato de vontade: “os processos perceptivos-cognitivos, enquanto fisiológicos, também são pessoais – não se trata de um mundo que a pessoa percebe e constrói, mas de *seu próprio* mundo -, e levam a, estão ligados a, um eu perceptivo, com uma vontade, uma orientação e um estilo próprios” (SACKS, 2006, 139). Somando a essa ideia, Merleau-Ponty vai dizer que não há reflexão que não seja também uma transformação do próprio eu: “A reflexão só é verdadeiramente reflexão se não se arrebatava para fora de si mesma, se se conhece como reflexão-sobre-um-irrefletido e, por conseguinte, como uma mudança de estrutura de nossa existência” (MERLEAU-PONTY, 2006, p. 97).

Falar do passado é também falar da memória. A respeito, François Ost (2005), disserta sobre os quatro paradoxos da memória.

Primeiro paradoxo: a memória é social e não individual. (...) Acontece que nossas lembranças, até as mais pessoais e mais íntimas, só conseguem se exprimir em termos tomados de empréstimo à tradição; eles só fazem sentido, por outro lado, sendo tomados por uma comunidade afetiva e social que não demora, aliás, em retrabalhá-los (OST, 2005, p. 57).

Segundo paradoxo: longe de proceder do passado, a memória opera a partir do presente. (...) assim, então, não somente a recordação é social, mas ainda resulta, em ampla medida, de uma reelaboração com a ajuda dos dados tomados de empréstimo ao presente, tanto quanto ao passado próximo, ou seja, às reconstruções intermediárias que já interpretaram consideravelmente, por

sedimentações sucessivas, o material originário. Logo, nada de memória sem (re)interpretação coletiva (Idem, p. 57).

O terceiro paradoxo da memória situa-se no prolongamento direto do precedente: se a memória opera a partir do presente e não do passado, é que ela é uma disposição ativa, voluntária mesmo, antes que uma faculdade passiva e espontânea (Idem, p. 58).

Entretanto, falta-nos ainda indicar um quarto – e não dos menores paradoxos da memória – ligado desta vez à sua relação com o esquecimento: longe de se opor ao esquecimento, a memória o pressupõe. Melhor dizendo, qualquer organização da memória é igualmente organização de esquecimento. Nada de memorização sem triagem seletiva, nada de comemoração sem invenção retrospectiva. Logo, a memória pode tanto ser fundadora e instituinte como acabamos de sublinhar, como pode mostrar-se manipuladora e mistificadora: estas duas funções são necessariamente solidárias (Idem, p. 60).

Em resumo, a memória é: social, e dependente da tradição e das construções afetivas; é avaliada a partir do presente, que dele toma empréstimo de elementos de elaboração; é um ato de vontade; e, talvez o mais importante, é *esquecimento*.

A memória pressupõe o esquecimento. Ser esquecimento significa dizer que é justamente aquilo que buscamos esquecer que constitui a memória. Essa ideia é de suma importância para o que se vem tentando defender: a necessidade da presença dos meios e de fontes de prova ao processo, para avaliação, em conjunto, do fato a ser lembrado. Ora, quando uma das partes já escolhe os elementos de convicção que serão descartados (esquecidos) ou não, já está sendo feito aí a construção ativa da narrativa a ser avaliada pelo juízo⁶.

⁶ Dessa maneira, é possível concluir, pelas palavras de Ferrajoli, que “nenhuma prova, indício ou conjunto de provas e de indícios, garante inimpugnavelmente a verdade da conclusão fática. Não existe, a rigor, provas suficientes” (FERRAJOLI, 2002, p. 109). Porém, a impossibilidade epistemológica de se dizer a verdade sobre determinado fato não exclui a possibilidade de decisão, desde que esta seja compreendida enquanto uma “justificação relativa”. Isso significa que a decisão não precisa pressupor que se alcançou a verdade dos fatos, mas tão somente que a narrativa construída a partir das provas foi

Superado o problema da verdade em seu sentido filosófico, importante destacar a outra dimensão desse problema, o de ordem político-jurídico.

A questão político-jurídica se dá no sentido de que o princípio da verdade real apresenta relação direta com o sistema inquisitorial, no qual o juiz concentra os atos processuais, cumprindo as funções de acusar, gerir e produzir as provas e julgar. “No sistema inquisitório, nasce a (inalcançável e mitológica) verdade real, em que o imputado nada mais é do que um mero objeto de investigação, ‘detentor da verdade de um crime’, e, portanto, submetido a um inquisidor que está autorizado a extraí-la a qualquer custo” (LOPES JR., 2016, p. 169).

A associação se dá justamente porque é a ideia de verdade real que permite ao juiz atuar ativamente no processo, no mito de que a verdade dos fatos não pode ser alterada ou sofrer influência dos atos e percepções do juiz. Nesse sentido, o princípio da verdade real está relacionado a um regime político-jurídico autoritário (FERRAJOLI, 2014, p. 44-48) que mitiga o contraditório.

A negação de uma verdade real está intimamente ligada à também negação do modelo inquisitório, onde ainda se fala em obtenção da verdade, fins justificando meios, confissão forçada, violência física etc. A sedimentação do modelo acusatório, de uma lógica garantista em que se busca garantir os direitos fundamentais da CF/88 enquanto carta dos princípios democráticos, depende dessa negação à verdade real e de uma busca constante desses direitos.

A própria questão da prova ilícita iniciou-se justamente para impor limites ao princípio da verdade real. A ideia de verdade real, como conclusão lógica, tem em si a tendência natural de fomentar procedimentos e práticas extraoficiais e extra-autos.

“A busca da verdade real como finalidade da *praxis* judicial fincou-se como um dos principais pilares dogmáticos que sustentavam o processo inquisitório” (PINTO, 2010, p. 198). Até hoje, muitos operadores do direito trabalham na ideia de verdade real como o foi no sis-

suficiente para que uma decisão fosse tomada, o que também não indica o caminho ao decisionismo, mas a uma sentença devidamente juridicamente fundamentada.

tema inquisitório e, com base no princípio, buscam a relativização das garantias processuais e a admissão das provas ilícitas⁷.

A questão do substancialismo penal, tão bem apresentada por Ferrajoli (2014, p. 44), trata exatamente da condição secundária e instrumental do processo frente ao objeto material. O substancialismo penal pressupõe que as formas e formalidades não têm função própria ou que são neutras politicamente, na toada do absurdo art. 566 do CPP.

A respeito da diferença entre as *sensibilidades jurídicas* dos modelos estadunidense e brasileiro, Kant de Lima traça um perfil comparativo de como é o trabalho jurisdicional sobre a construção da verdade no processo penal. Aponta como que, no Brasil, o acusado pouco tem a possibilidade de trabalhar a questão da narrativa processual, cabendo-lhe quase nenhum espaço na constituição da verdade no processo. A verdade é dada de maneira vertical, a partir de uma autoridade que tem a faculdade de acolher ou não as teses levantadas pelas partes.

Explica Kant de Lima:

Aqui [no Brasil], dada a desigualdade legal e explícita entre os interlocutores, é o argumento de autoridade que prevalece na administração dos conflitos e não a autoridade do argumento, que convence as partes envolvidas. Isto se reflete também nos debates jurídicos e políticos, que levam a que decisões coletivas se constituam na soma de decisões singulares, mesmo quando elas são proferidas em espaços coletivos, como os tribunais de segunda e terceira instâncias. Os saberes particulares não precisam do consenso, e nem o desejam, para concordar, porque o consenso não legitima, pelo contrário, “contamina” suas formas

⁷ A admissão das provas ilícitas, além do substancialismo penal denunciado por Ferrajoli, que coloca as garantias processuais como fator de menor relevância no litígio penal, tem como pano de fundo a ideia de verdade real. O princípio da proporcionalidade, mal aplicado, verdadeira carta trunfo de um punitivismo a-histórico, lembra o velho manual dos inquisidores: “Quando se pode dizer que alguém foi suficientemente torturado? Quando parecer aos juízes e especialistas que o réu passou, sem confessar, por torturas de uma gravidade comparável à gravidade dos indícios” (BUENO, 2012, p. 59). Quando as provas ilícitas poderão ser aceitas no processo? “Quando a ilicitude for inferior à gravidade do delito”, respondem os favoráveis saudosos do decisionismo medieval, que sempre remete ao bom senso dos “especialistas” e não à Carta Magna que veda, sem exceções, as provas ilícitas nos processos.

particularizadas de acessar o conhecimento jurídico (KANT DE LIMA, 2009, p. 43-44).

Na tradição jurídica dos EUA tem-se que as partes possuem um papel muito mais ativo na construção da verdade no processo, podendo inclusive ser totalmente construída pelas partes e ser apenas homologada pelo juiz. Nesse cenário, em tese, as garantias processuais penais encontram relevância primordial, no sentido de que somente com sua presença é possível presumir que há o devido contraditório. Ou seja, sem as garantias processuais, não há de se falar em disputa justa entre as partes, sendo fundamental para o devido processo legal.

Por sua vez, na tradição jurídica brasileira, por ainda estar presente a ideia de verdade real, tem-se que os aspectos materiais que envolvem o processo acabam encontrando mais relevância em detrimento das garantias processuais. A verdade real e sua matriz inquisitória explicam a tendência de o judiciário brasileiro ter mais flexibilidade em validar provas de duvidosa licitude do que nos EUA.

Assim, o princípio da verdade real revela-se como recurso discursivo que autoriza o juiz a buscar elementos, inclusive de ofício, extra-autos, reduzindo a importância das narrativas levantadas no processo pelas partes, bem como das garantias processuais como pressuposto do contraditório e do devido processo legal, além de elevar o juiz à condição de protagonista no processo.

É nesse sentido que a condenação do réu quando as partes entendem pela absolvição tem relação com a verdade real.

Permitir ao juiz a invocação de uma narrativa autônoma no processo, não levantada pelas partes, é deslocá-lo da condição de imparcial, uma vez que o retira de sua inércia devida e o coloca como parte ativa a atuante no processo. Não é só pelos atos que o juiz manifesta sua imparcialidade, mas também na narrativa usada na decisão⁸. A esse res-

⁸ Esse quadro se acentua quando ao julgador é facultado a produção de provas, trazendo o ônus da prova para si e reduzindo a tutela exclusiva da ação penal do MP a mero apêndice do poder jurisdicional. A concentração de atos processuais é o próprio cerne do modelo inquisitorial, que aniquila a imparcialidade do julgador e reduz a defesa ao plano burocrático e protocolar, mera forma, mero discurso de encobrimento de sua parcialidade.

peito, válida é a lembrança ao art. 10 do Novo Código de Processo Civil: “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”. O dispositivo evidencia haver lesão ao contraditório quando o juiz se baseia em fundamento não versado ou de conhecimento das partes. Evita-se, portanto, a surpresa na decisão⁹.

O processo penal democrático não pode se destinar à produção da verdade real, mas à construção de uma narrativa que visa a convencer o julgador. Se o próprio órgão acusador, aquele que tem o dever de provar o que narrou na inicial, sustenta que não conseguiu provar o alegado, deixa de existir qualquer narrativa capaz de lastrear uma sentença condenatória.

Compreendendo-se a decisão como construção narrativa, a verdade permanecerá sempre irrealizada. Resta apenas seu caráter analógico:

E se a verdade é reconstruída narrativamente sob o signo do *Análogo*, isso significa que a verdade é algo essencialmente contingente: ao final restará apenas representância, o que só pode significar que a ênfase deve residir nas regras do jogo e na contensão ritualizada do poder punitivo através do devido processo legal (KHALED JUNIOR, 2016, p. 521).

Nessa compreensão é que se ressalta a importância das alegações finais no processo. É possível um processo sem alegações finais? Para quê elas servem? É justamente o momento no processo que se monta a narrativa, com os elementos de prova produzidos (ou não), que permitirão ao juiz basear sua condenação ou absolvição. Sem essa narrativa, o juiz teria de recorrer à verdade real, existente no plano das ideias, numa ontologia platônica que, na realidade, é tão somente a manifestação da parcialidade do julgador.

⁹ A propósito: “O principal fundamento da participação é o contraditório como garantia de influência e não surpresa. [...] Nesse sentido, o princípio do contraditório receberia uma nova significação, passando a ser entendido como direito de participação na construção do provimento, sob a forma de uma garantia processual de influência e não surpresa para a formação das decisões” (THEODORO JR., 2015, p. 63).

Na crença da verdade real, a defesa se vê em uma luta extraprocessual, sem espaço efetivo para se manifestar. “A atribuição de uma função da ‘busca da verdade real’ ao juiz somente maximiza o potencial de danos do sistema, pois a verdade produzida a partir dessa perspectiva sequer analógica será; será a expressão de uma violência, uma fantasmagoria que pouca relação guardará com a realidade” (KHALED JUNIOR, 2016, p. 514).

Aliás, aceitar a ideia de que o juiz pode condenar mesmo com pedido de absolvição do MP nos autoriza a pressupor que o julgador já estaria com a convicção formada antes mesmo do fim do processo, o que, por si só, já seria elemento suficiente para questionar a imparcialidade do julgador.

Em síntese, não se trata de dizer que passa ao MP a competência para condenar ou absolver, mas de dizer que o juízo é dependente materialmente das narrativas formuladas pelas partes, não estando ele autorizado a entrar como terceira parte no processo e criar uma narrativa própria e autônoma, sustentada, no fim das contas, numa fantasia identificada como verdade real.

Equivoca-se quem compreende o que foi dito acima no sentido de que o juiz teria de aceitar em sua completude uma das narrativas apresentadas no processo, estando impossibilitado ao juiz apresentar algo além do que foi dado pelas partes.

A inteligência do art. 212 e seu parágrafo único do CPP nos permite concluir que o juiz, no modelo acusatório, mantém sua autonomia e sua subjetividade presente no processo, mas sempre dependente das partes e decorrente delas.

A imparcialidade do juízo não é só em relação às partes, na tendência de se aproximar de uma parte ou de outra, mas também em relação a si mesmo, devendo o juiz se afastar (ou ao menos ponderar) suas ideologias próprias e impressões pessoais e subjetivas.

Ou seja, a vinculação do juiz ao que foi levado pelas partes no processo é uma forma também de garantir que o juiz não apresente no processo sua posição individual ou suas impressões pessoais que pouco ou nada tem a ver com sua condição de juiz. Em síntese, não é porque o juiz está vinculado às narrativas trazidas ao processo que o juiz deva se valer de uma relação de tudo ou nada.

Em mais um de seus brilhantes momentos, Carnelutti disserta sobre a necessidade e razão de ser da parcialidade das partes. As partes devem ser parciais no processo justamente para que o juiz tenha acesso aos dois extremos e poder concluir e sintetizar da melhor forma possível, tendo passado por toda uma amplitude de cenários no processo. “Acusador e defensor são, em última análise, dois raciocinadores: constroem e expõem as razões. O ministério deles é raciocinar” (CARNELUTTI, 2015, p. 41). Resta aí a essência do contraditório.

A possibilidade de um juiz condenar havendo convergência das narrativas processuais no sentido da absolvição ofende não somente a imparcialidade do juiz, mas também o contraditório.

Por que razões as alegações finais da defesa são posteriores a do acusador? Para permitir à defesa se defender da narrativa processual que contra ele foi levantada. Para permitir à defesa contraditar a interpretação acerca das provas que podem condená-lo.

No entanto, como poderá a defesa contraditar a narrativa acerca das provas de uma sentença penal condenatória? Contra juiz, não há contraditório.

Estando a narrativa acusatória, em sede de alegações finais, em concordância com a defesa no sentido de absolvição, a sentença condenatória, por apresentar narrativa inédita no processo, impossibilita a defesa de contraditá-la. Não há contraditório e, muito menos, ampla defesa.

A sentença condenatória diante de um pedido de absolvição do acusador é sempre uma surpresa, um elemento novo no processo, do qual a resposta defensiva é inviabilizada. Como sustenta Geraldo Prado:

Como o contraditório é imperativo para a validade da sentença que o juiz venha a proferir, ou, dito de outra maneira, como o juiz não pode fundamentar sua decisão condenatória em provas ou argumentos que não tenham sido objeto de contraditório, é nula a sentença condenatória proferida quando a acusação opina pela absolvição (PRADO, 2005, p. 189).

(...)

Assim, quando em alegações finais o Ministério Público opina pela absolvição do acusado o que ocorre em concreto, no processo, é que o acusador subtrai do debate contraditório a matéria

referente à análise das provas que foram produzidas na etapa anterior e que possam ser consideradas desfavoráveis ao réu. Como poderá a defesa reagir a argumentos que não lhe foram apresentados (PRADO, 2005, p. 118).

Aliás, “vencido” seu algoz na disputa processual, convencido pela parte contrária acerca da verdade produzida nos autos, não pode o juiz vir a substituí-la.

Tanto a defesa quanto a acusação são levadas a uma posição de hipossuficiência na relação processual, cujo litígio não se dá mais entre-partes, mas *contra* o juízo, não *em direção* a ele, como exige o sistema acusatório.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O sistema acusatório, tal como proposto por Ferrajoli, pressupõe a distinção clara e efetiva entre as funções de julgar e de acusar. Essa distinção, no entanto, não pode estar restrita a atos processuais. Ainda que certos atos sejam privativos das partes ou do juiz, a separação efetiva deve pressupor também as limitações que o juiz deve ter ao assumir a posição de acusador quando este abandona seu papel ao longo do processo. Assim, o princípio do *actum trium personarum* não pode ser considerado apenas para questões formais, mas também sobre a iniciativa narrativa processual. Da mesma forma que o juízo não pode oferecer a denúncia no lugar no Ministério Público, está vedado ao juízo entender haver crime onde o próprio acusador defende não haver.

Dessa forma, o julgador, quando condena o acusado contrariando o pedido de absolvição da própria instância acusadora, toma seu lugar na relação processual, ofendendo sua condição de imparcial no processo.

Fato é que o pedido de condenação na denúncia, se presente estiver, deve ser compreendido como precário, a ser confirmado em alegações finais, momento de confirmação da pretensão acusatória.

Com efeito, impróprio haver pedido de condenação de um sujeito sem que haja provas produzidas contra ele. A denúncia, em verdade, é uma provocação judicial que objetiva o juízo de admissibilidade da acusação.

A condenação posterior à requisição de absolvição do MP não só reduz o MP a mero menino da porteira, como transforma as alegações finais em momento inútil no processo, vez que o juiz, ao condenar, mostra que já estava com a convicção formada antes mesmo da principal e derradeira manifestação das partes.

Se o próprio acusador, que tem o dever de provar o que alegou na inicial, sustenta que não conseguiu provar o alegado ou de que está provado não haver crime, deixa de existir qualquer narrativa capaz de lastrear uma sentença condenatória. A certeza do acusador em absolver impõe, no mínimo, a dúvida ao magistrado, obrigando-o a invocar o *in dubio pro reo*.

Afinal, onde o juiz busca a narrativa para condenar quando ambas as partes entendem pela absolvição? Por óbvio, na falta de narrativa capaz de autorizar eventual condenação, o juiz passa a criá-la, de forma inédita, não provocada, e autônoma, no processo.

A possibilidade de o juiz desenvolver narrativa autônoma, contrariando as partes, está, no fundo, baseada na ideia de verdade real, princípio basilar do modelo inquisitivo, que confunde as funções de acusar com a de julgar.

Demonstrou-se que a verdade real apresenta dois problemas centrais, um de ordem epistemológica e outro de ordem político-jurídica.

O de ordem epistemológica se dá no sentido de que a verdade inexistente para além das partes, que é quem dá sentido e significado - a partir dos significantes disponíveis na linguagem e limitada ao meio em que elas estão (o processo) - aos fatos.

Não há descrição sem prescrição. Assim, quando o juiz apresenta narrativa processual inédita e autônoma no processo, ele toma a função e a condição de parte, contrariando o princípio acusatório e o da imparcialidade. O problema de ordem político-jurídico se dá no sentido de que a verdade real força o julgador a buscar elementos extra-autos e a validar atos e provas ilícitas em prol do âmbito material, evidenciando verdadeiro substancialismo penal, que reduz as formalidades processuais a mero instrumento punitivo, impedindo de fazer valer as garantias processuais.

Nesse sentido, a verdade real se revela como recurso discursivo que permite ao juiz ignorar e precarizar a função das partes no processo, fazendo se valer como elemento central e principal no processo.

Afinal de contas, contra juiz não há contraditório. Assumindo a narrativa acusatória, o juiz, por apresentá-la somente na sentença, viola o contraditório e a ampla defesa, uma vez que inviabiliza a defesa de contraditar a interpretação das provas que permitiria eventual condenação.

Nesse quadro, tem-se que o art. 385, ao apresentar, como pressuposto epistemológico, o princípio da verdade real, se insere no contexto de um processo penal que ainda não é compatível com o sistema acusatório. Ao contrário, o art. 385 mantém viva a matriz inquisitória e autoritária do processo penal brasileiro, que pouco consegue ser adequados à luz da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAS, Vladimir. *O art. 385 do CPP e o juiz inquisidor*. Disponível em <<https://vladimiraras.blog/2013/05/25/o-art-385-do-cpp-e-o-juiz-inquisidor/>>. Acesso em: 13 mar. 2017.

BUENO, Carlos Manoel. *Código de Hamurabi, Manual dos Inquisidores, Lei das XII tábuas, Lei de Talião*. 2ª ed. São Paulo: Leme, 2015.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2016.

BALKER, Joanne. *50 ideias de física quântica que você precisa conhecer*. 1ª ed. São Paulo: Planeta, 2015.

CASARA, Rubens R. R. *Mitologia processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. 3ª ed. Leme/SP: Edijur, 2015.

DUCLERC, Elmir. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2008.

KANT DE LIMA, Roberto. Sensibilidades jurídicas, saber e poder: bases culturais de alguns aspectos do direito brasileiro em uma perspectiva comparada. *Anuário Antropológico*, v. 2009, nº 2, p. 25-51, 2010.

KHALED JUNIOR, Salah Hassan. *A busca pela verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial*. 2ª ed. Belo Horizonte, MG: Letramento: Casa do Direito, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do garantismo penal*. 4ª ed. São Paulo: RT. 2014.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. Da Impossibilidade do Juiz Condenar Quando Há o Pedido de Absolvição Formulado pelo Ministério Público. *Boletim do IBCCRIM*, nº 152 – julho 2005.

JARDIM, Afrânio Silva. *Garantismo no processo penal merece breve (e parcial) reflexão*. Conjur. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jul-08/afranio-jardim-garantismo-processo-penal-merece-reflexao>>. Acesso em: 01 abril. 2017.

KIRCHNER, Felipe. A Utopia da Verdade Real: compreensão e realidade no horizonte da hermenêutica filosófica. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, v. 80, p. 119-149, 2009.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Por que o Juiz não pode condenar quando o Ministério Público pedir a absolvição?* 2014. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-05/limite-penal-juiz-nao-condenar-quando-mp-pedir-absolvicao>>. Acesso em: 13 mar. 2017.

LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. 2ª ed. - São Paulo: Saraiva, 2016.

MERLEAU-PONTY, Maurice. *Fenomenologia da Percepção*. 3ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

OST, François. *O Tempo do Direito*. Tradução Élcio Fernandes. São Paulo: Edusc, 2005.

PINTO, Felipe Martins. A Inquisição e o Sistema Inquisitório. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 56, p. 189-206, jan./jun. 2010

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

QUEIROZ, Paulo de Sousa. *Pode o juiz condenar sem que haja pedido de condenação?* Empório do Direito. 2016. Disponível em: <http://emporiiodireito.com.br/pode-o-juiz-condenar-sem-que-haja-pedido-de-condenacao-por-paulo-de-souza-queiroz/#_ftn5>. Acesso em: 13 mar. 2017.

VARGAS, Beatriz. O real da narrativa e a narrativa do real. In: BONATO, Gilson (org). *Processo Penal, Constituição e Crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 139-148.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. et al. *Novo CPC: Fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, vol. 1. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Informações adicionais e declarações dos autores (integridade científica)

Declaração de conflito de interesses (conflict of interest declaration): o autor confirma que não há conflitos de interesse na realização das pesquisas expostas e na redação deste artigo.

Declaração de autoria (declaration of authorship): todas e somente as pessoas que atendem os requisitos de autoria deste artigo estão listadas como autores. O autor se responsabiliza integralmente pelo conteúdo total deste artigo.

Declaração de ineditismo e originalidade (declaration of originality): assegura-se que o texto aqui publicado não foi divulgado anteriormente em outro meio e que futura republicação somente se realizará com a indicação expressa da referência desta publicação original; também atesta-se que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

Dados do processo editorial

(<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies>)

- Recebido em: 13/05/2017
- Controle preliminar e verificação de plágio: 17/05/2017
- Avaliação 1: 24/05/2017
- Avaliação 2: 31/05/2017
- Avaliação 3: 06/06/2017
- Avaliação 4: 06/06/2017
- Decisão editorial preliminar: 06/06/2017
- Retorno rodada de correções 1: 18/07/2017
- Decisão editorial preliminar 2: 23/07/2017
- Retorno rodada de correções 2: 07/08/2017
- Decisão editorial final: 07/08/2017

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Revisores: 4

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

GARCIA, Rafael D. Verdade Real e a Impossibilidade de Condenação após Manifestação do Ministério Público por Absolvição. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 3, p. 1043-1070, set./dez. 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i3.81>



Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.

***Persecução Penal:
investigação, juízo oral e etapa recursal***

Pré-ocupação de inocência e execução provisória da pena: uma análise crítica da modificação jurisprudencial do STF

Pre-occupation of innocence and provisional penal enforcement: a critical analysis of the Federal Supreme Court jurisprudential modification

Augusto Jobim do Amaral¹

Doutor pela Universidade de Coimbra e pela PUCRS
Professor do PPGCCRIM da PUCRS - Porto Alegre/RS
guto_jobim@hotmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/4048832153516187>
 <http://orcid.org/0000-0003-0874-0583>

Paulo Saint Pastous Caleffi²

PUCRS - Porto Alegre/RS
paulo@beckcaleffi.com.br

 <http://lattes.cnpq.br/4591870522928251>
 <http://orcid.org/0000-0003-2146-4421>

RESUMO: O presente artigo versa sobre os problemas que envolvem a execução provisória da pena no sistema processual penal brasileiro, especialmente no que concerne ao respeito à garantia constitucional da presunção de inocência, aqui visto sob seu cariz de valor político-constitucional. No atual contexto nacional em que se investe sobremaneira em relativizações de garantias fundamentais e em falsas soluções punitivistas, torna-se imprescindível que o processo penal se imponha desde os princípios consagrados na Carta Magna 1988. Dessa maneira, pretende-se demonstrar os novos contornos do po-

¹ Professor do Programa de Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) em Ciências Criminais da PUCRS; Doutor em Altos Estudos Contemporâneos pela Universidade de Coimbra (Portugal) e Doutor em Ciências Criminais pela PUCRS.

² Mestre e especialista em Ciências Criminais pela PUCRS; Advogado.

sicionamento construído pelo Supremo Tribunal Federal sobre o tema, suas possíveis críticas e impactos no comprometimento da legitimidade dos atos decisórios proferidos em matéria criminal pelo Poder Judiciário.

PALAVRAS-CHAVE: Processo Penal; Pré-ocupação de Inocência; Execução Provisória da Pena; Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: *This article deals with the problems involved in the provisional execution of the sentence in the Brazilian criminal procedural system, especially with respect to the constitutional guarantee of the presumption of innocence, here in its political-constitutional value. In the current national context in which it is heavily invested in relativizations of fundamental guarantees and in false punitive solutions, it is essential that the criminal procedure be imposed from the principles enshrined in the 1988 Constitution. It intends to demonstrate the new contours of the position built by the Federal Supreme Court on the subject, its possible criticisms and impacts on the commitment of the legitimacy of the decisions made in criminal matters by the Judiciary.*

KEYWORDS: *Criminal proceedings; Pre-occupation of Innocence; Provisional Execution of the Penalty; Federal Court of Justice.*

INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca analisar a execução provisória da pena privativa de liberdade desde o novo posicionamento exposto pelo Supremo Tribunal Federal e a possível violação aos fundamentos do princípio da presunção de inocência por oportunidade dos julgamentos do *Habeas Corpus* nº 126.292 e das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e nº 44.

Ao se verificar a constante flexibilização das garantias constitucionais e dos pressupostos de punição penal, estabelecemos como ponto nodal a ser analisado o princípio político-jurídico da presunção de inocência, garantia fundamental da Carta Constitucional de 1988, segundo a qual o indivíduo somente pode ser considerado culpado com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Equivocado, por-

tanto, estabelecer que “o núcleo da presunção de inocência, garantia indispensável ao próprio Estado democrático de Direito, não esbarra na necessidade do trânsito em julgado da decisão condenatória, mas tangencia o imperativo da comprovação da culpabilidade na forma da lei e o duplo grau de jurisdição”.³ Se os últimos movimentos da Suprema Corte demonstram que o tema está longe de qualquer consenso, necessário seu trato de maneira academicamente robusta buscando contribuir com a discussão.

Dessa forma, a análise do tema, a seu modo, passa a configurar um movimento de resistência pela salvaguarda dos direitos do acusado, ambicionando minimizar a incidência de julgamentos precipitados cada vez mais frequentes no Poder Judiciário. Pretende-se, em suma, demonstrar que o clamor social pela punição de eventuais suspeitos não pode ser maior do que a preocupação de não submeter um inocente a uma injusta condenação. Razão pela qual denota-se a fragilidade do argumento de que a presunção de inocência “não pode ser interpretada ao pé da letra, literalmente, do contrário os inquéritos e os processos não seriam toleráveis, posto não ser possível inquérito ou processo em relação a uma pessoa inocente”.⁴

Sendo assim, ao longo do texto, analisaremos argumentos tópicos esgrimidos por este novo horizonte, quais sejam: (a) a atribuição de efeito suspensivo aos recursos penais com a configuração dos Tribunais Superiores em instância chanceladora das decisões anteriores, passando pela (b) demonstração da oscilante trajetória jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal acerca da aplicação da execução provisória da pena; (c) os aspectos comparativos relevantes do duplo grau de jurisdição deturpados pela decisão do STF; ainda (d) as possíveis afrontas legais para além da própria Constituição dispostas pela de-

³ SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; AMARAL, Marianne Gomes de. A execução provisória da pena e sua compatibilidade com a presunção de inocência como decorrência do sistema acusatório. *Revista de Direito Brasileira*, São Paulo, vol. 16, n. 7, p. 186-210, jan./abr. 2017. p. 193.

⁴ LIMA, Gabriel Pantaroto; BEZERRA, Eduardo Buzetti Eustachio. A execução provisória da pena privativa de liberdade e sua compatibilização com o princípio da presunção da inocência. *Colloquium Socialis*, Presidente Prudente, v. 01, n. Especial, p. 453-458, jan/abr 2017. p. 454.

cisão, desde ao art. 283 do Código de Processo Penal e à Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal) até aos postulados da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) e à Convenção Americana de Direitos do Homem (Pacto de San José da Costa Rica); para, por fim, apontar como se deu de forma radical a violação à assunção política envolvida no valor amparado por aquilo que chamamos de “pré-ocupação de inocência”.

1. O EFEITO SUSPENSIVO DOS RECURSOS PENAI: OS TRIBUNAIS SUPERIORES COMO DIMENSÃO HOMOLOGATÓRIA?

Inicialmente, desde logo cabe referir que o art. 995, *caput*, do Código de Processo Civil de 2015, assim como o revogado art. 27, § 2º, da Lei nº 8.038/90 que previa o recebimento dos recursos especial e extraordinário apenas no efeito devolutivo, deve ser compreendido como um dispositivo inaplicável ao processo penal e, portanto, incapaz de justificar a incidência da execução provisória da pena privativa de liberdade.

Uma vez que os objetos tutelados pelas esferas civil e penal são absolutamente distintos,⁵ deve ser pontuado que a insurgência ora estabelecida em nada se relaciona com a presença (ou não) de determinado efeito recursal, mas sim, ao fundamental direito de liberdade do indivíduo de ser presumido inocente. O raciocínio é idêntico no que concerne ao art. 637 do Código de Processo Penal, que estabelece que o recurso extraordinário não possui efeito suspensivo. Dessa maneira, deve ser entendido que a execução provisória da pena torna impossível a reversão de seus efeitos (não há como reaver o tempo de liberdade restringido), muito ao contrário do que acontece no processo civil em relação à garantia real ou fidejussória.⁶

Em razão disso, não se pode impedir que o cidadão exerça a sua garantia de recorrer, bem como o seu direito processual público e subje-

⁵ AMARAL, Augusto Jobim do. *Política da Prova e Cultura Punitiva: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo*. São Paulo: Almedina, 2014, p. 157 ss.

⁶ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 13ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1.094 ss.

tivo de ver a prestação jurisdicional se concretizar integralmente, independentemente de efeitos atribuídos aos recursos utilizados. Por conseguinte, o discurso favorável à execução provisória da pena privativa de liberdade a partir da ausência de efeito suspensivo dos recursos especial e extraordinário, deve ser absolutamente rechaçado em atenção ao princípio da presunção de inocência, que como regra basilar constitucional, supre a falta de previsão legal de suspensividade da eficácia da sentença condenatória combatida por tais recursos.⁷

Ademais, não se pode deixar de lado que a sentença, enquanto passível de recurso, caracteriza-se como um ato substancialmente instável e, por consequência, apresentando conteúdo provisório e plenamente reformável, encontra-se sujeita, ao menos em igual probabilidade, da superveniência de pronunciamento distinto em grau superior. Com efeito, impossibilitar o indivíduo de recorrer até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, seja pelo argumento da ausência de efeito suspensivo dos recursos federais, seja pela materialização do duplo grau de jurisdição ou, ainda, pelo fato de a maior parte das irresignações interpostas não serem acolhidas, é atestar que a atividade jurisdicional dos Tribunais Superiores (STJ e STF), para além de não resguardar, viola o direito do condenado de ter o reexame específico da sua situação jurídica. É estabelecer, noutra sentido, que sua via recursal é mero rito de passagem, passivo frente à decisão proferida nas instâncias inferiores.

Sem qualquer dúvida, a partir de uma interpretação contrária a todo e qualquer limite semântico⁸ do art. 5º, LVII, da Carta Magna de 1988, as recentes decisões do Supremo Tribunal Federal em relação à execução provisória da pena privativa de liberdade, não só afrontaram de maneira definitiva garantias fundamentais do acusado, mas frustraram, também, todo um legado de conquistas democráticas da sociedade brasileira.⁹ Por força disso, acabou-se por deturpar toda a estrutura do devido processo legal, ao passo que a prisão acaba tornando-se regra em

⁷ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de processo penal: comentários e crítica jurisprudencial*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1178-9.

⁸ STRECK, Lenio. Os limites semânticos e sua importância na e para a democracia. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 41, n. 135, p. 173-187, set. 2014.

⁹ Cf. CASARA, Rubens R. R.. *Mitologia Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 292 ss.

detrimento da liberdade, e a presunção de culpa regra em detrimento da presunção da inocência.

Em síntese, o acesso aos recursos deve ser entendido como garantia processual enraizada na Constituição, como um direito fundamental inegociável.¹⁰ Apenas diante desta compreensão existirá legitimação de um dos imprescindíveis postulados do modelo penal de garantias: o ônus de eventual ausência de punição de um culpado pelo bônus de que nenhum inocente cumpra injustamente pena.

2. A OSCILAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO STF EM MATÉRIA DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Ao analisarmos a trajetória jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal acerca da execução provisória da pena privativa de liberdade acabamos nos deparando com decisórios oscilantes, contemplativos de ambas as correntes de entendimento. Evidentemente, após as decisões proferidas nos julgamentos do *Habeas Corpus* nº 126.292, bem como das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e nº 44, a posição favorável à execução provisória da pena privativa de liberdade, como veremos a seguir, restou sedimentada pela maioria dos Ministros da Suprema Corte.

A análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal foi empreendida a partir do ano de 1982, de forma a examinar os impactos da promulgação da Constituição de 1988 nas decisões proferidas pela Corte, até as decisões que passaram a reconhecer como legítimo o instituto da execução provisória da pena privativa de liberdade.

Conforme se denota no julgado abaixo colacionado, verificaremos que a execução provisória era admitida pelo Supremo Tribunal Federal em razão da “ausência de efeito suspensivo” do recurso extraordinário, nos termos do art. 637 do Código de Processo Penal: “O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo re-

¹⁰ WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo. Crítica à execução antecipada da pena (a revisão da súmula 267 pelo STJ). In: CARVALHO, Salo de (Org.). *Crítica à execução penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 452.

corrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença”.

O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo relativamente à execução da pena imposta em sentença criminal. A regularização da duração da reprimenda, para ser atendida em *habeas corpus*, pressupõe comprovada inequivocamente a irregularidade ou ilegalidade, pois, de regra, constitui incidente inerente à execução da competência do respectivo juiz de primeiro grau. ‘*Habeas corpus*’ indeferido.¹¹

Interessante notar, também, a incidência do então art. 594 do Código de Processo Penal (“O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto”):

Habeas corpus. Intimação. Fiança – defeito de intimação que foi sanado com o comparecimento do réu, que apelou. – procedência da alegação de ter ele direito a prestação de fiança para apelar solto. *Habeas corpus* deferido.¹²

Outrossim, denota-se que mesmo após a vigência da Carta Magna de 1988, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal manteve-se inalterada no que se refere à execução provisória da pena privativa de liberdade.

‘HABEAS CORPUS’. LIBERDADE PROVISÓRIA. ART. 5º, ITEM LXVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. O dispositivo no item LVII, do art. 5º da Carta Política de 1988, ao declarar que ‘ninguém será considerado culpado até o réu o trânsito em julgado de sentença penal condenatória’ não significa que o réu condenado não possa ser recolhido à prisão, antes daquela fase, salvo nos casos em que a legislação ordinária expressamente lhe assegure

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 59757/MG, Primeira Turma. Relator Ministro Soares Munoz. Brasília, DF, julgamento em 11 de maio de 1982.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 62423/DF, Segunda Turma. Relator Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, julgamento em 07 de dezembro de 1984.

ra a liberdade provisória, o que decorre do disposto em outros preceitos da Carta Magna, tais como itens LIV, LXI e LXVI, do mesmo artigo 5º.¹³

No ponto, merece transcrição o voto do então Ministro Relator Aldir Passarinho, com sua interpretação da “nova constituição”:

Entendo que a tese de que a nova Constituição, em face do disposto no item LVII, do seu art. 5º, inadmite a prisão do réu antes de a sentença condenatória transitar em julgado não é de ser acolhida.

É certo que o aludido dispositivo legal dispõe que ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória’, mas o preceito não pode ser considerado isoladamente, mas sim em harmonia com outros dispositivos constitucionais, inclusive os diretamente referentes à prisão, como o item LIV do mesmo art. 5º, segundo o qual ‘ninguém será privado da liberdade ou de seus bens, sem o devido processo legal’, e o item LXI, igualmente do art. 5º, que dispõe:

‘Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou por crime ou por crime propriamente militar, definidos em lei’.

Tais dispositivos já de si revelam que pode haver prisão independentemente de sentença transitada em julgado. No caso, houve processo legal que completou na fase de tramitação ordinária, havendo decisão condenatória, e em consequência houve a ordem de prisão, com atenção, portanto, ao disposto nos itens transcritos.

O entendimento da viabilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade em decorrência da “ausência de efeito suspensivo” do recurso extraordinário manteve-se por longo período.

‘HABEAS-CORPUS’. Acórdão que confirma sentença condenatória. Mandado de prisão. Relação processual ainda não definida, passível que e de atingir as instancias extraordinárias. Ordem

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 68037/RJ, Segunda Turma. Relator Ministro Aldir Passarinho. Brasília, DF, julgamento em 10 de maio de 1990.

de captura que afronta decisão do STF. ‘Habeas-corpus’ anterior concedido para assegurar ao paciente aguardar o julgamento em liberdade, até o trânsito em julgado da sentença penal, que somente se operaria após denegação de recursos especial e extraordinário. Artigo 675, CPP, e artigo 5., inciso LVII, CF. Esgotadas as vias impugnativas ordinárias, o decreto de condenação transitada em julgado, eis que os recursos eventualmente cabíveis somente podem ser recebidos, por serem extraordinários, no efeito devolutivo. Anterior ordem de ‘habeas-corpus’, que beneficiara o paciente, fundada em vício formal da prisão em flagrante, não alcança a mandado de captura que decorre de decisão final. Cabe execução provisória de decisão condenatória, ratificada na instância ordinária recursal, ainda que passível de reexame extraordinário. Não obsta a expedição de mandado de prisão o cabimento de recursos sem efeito suspensivo. Precedentes desta Corte: HC 69.039, RHC 64.749, RHC 55.652, HC 55.492, HC 58.032 e HC 68.726. Pedido de ‘habeas-corpus’ conhecido, mas indeferido.¹⁴

O panorama jurisprudencial da Suprema Corte manteve-se sem modificação até o ano de 2003, quando sobreveio a Reclamação nº 2391/PR, na qual foram arguidos os seguintes pontos: a) a inconstitucionalidade do art. 9º da Lei nº 9.034/95 (revogada pela Lei nº 12.850/13), que previa a impossibilidade de o réu apelar em liberdade diante da prática de crimes praticados por organizações criminosas; b) a necessidade de interpretação do art. 3º da Lei nº 9.613/98 (dispositivo revogado pela Lei nº 12.683/12) de acordo com o texto constitucional; e c) a impossibilidade de se ter execução provisória da pena privativa de liberdade.

Tal situação fez com que os réus que não tivessem sentença condenatória “transitada em julgado” fossem postos em liberdade provisória até o julgamento da Reclamação pelo Tribunal Pleno da Corte.¹⁵

No entanto, a Reclamação nº 2.391 acabou sendo julgada prejudicada, uma vez que os réus que pleitearam a providência lograram a liberdade a partir de decisão do Superior Tribunal de Justiça. Com isso,

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 70351/RJ, Segunda Turma. Relator Ministro Paulo Brossard. Brasília, DF, julgamento em 23 de março de 1994.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 83415/SP, Primeira Turma. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, julgamento em 03 de fevereiro de 2004.

as decisões da Suprema Corte voltaram a reconhecer como válida a execução provisória da pena privativa de liberdade.

Os primeiros sinais de que se estava caminhando para a mudança jurisprudencial foram observados ainda no ano de 2007, a partir do entendimento de “que era incompatível com o art. 5º, LVII, da Constituição Federal, a segregação cautelar baseada, exclusivamente, na disposição legal que prevê efeitos meramente devolutivos aos recursos excepcionais”:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. SÚMULA 691 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SUPERAÇÃO. POSSIBILIDADE. SÚMULA 267 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. INAPLICABILIDADE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PARA A SEGREGAÇÃO. INCOMPATIBILIDADE COM O ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. VALOR PREVALENTE. ORDEM CONCEDIDA. I – Viabiliza-se a superação do teor da Súmula 691 do STF quando o indeferimento liminar fundamenta-se em Verbetes do STJ que estejam em confronto com a orientação jurisprudencial desta Corte relativa aos direitos fundamentais. II – É incompatível com o art. 5º, LVII, da Constituição Federal, a segregação cautelar baseada, exclusivamente, na disposição legal que prevê efeitos meramente devolutivos aos recursos excepcionais. III – Ordem concedida.¹⁶

Finalmente, em 05/02/2009, o julgado do Tribunal Pleno que considerou, por maioria, inconstitucional a execução provisória da pena privativa de liberdade.

HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA ‘EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA’. ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

[...] A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases proces-

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 91183/SP, Primeira Turma. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, julgamento em 12 de junho de 2007.

suais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. [...] 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subsequentes agravos e embargos, além do que ‘ninguém mais será preso’. Eis o que poderia ser apontado como incitação à ‘jurisprudência defensiva’, que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. [...]

8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida.¹⁷

O último registro verificado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmando posição contrária à execução provisória da pena privativa de liberdade data de 09/06/2015 (HC 107710/SC – Primeira Turma).

Na sequência, a ementa do *Habeas Corpus* nº 126.292:

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 proferi-

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 84078/MG, Tribunal Pleno. Relator Ministro Eros Grau. Brasília, DF, julgamento em 05 de fevereiro de 2009.

do 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.¹⁸

Em síntese, a conclusão acerca da trajetória jurisprudencial transcrita, ao nosso sentir, é cristalina: ao reconhecer a possibilidade de execução provisória da pena privativa de liberdade e, por consequência, afastando a eficácia da presunção de inocência, a maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal acabou fulminando uma das mais importantes garantias fundamentais que assiste o cidadão brasileiro.

Nessa linha, evidencia-se que a maioria dos Ministros da Suprema Corte olvidou de que: “O postulado do estado de inocência repele suposições ou juízos prematuros de culpabilidade até que sobrevenha – como o exige a Constituição do Brasil – o trânsito em julgado da condenação penal. Só então deixará de subsistir, em relação à pessoa condenada, a presunção de que é inocente”.¹⁹

A partir do entendimento favorável ao instituto execução provisória da pena privativa de liberdade, parece pertinente o questionamento: “quantas liberdades garantidas pela Carta Política precisarão ser comprometidas para legitimar o julgamento plenário do Supremo Tribunal Federal que, ao instituir artificial antecipação do trânsito em julgado, frustrou, por completo, a presunção constitucional de inocência?”.²⁰ Ao que tudo indica, a resposta tardará.

3. A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA EM PERSPECTIVA COMPARADA E INADEQUADA

O Ministro Teori Zavascki aponta em seu voto alguns países que, de acordo com a sua análise, autorizariam a execução provisória

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 126292/SP, Tribunal Pleno. Relator Ministro Teori Zavascki. Brasília, DF, julgamento em 17 de fevereiro de 2016.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 126292/SP, Tribunal Pleno. Relator Ministro Teori Zavascki. Brasília, DF, julgamento em 17 de fevereiro de 2016.

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC 43, Tribunal Pleno. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, julgamento em 05 de outubro de 2016.

da pena privativa de liberdade, segundo ele, após a ocorrência do duplo grau de jurisdição. Destarte, a comparação não se mostra adequada, pois a questão fundamental não é saber quais países legitimam a execução provisória após ocorrência do duplo grau de jurisdição, mas sim, verificar se em algum desses ordenamentos estrangeiros existe a garantia constitucional do trânsito em julgado para que se inicie a execução da pena. Ademais, é importante fazer referência ao equivocado rol de países que, de acordo com o Ministro Teori, como regra, executam a pena de prisão após o duplo grau de jurisdição. Exemplos disso: Portugal e Alemanha.

No direito português, a presunção da inocência está insculpida na Constituição no art. 32, nº 2, da seguinte forma: “todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa”.²¹ Como destaca Alexandra Vilela, a presunção de inocência “é muito mais que uma simples regra probatória que determina que a prova da culpabilidade deva ser feita pela acusação. Antes possui ainda, e também, uma profunda ligação com a liberdade individual do arguido, o que se começa a revelar desde o momento em que se inicia o processo até ao momento em que é proferida a decisão final irrecorrível”.²²

A seu turno, Jorge de Figueiredo Dias leciona que o “direito a ser presumido inocente é um direito subjetivo público”, possuindo dupla missão: o direito, por parte do acusado, em receber um tratamento condigno e fiel à sua condição de presumível inocente até prova contrária e, por outro lado, o direito a ser condenado após uma exaustiva produção de matéria probatória, que seja igualmente suficiente para uma culpabilização plena, e despida de qualquer dúvida razoável na mente do julgador.²³ Assim sendo, resta claro que a presunção de inocência, para além de um princípio basilar do processo penal português, apresenta-se

²¹ PORTUGAL. Constituição (1976). *Constituição da República Portuguesa*. 25 abr. 1976. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 05 mar. 2016.

²² VILELA, Alexandra. *Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 291.

²³ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 198.

como um direito subjetivo constitucionalmente protegido do indivíduo contra a utilização do arbitrário poder punitivo, “baseado numa opção política, que resulta da convicção que essa é a melhor forma de garantir o respeito pela dignidade humana, em sede de perseguição penal”.²⁴

Ainda, para demonstrar a incidência da presunção de inocência em âmbito português, destaca-se o Acórdão n.º 273/2016 do Tribunal Constitucional ao deixar claro que “a sujeição do arguido a uma medida que tenha a mesma natureza de uma pena e que se funde num juízo de probabilidade de futura condenação viola intoleravelmente a presunção de inocência que lhe é constitucionalmente garantida até à sentença definitiva [...]”.²⁵

Desse modo, deve ser frisado que o princípio da presunção de inocência “impõe que qualquer limitação à liberdade do arguido anterior à condenação com trânsito em julgado deva não só ser socialmente necessária, mas também suportável”.²⁶ Portanto, a segregação do acusado no curso do processo estará restringida às hipóteses em que sejam verificados os requisitos da prisão preventiva. Razão pela qual, ao contrário do apontado pelo Ministro Teori Zavascki, a execução da pena privativa de liberdade no processo penal português não ocorre após o duplo grau de jurisdição.

Já por terras tedescas, a Constituição alemã (Lei Fundamental de Bonn)²⁷ de 1949 em que pese não contemplar de maneira expres-

²⁴ BOLINA, Helena Magalhães. Razão de ser, significado e consequências do princípio da presunção de inocência (art. 32.º, n.º 2, da CRP). *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*. Coimbra, n. 70, p. 456, 1994.

²⁵ PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão 273/2016, Segunda Secção. Relator Conselheiro Fernando Ventura. Julgamento em 04 de maio de 2016. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordados/20160273.html>>. Acesso em 10 out. 2016.

²⁶ SOUZA, João Castro e. *Os meios de coação no novo código de processo penal* (jornadas de direito processual penal: o novo código de processo penal). Coimbra: Almedina, 1995, p. 150.

²⁷ “A Lei Fundamental dispõe em seu título primeiro, consagrado aos direitos fundamentais (*die Grundrecht*), diversos princípios relativos ao respeito e à proteção dos direitos do homem. Todos eles procedem da inviolabilidade da dignidade da pessoa humana (art. 1 da GG) e visam o respeito da liberdade (art. 2) e da igualdade entre os homens (art. 3 da GG). Essas liberdades públicas tal como entendidas pela Declaração Francesa dos Direitos do Homem

samente a presunção de inocência, o Tribunal Federal Constitucional considera-a uma garantia ínsita ao princípio do Estado de Direito.

Nesse sentido, Javier Llobet Rodríguez destaca que “o Tribunal Federal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*) considerou incluída a presunção de inocência no princípio de Estado de Direito (art. 20 da Lei Fundamental), e um setor da doutrina considera que a presunção de inocência se deduz do princípio de respeito a dignidade humana (*Gebot der Achtung der Menschenwürde*) (art. 1 da Lei Fundamental)”.²⁸ Da mesma forma, especificamente referindo o caso alemão, Evelyn Haas aduz que a presunção de inocência: “(...) proíbe que um acusado seja tratado como culpado sem uma condenação definitiva. A presunção de inocência exige a comprovação irretocável da culpabilidade antes esta possa repercutir nas relações jurídicas de forma general”.²⁹

No que concerne à incidência da coisa julgada formal, pressuposto da execução da pena privativa de liberdade, será o próprio Claus Roxin a lecionar diretamente que “en contraposición con el proceso civil, en lo proceso penal no hay una ejecución ‘provisional’, esto es, no es posible la ejecución sin cosa juzgada”.³⁰ Com isso, excetuando-se a possibilidade da prisão preventiva (que deve ser devidamente fundamentada e não pode caracterizar antecipação de pena³¹), o ordenamento jurídico alemão, em regra, estabelece que para o início da execução da pena deve existir decisão transitada em julgado do Tribunal Federal

(1789), são destinadas a proteger o indivíduo contra o Estado e conectam todos os órgãos investidos de alguma parcela de soberania” (JUY-BIRMANN, Rudolphe. O sistema alemão. In: DELMAS-MARTY, Mireille (Org.). *Processos penais da Europa*. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 9-10).

²⁸ RODRÍGUEZ, Javier Llobet. *La reforma procesal penal* (un análisis comparativo latinoamericano-alemán). San José: Escuela Judicial, 1993, p. 163-164 (tradução livre).

²⁹ HAAS, Evelyn. Las garantías constitucionales en el procedimiento penal alemán. In: *Anuario de derecho constitucional latinoamerica*, 2006, p. 1012 (tradução livre).

³⁰ ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p. 435.

³¹ RODRÍGUEZ, Javier Llobet. *La reforma procesal penal* (un análisis comparativo latinoamericano-alemán). San José: Escuela Judicial, 1993, p. 200.

de Justiça (BGH), equivalente ao Superior Tribunal de Justiça. Nesse ponto, verificamos uma diferença substancial em relação ao sistema brasileiro: a ausência da Corte Constitucional como instância jurisdicional ordinária.³²

Assim sendo, conclui-se que a Alemanha segue procedimento similar ao adotado no Brasil, onde após a decisão do juízo *a quo*, o recurso de apelação (*die Berufung*) é analisado por um tribunal regional e, posteriormente, o denominado recurso de cassação (*die Revision*), equivalente ao recurso especial. Vale fazer referência ainda aos meios de impugnação extraordinários previstos pelo ordenamento alemão, quais sejam: o recurso de revisão (*die Viedeaufnahme des Verfahrens*), a desconsideração da intempestividade (*die wiederinsetzung in den vorigen Stand*), o recurso constitucional e os recursos para a Corte Europeia de Direitos do Homem.³³

Portanto, ainda que possam existir diferenças procedimentais³⁴, muito pelo contrário, a execução provisória da pena privativa de liberdade após o duplo grau recursal não é a regra no processo penal alemão. Assim, fica evidenciado que a análise comparativa de ordenamentos jurídicos, no mínimo, deve ser considerada inadequada. E mesmo que, por aços, tais apontamentos do voto fossem verdadeiros, eles jamais poderiam servir para a demolição de tão relevante garantia do sistema constitucional brasileiro. Raciocinar dessa forma, sem dúvida, é no mínimo ignorar que a toda nação corresponde uma tradição jurídica e que isto representará desdobramentos singulares, em especial na estruturação de suas respectivas Cartas Constitucionais. Em última análise, para além de estabelecerem os direitos e garantias dos cidadãos, tais pactos políticos asseguram que as especificidades sociais, políticas, econômicas e jurídicas de determinado povo sejam respeitadas.

³² Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos políticos e jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 14.

³³ JUY-BIRMANN, Rudolphe. O sistema alemão. In: DELMAS-MARTY, Mireille (Org.). *Processos penais da Europa*. Trad: Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 56-57.

³⁴ Cf. ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. *Introdução ao direito penal e ao direito processual penal*. Trad: Gersélia Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 220.

4. O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO FRENTE A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O entendimento da maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal reconhecendo a viabilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade após ser conferido o duplo grau de jurisdição (direito do acusado de ter a sua situação fática-processual reavaliada por um tribunal superior), consubstanciou-se na ideia de que com o encerramento da análise de “mérito” da demanda criminal estaria consumada uma presunção de culpa. Assim, uma vez que os recursos especial e extraordinário não possuem efeito suspensivo, plenamente viável a execução antecipada da condenação proferida pelo colegiado.

Não obstante, ressaltando a inegável importância do duplo grau de jurisdição, não há dúvida que a previsão contida no texto constitucional é no sentido de que a execução da pena somente pode ocorrer após a análise de todos os recursos interpostos. Disso resulta a expressão “trânsito em julgado” prevista no art. 5º, LVII, da Carta Magna de 1988. Desse modo, ou se prende alguém por cautela (preventivamente), ou se aguarda o encerramento dos julgamentos de todos os recursos interpostos contra a condenação imposta.

Como é sabido, o trânsito em julgado ocorre no momento em que a sentença penal condenatória se torna definitiva e, portanto, sem possibilidade de modificação (coisa julgada material). Nesse sentido, a lição de José Frederico Marques:

A coisa julgada é qualidade dos efeitos da prestação jurisdicional entregue com o julgamento final da *res in judicium deducta*, tornando-os imutáveis entre as partes. Com a sentença definitiva não mais sujeita a reexames recursais, a *res judicanda* se transforma em *res judicata*, e a vontade concreta da lei, afirmada no julgado, dá ao imperativo jurídico, ali contido, a força e a autoridade de *Lex specialis* entre os sujeitos da lide que a decisão compôs. [...] Na coisa julgada material, o julgamento se faz regra imutável para a situação litigiosa que foi solucionada, a ele vinculando imperativamente os litigantes e também os órgãos jurisdicionais do Estado, de forma a impedir novo pronunciamento sobre a lide e as questões a ela imanentes.³⁵

³⁵ MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Milenium, 1999. p. 343.

É disso que resulta a presunção de inocência, princípio que não se confunde com o duplo grau de jurisdição. Logo, a confirmação da condenação em segunda instância não importa em considerar o acusado culpado e, por consequência, sucessível de ter sua liberdade restringida sem a existência de pressupostos de cautelaridade (prisão preventiva) ou do trânsito em julgado (coisa julgada material).

Devemos ter claro que o posicionamento da maioria dos Ministros da Suprema Corte acerca da execução provisória da pena constituiu-se num equivocado ato de política criminal, no qual com o objetivo de combater a utilização de recursos federais que apenas buscam a postergação do trânsito em julgado e eventual reconhecimento da prescrição, deixou-se de lado o dever fundante de salvaguardar a efetiva aplicação do texto constitucional.

Em síntese, o que se pretende demonstrar é que a presunção de inocência não está coligada ao duplo grau de jurisdição, mas sim ao “trânsito em julgado” da sentença condenatória. Ambas as garantias são indispensáveis, mas devem ser analisadas e conferidas individualmente acusado, sem qualquer limitação, ao contrário do que propôs o entendimento majoritário do Supremo Tribunal Federal.

5. OS IMBRÓGLIOS EM MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL

5.1. O ART. 283 DO CPP

O formato dado ao art. 283 do Código de Processo Penal pelo legislador pátrio por meio da Lei nº 12.403/2011 concretizou na esfera processual penal a garantia explícita na Carta da República de 1988 de que “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”. Tal ressalva torna-se importante para apontar que o dispositivo se caracteriza como regra geral. Assim, a segregação do acusado poderá se materializar antes de transitar em julgado o decreto condenatório em situações de fundamentada necessidade, nas quais, decretar-se-á a prisão preventiva. Daí a inconveniência, para não dizer contras-

senso, das decisões proferidas pela maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* nº 126.292 e, especialmente, nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e nº 44 (que trataram objetivamente do conteúdo do dispositivo legal ora destacado).³⁶

Em razão disso, causou estarrecimento o julgado ter deixado de apreciar o art. 97 da Carta Maior de 1988 (“Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”), bem como da Súmula 10 do próprio Supremo Tribunal Federal (“Viola a cláusula de reserva de plenário [CF, artigo 97] a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”), o que mesmo diante da absoluta ausência de limites semânticos, poderia justificar a não apreciação dos destacados dispositivos pelo Ministro Teori Zavascki quando da sua decisão.

Diante de tal impasse, Lenio Streck frisava que a Suprema Corte se encontrava numa “*sinuca de bico*” face ao procedimento (não adotado) de declaração formal de inconstitucionalidade do art. 283 do Código

³⁶ À época do julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.292, Lenio Streck alertava: “O artigo 283 é, por assim dizer, uma questão pré-judicial e prejudicial. Ele é barreira para chegar ao resultado a que chegou a Suprema Corte. [...] o próprio relator, ministro Teori Zavascki, contrariaria posição que assumira como ministro do Superior Tribunal de Justiça na Reclamação 2.645, em que ficou assentando — corretamente — que o judiciário somente pode deixar de aplicar uma lei se a declarar formalmente inconstitucional (esse enunciado constitui a primeira das minhas seis hipóteses pelas quais o judiciário pode deixar de aplicar uma lei). Assim, o STF contrariou a jurisdição constitucional, naquilo que ele próprio vem estabelecendo. Veja-se, nesse sentido, a Súmula Vinculante 10, pela qual ‘viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte’. [...] Por que existe a SV 10 e o artigo 97 da CF? Simples: É para evitar que um texto jurídico válido seja ignorado ou contornado para se chegar a um determinado resultado. No caso, o STF afastou — sem dizer — a incidência do artigo 283. E ao não dizer e fundamentar devida e claramente, fez algo que ele mesmo proíbe aos demais tribunais”. STRECK, Lenio Luiz. Uma ADC contra a decisão no HC 126.292 – sinuca de bico para o STF! Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-29/streck-adc-decisao-hc-126292-sinuca-stf>>. Acesso em: 03 de março de 2016.

de Processo Penal. Ou seja, para que o Supremo Tribunal Federal mantivesse a sua decisão, teria, necessariamente, que declarar as razões pelas quais o referido dispositivo processual violaria a Constituição.³⁷ Estas foram as razões, ademais, porquê acabaram sendo ajuizadas as Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e nº 44, buscando fosse assentada a harmonia do art. 283 do Código de Processo Penal com a Carta Magna de 1988.

A rigor, os Ministros da Suprema Corte tinham duas opções: a) ou decretar que a decisão proferida no *Habeas Corpus* nº 126.292 violou frontalmente o disposto no art. 283 do Código de Processo Penal, devendo, por consequência, ser reformada; b) ou declarar expressamente que o destacado dispositivo legal é inconstitucional. Como visto, os Ministros da Suprema Corte, em sua maioria, não fizeram nem uma coisa, nem outra. Optaram por declarar a constitucionalidade do dispositivo processual penal, e não reconhecer como absoluta a regra “em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado”.

A verdade é que, ao contrário do estabelecido nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal, o princípio da presunção de inocência é garantia diretamente vinculada ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, seja por determinação expressa na Constituição Federal de 1988, ou no art. 283 do Código de Processo Penal. Dessa forma, ao declarar a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, mas não legitimar o valor do seu conteúdo, os Ministros da Suprema Corte, em sua maioria, sedimentaram uma interpretação semântica da expressão “trânsito em julgado” que acabou por violar frontalmente a Carta Magna e o referido dispositivo processual penal. A denominada *fraudem legis*.³⁸ Ainda, interessante destacar o apontamento do Ministro

³⁷ STRECK, Lenio Luiz. Uma ADC contra a decisão no HC 126.292 – sinuca de bico para o STF! Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-29/streck-adc-decisao-hc-126292-sinuca-stf>>. Acesso em: 03 mar. 2016.

³⁸ Nesse sentido, Francesco Ferrara leciona que “o mecanismo da fraude consiste na observância formal do ditame da lei, e na violação substancial do seu espírito: *tanturn sententiam offendit et verba reservat*”. O fraudante, pela combinação de meios indiretos, procura atingir o mesmo resultado ou pelo menos um resultado equivalente ao proibido; todavia, como a lei deve entender-se não segundo o seu teor literal, mas no seu conteúdo espiritual, porque a disposição quer realizar um fim e não a forma em que ele pode manifestar-

Gilmar Mendes (favorável ao instituto da execução provisória), de que “a experiência histórica de diferentes países parece confirmar que os eventuais detentores do poder, inclusive o legislador, não são falíveis e sucumbem, não raras vezes, à tentação do abuso de poder e da perversão ideológica”.³⁹ Resta pouca dúvida que é mais fácil reconhecer as imperfeições alheias do que as suas próprias.

Por força disso, ao atribuir uma nova concepção para a expressão ‘trânsito em julgado’, o entendimento majoritário da Suprema Corte, num impulso de injustificável inquisitorialidade, acabou por arruinar a garantia fundamental do cidadão de ser considerado inocente.⁴⁰ Desse modo, não pode causar estranheza que quem não reconheça o valor de uma baliza constitucional (art. 5º, LVII, CF/88), tenha desconsiderado um “mero” dispositivo processual penal (art. 283 do CPP).⁴¹ Ninguém se torna inume a sucumbir ao abuso de poder e à perversão ideológica.

5.2. A LEI Nº 7.210/84

Com o intuito de diminuir violações, limitar a atividade da administração e proporcionar ao apenado a garantia mínima de seus direitos, a Lei nº 7.210/84 normatizou a jurisdicionalização da execução da pena, vindo ao encontro das concepções do processo penal como

-se, já se vê que, racionalmente interpretada, a proibição deve negar eficácia também àqueles outros meios que em outra forma tendem a conseguir aquele efeito” (FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. 2. ed. Trad: Manuel A. D. de Andrade. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1963, p. 151).

³⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: IBDC, 1998, p. 28.

⁴⁰ AMARAL, Augusto Jobim do. *Política da Prova e Cultura Punitiva*, p. 407 ss.

⁴¹ Como refere Celso Antônio Bandeira de Melo, “violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa ingerência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço e corrosão de sua estrutura mestra” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 451).

substrato de garantias do cidadão contra o arbítrio do Estado.⁴² Dentro dessa concepção constitucional, os artigos 105,⁴³ 147⁴⁴ e 160⁴⁵ da Lei nº 7.210/1984 que fazem referência ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória como indispensável pressuposto de validade para os procedimentos neles previstos novamente foram ignorados. Desse modo, verifica-se que a presunção de inocência, traduzida na ocorrência do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, apresenta-se como instrumento de garantia do cidadão tanto na fase recursal, como na fase executória. Com efeito, de modo a sustentar a alteração jurisprudencial advinda do *Habeas Corpus* nº 126.292, os Ministros favoráveis ao novo entendimento, que deveriam ter declarado a inconstitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, bem como dos artigos 105, 147 e 160 da Lei de Execução Penal, ficaram silentes. Outrossim, diante da decisão proferida nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e nº 44, mantiveram-se impávidos à legislação.

A despeito deste entendimento, é importante frisar que em razão da ausência de apontamento acerca dos dispositivos da Lei nº 7.210/84 nos julgados da Suprema Corte, o novo entendimento acerca da execução provisória diz respeito “apenas” à pena privativa de liberdade. Logo, em não havendo determinação específica acerca das demais espécies de penas, para que ocorra a execução, necessariamente, deverá ser aguardado o trânsito em julgado da sentença.⁴⁶

⁴² Cf. CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

⁴³ “Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução”.

⁴⁴ “Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares”.

⁴⁵ “Transitada em julgado a sentença condenatória, o Juiz a lerá ao condenado, em audiência, advertindo-o das consequências de nova infração penal e do descumprimento das condições impostas”.

⁴⁶ Neste sentido, BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 386872/RS, Quinta Turma. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, DF, julgamento em 14 de março de 2017.

Tal situação, é mais um elemento que solidifica o preciso posicionamento do Ministro Celso de Mello, quando refere que “o reconhecimento da tese da ‘execução provisória’ de uma condenação criminal (antes, portanto, do seu trânsito em julgado) significa admitir-se, com toda a vênia, uma aberração jurídica, porque totalmente inconstitucional e ilegal”.

5.3. O DECRETO DE PRISÃO PREVENTIVA

Desde a reforma processual promovida pela Lei nº 11.719/2008, na qual restou inserido no Código de Processo Penal o parágrafo único no art. 387⁴⁷, e revogado o art. 393 I⁴⁸, a prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível, parecia algo superado em nosso sistema processual penal. Ao resgatar a execução provisória da pena privativa de liberdade, porém, o Supremo Tribunal Federal deixa em aberto uma obscura possibilidade de relativização da fundamentação das decisões que decretam a segregação, em especial, na sua modalidade preventiva (art. 312 do Código de Processo Penal).⁴⁹

A fundamentação da prisão preventiva, como exigência contida na norma constitucional, deve ser absolutamente clara e concreta, devendo o juiz demonstrar inequivocamente os seus pressupostos e requisitos.⁵⁰ Ademais, em consonância com a Lei nº 12.403/11, cediço que “a fundamentação deverá apontar – além do *‘fumus commissi delicti’* e o *‘periculum libertatis’* – os motivos pelos quais o juiz

⁴⁷ “O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta”.

⁴⁸ “São efeitos da sentença condenatória recorrível: ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis, enquanto não prestar fiança”.

⁴⁹ “A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”.

⁵⁰ Cf. desde o arcabouço clássico: TORNAGHI, Hélio. *Compêndio de processo penal*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1967. t. 4, p. 85-86.

entendeu inadequadas e insuficientes as medidas cautelares diversas do art. 319”.⁵¹

Por conseguinte, a nova posição da Suprema Corte acerca da execução provisória da pena privativa de liberdade acabou por relativizar, também, a garantia prevista no inciso IX do art. 93 da Constituição de 1988, de que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]”. A motivação serve para o controle da eficácia do contraditório e de que existe prova suficiente para derrubar a presunção de inocência. Somente a fundamentação permite avaliar se a racionalidade da decisão predominou sobre o poder, e, principalmente, se foram observadas as regras do devido processo penal.⁵² Trata-se de uma garantia fundamental que legitima o poder contido na decisão.⁵³ Do destacado dispositivo constitucional, extrai-se, portanto, que todo o ato decisório judicial deve ser devidamente fundamentado, expressando garantia que se avulta à medida que os efeitos da decisão avançam na limitação de direitos fundamentais.⁵⁴

Diante disso, devemos ter claro que a presunção de inocência não pode ter limitada a extensão de seu alcance seja qual for a prática delitiva imputada ao acusado. Razão pela qual inviável o raciocínio da existência de “uma tipificação inicial de crimes para os quais a aplicação provisória da sentença é desejada do ponto de vista do bem-estar social, como forma de ser útil para o aperfeiçoamento da legislação penal brasileira, bem como na implantação de políticas públicas de combate ao crime”.⁵⁵ Tais questões (legislação penal, políticas públicas de combate ao crime e o princípio da presunção de inocência) não devem (e não po-

⁵¹ LOPES JR., Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*: lei 12.403/2011. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 59.

⁵² CANOTILHO, J. J. Gomes (et al.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, pp. 1324-5.

⁵³ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 101-102.

⁵⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; COSTA, Domingos Barroso. *Prisão preventiva e liberdade provisória*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 87.

⁵⁵ MENEGUIN, Fernando B.; BUGARIN, Maurício S.; BUGARIN, Tomás T. S. A execução provisória da sentença: uma análise econômica do processo penal.

dem) ser analisadas numa mesma hierarquia dentro do sistema jurídico, ainda mais com o objetivo de se buscar eventual economia processual.

Em síntese, face às violações perpetradas desde os julgados da Suprema Corte, válido lembrar os escritos de Ferdinand Lassalle, para que num futuro próximo, não nos confrontemos com a lamentável constatação de que, efetivamente, o que “importava e urgia” é que “a constituição escrita não fosse nada mais do que um pedaço de papel”.⁵⁶ Assim, nos termos de mais um nefasto efeito do novo entendimento do Supremo Tribunal Federal: o enfraquecimento da garantia fundamental do cidadão de poder aferir os motivos pelos quais um eventual decreto de prisão se mostra necessário antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

6. DO NÃO ATENDIMENTO AOS POSTULADOS PREVISTOS NA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM (1948) E NA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS DO HOMEM (PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA) ACERCA DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O princípio da presunção de inocência restou sedimentada no ordenamento jurídico internacional, em 1948, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, elaborada e promulgada pela Organização das Nações Unidas – ONU, que insculpiu em seu art. 11.1 que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se prove sua culpabilidade, conforme a lei e em juízo público no qual sejam asseguradas todas as garantias necessárias à defesa”.

De igual maneira, a Convenção Americana de Direitos do Homem (Pacto de San José da Costa Rica), realizada em 1969, fez constar no art. 8.2: “Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”. Tanto a Declaração Universal dos Direitos Humanos, quanto o

Economic Analysis of Law Review, Brasília, vol. 2, n. 2, p. 204-229, jul./dez. 2011. p. 227.

⁵⁶ LASSALLE, Ferdinand. *A essência da constituição*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998, p. 50.

Pacto de San José da Costa Rica (assim como outros documentos internacionais)⁵⁷, para além de fazerem alusão ao princípio da presunção de inocência, compreendem o ideal do indivíduo livre, e sob condições que lhe possibilite gozar dos seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como dos seus direitos civis e políticos.

Dessa forma, estando o Brasil comprometido com o cumprimento das disposições constantes nos referidos documentos internacionais, evidencia-se que o novo entendimento da Suprema Corte acerca da execução provisória da pena privativa de liberdade e, por consequência, da presunção de inocência, acabou também por violá-los.

Nessa linha, vale referir que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, competente para julgar situações relativas à interpretação dos dispositivos da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, não raramente declara a violação das garantias previstas no art. 8º do regramento, inclusive, especificamente em relação à presunção de inocência.

Exemplo disso, foi o caso *Suárez Rosero vs. Ecuador*, no qual restou consignado expressamente: “Esta Corte estima que o principio de presunção de inocência atende o propósito das garantias, ao firmar a ideia de que uma pessoa é inocente até que a sua culpabilidade seja demonstrada”.⁵⁸

⁵⁷ Acerca da previsão da presunção de inocência no ordenamento internacional, destaca o Ministro Celso de Mello: “O conteúdo de tão fundamental prerrogativa assegurada a toda e qualquer pessoa, mostrou-se presente em outros importantes documentos internacionais, alguns de caráter regional, como a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (Bogotá, 1948, Artigo XXVI), a Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Roma, 1950, Artigo 6º, § 2º), a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (Nice, 2000, Artigo 48, § 1º), a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos/Carta de Banjul (Nairóbi, 1981, Artigo 7º, § 1º, “b”) e a Declaração Islâmica sobre Direitos Humanos (Cairo, 1990, Artigo 19, “e”), e outros de caráter global, como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Artigo 14, § 2º), adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 126292/SP, Tribunal Pleno. Relator Ministro Teori Zavascki. Brasília, DF, julgamento em 17 de fevereiro de 2016.

⁵⁸ “No presente caso, o Sr. *Rafael Iván Suárez Rosero* teve decretada em seu desfavor uma prisão cautelar, na qual permaneceu por mais de 1 mês incomunicável e sem que houvesse expedição de mandado judicial. Após a formalização da

De igual maneira, no caso *Ricardo Canese vs. Paraguay*: “A Corte considera que o direito à presunção de inocência es um elemento essencial para a realização efetiva do direito de defesa, acompanhando o acusado durante toda a tramitação do processo até que uma sentença condenatória que determine a sua culpabilidade se torne imutável”.⁵⁹

Em resumo, o entendimento da Corte se direciona no sentido de que a prisão sem a existência de uma sentença definitiva somente pode se caracterizar como uma medida cautelar, mas não punitiva, impondo-se ao Estado uma obrigação de não restringir a liberdade do acusado além dos limites necessários para assegurar o bom andamento do processo e a necessária ação da justiça. Proceder de outro modo equivale a antecipar a pena, o que contraria princípios gerais do direito amplamente reconhecidos, especialmente, a presunção de inocência prevista no artigo 8.2 da Convenção Americana.

Diante disso, denota-se que as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos não se prestam apenas como precedentes para resolução de futuras demandas, como também ecoam (ou deveriam ecoar, no caso do Brasil) no direito interno dos países subscritores. Como bem aponta Flávia Piovesan, “[...] a experiência brasileira revela que a ação internacional tem também auxiliado a publicidade das violações de direitos humanos, o que oferece o risco do constrangimento político e moral ao Estado violador, e, nesse sentido, surge como significativo

denúncia e, posteriormente, da condenação, acabou permanecendo no cárcere por aproximadamente 4 anos, ainda que a pena máxima prevista para o crime imputado fosse a metade disso” (tradução livre). CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C, n. 35, disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_35_esp.pdf. Acesso em: 21 mar. 2017.

⁵⁹ “Neste caso, o Sr. Ricardo Nicolás Canese Krivoshein foi condenado a uma pena de 2 meses de prisão e multa, além de uma restrição permanente para sair do país, pela prática do delito de difamação, em razão de manifestações realizadas por oportunidade da sua candidatura à Presidência do Paraguai” (tradução livre). CORTE INTERAMERICANA DE DIREITO HUMANOS. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C, n. 111. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_esp.pdf. Acesso em: 21 mar. 2017.

fator para a proteção dos direitos humanos. Ademais, ao enfrentar a publicidade das violações de direitos humanos, bem como as pressões internacionais, o Estado é praticamente “compelido” a apresentar justificativas a respeito de sua prática”.⁶⁰

Outrossim, com os últimos movimentos jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal, evidencia-se que casos como *Ximenes Lopes vs. Brasil* e *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil*, ainda que não tenham tratado acerca da presunção de inocência, não serviram para demonstrar a necessidade de o ordenamento jurídico brasileiro estar de acordo com os preceitos da Corte Interamericana de Direitos Humanos e, por consequência, da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

7. A PRÉ-OCUPAÇÃO POLÍTICA PELA INOCÊNCIA E A ESCOLHA DEMOCRÁTICA⁶¹

Ademais de todo dito acerca do desrespeito técnico-jurídico das posturas consolidadas pelo STF, cabe se interrogar em que horizonte se colocam os posicionamentos de uma Suprema Corte que deveriam ser o primeiro anteparo às violações constitucionais? Que sintoma indicam quanto a anemia democrática sinalizada politicamente nos dias que correm? Será exatamente em tempos de urgência de violência punitiva, aparentemente irrefreáveis, que um gesto de resistência se impõe a todos, nem que seja pelo resto de vergonha que ainda nos sobreviva.

Um “não” como germe persistente sobre aquilo que se põe como imponderável deve subsistir. O nada novo ar de “progresso” judicial, hoje inspirados pela ode ao combate à impunidade (ou slogans afins), não cessam em deixar, no horizonte, sob escombros, o lastro das conquistas democráticas.

⁶⁰ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 313.

⁶¹ Este item é uma versão revisada de artigo originalmente publicado em: AMARAL, Augusto Jobim do. A pré-ocupação de inocência e o julgamento do HC 126.292/SP pelo STF. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 24, n. 281, p. 03-05, abr. 2016.

No HC 126.292/SP, o STF mais uma vez ratificou as lamentáveis tendências e retrocedeu vez mais, mudando seu próprio posicionamento e permitindo a execução provisória da pena após a confirmação da sentença em segundo grau. Assim, passaram aos ouvidos da Suprema Corte os reclamos, porém nada imunes estavam aos influxos da verborragia punitivista, farta em se camuflar das melhores intenções.

Se sequer sobre um olhar técnico remanesce alguma correção ao julgado, podemos exaurir as imprecisões na decisão sem nem ao menos flertar de longe com aquilo que poderá, de fato, questionar o respaldo político-democrático do princípio da presunção de inocência, quer dizer, interrogar a dignidade da razão que ampara radicalmente a racionalidade jurídica ali estampada. Se o movimento de crispação constitucional, que representa um ressecamento das capilaridades dos direitos fundamentais ali respaldos não é inédito, não será à toa o cenário de notável esgarçamento do tecido democrático, com fissuras que esperamos não sejam irreversíveis. Ademais, quando falamos do exame daquilo que podemos radicalizar e chamar de *pré-ocupação de inocência*⁶² o quadro toma tons ainda mais sombrios: naturalização do abuso das prisões provisórias, a ostensividade midiática despudorada no uso de algemas e a exploração das imagens de investigados e processados, prisões como forma de coação para obter confissões em megaprocessos capitaneados por messianismos judiciais, chegando até mesmo ao absurdo da “inversão do ônus probatório em matéria criminal” fragorosamente declarada por um Ministro na AP 470 (“Mensalão”). Todo este corolário de violências naturalizadas apenas teve sua pá de cal no HC 126.292.

O que daquilo que borbulha merece politicamente ser enfrentado quando esta problemática é exposta e, ao que parece, falar em contenção do poder penal soa desprezível?

Cabe dizer que uma *teoria das presunções* intervém em qualquer *controvérsia*⁶³. Com o processo penal, não seria diferente. Se, de modo mais simples, o processo penal não representa mero meio para realiza-

⁶² AMARAL, Augusto Jobim do. A Pré-Ocupação de Inocência no Processo Penal. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 62, p. 85-115, jan./jun. 2013.

⁶³ GIL, Fernando. *Mimésis e Negação*. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1984, p. 484 ss.

ção do direito penal, mas o dispositivo por excelência de limitação do poder punitivo garantido pela função jurisdicional, em que a prova é a atividade necessária para se verificar se um sujeito cometeu um delito, até que ela se produza mediante um juízo regular, ninguém poderá ser considerado culpado. Assim é que classicamente se aduziu do *princípio da jurisdicionalidade* o postulado da *presunção de inocência*. Trata-se, para além de ser *presunção “até que se prove o contrário”*, de um corolário *lógico-racional do próprio processo penal e primeira garantia fundamental assegurada ao cidadão* pelo procedimento.⁶⁴ Em que pese o princípio da *presunção de inocência* ter sido afirmado à época sob reflexo de uma concepção positiva e otimista do homem, respaldado por uma valoração probabilística⁶⁵, independentemente da aceitação disto, atualmente é *estado fundamental do cidadão, retrato da opção política ínsita ao Estado Democrático de Direito*.

O substrato primigênio da *presunção de inocência* alude uma clássica opção garantista de civilidade “em favor da tutela da imunidade dos inocentes, inclusive ao preço da impunidade de algum culpável”⁶⁶. Razão tão bem explicada por Carrara, em prol do maior interesse que todos os inocentes sejam protegidos, através da contraposição entre o “mal certo e positivo” da condenação de um inocente em oposição ao “mero perigo” (de delitos futuros) representado pela absolvição de um culpável.⁶⁷ Na medida em que a seletividade é o traço permanente de qualquer sistema penal⁶⁸, ou seja, o poder punitivo, tal como uma epidemia, funciona atingindo os mais vulneráveis ao seu programa criminalizador – assim, não se alcançará a punição de todos os culpados, nem

⁶⁴ LUCCHINI, Luigi. *Elementi Di Procedura Penale*. Seconda edizione riveduta e ampliata. Firenze: G. Barbèra, 1899, pp. 10 e 15.

⁶⁵ CARMIGNANI, Giovanni. *Elementi del Diritto Criminale*. 2ª edizione napoletana sull'ultima Malta. Napoli: Dallo Stabilimento Tipografico di P. Androsio, 1854, p. 145.

⁶⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal*. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez et. al. Madrid: Trota, 1995, p. 549.

⁶⁷ CARRARA, Francesco. *Programma del Corso di Diritto Criminale*. Dettato dal Professore Francesco Carrara. Lucca: Tip. Canovetti, 1863, p. 373.

⁶⁸ ZAFFARONI, Eugenio; BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 46-51.

mesmo o resguardo de todos os inocentes – importará trazer a questão de forma clara. Portanto, máxima a ser interrogada de forma ideal, mas que denota a radical inclinação que deve manter qualquer sistema processual penal de cunho democrático: é preferível termos casos de culpáveis absolvidos com a certeza de que nenhum inocente será condenado ou, pendente ao autoritarismo, aceitar idealmente todos os culpados condenados, todavia ao preço de algum inocente.

Sem subterfúgios: há uma enorme irresponsabilidade político-criminal envolvida na decisão do STF. Apenas como parâmetro, entre 2006 e 2014, uma em cada quatro decisões de HC do STJ modificava algum aspecto das decisões emitidas pelos julgados de segunda instância. E nem falemos das daquelas decisões que são mantidas em sede do STJ e modificadas pelo STF, ou quem sabe dos julgamentos que acabam por ser anulados e reformados via Recursos especiais e extraordinários pelas Cortes Superiores.⁶⁹ O que se dirá dos expressivos equívocos depois do cumprimento da pena erradamente? Trata-se do *preço da democracia*. Ou se opta pela inocência de todos ao preço inclusive da não punição de algum culpável ou declaremos abertamente nossa aversão àquilo que custa de fato viver num ambiente democrático. Por outro lado, não se precisará maiores incursões empíricas para se surpreender com o simulacro do duplo grau de jurisdição a complicar ainda mais efetivação da presunção de inocência.⁷⁰ É sabido que os julgamentos de segundo grau comportam-se não raro como meros ratificadores das decisões monocráticas operados numa lógica de eficientismo repressivo. Num ambiente em que os recursos são vistos como meras peças que retardam a punição dos culpados e geram impunidade, e não como instrumento de cidadania e de efetivação jurisdicional democrática, a normatividade constitucional terá vida frágil. E sempre soubemos bem sobre o lombo de quem, mais ainda, recairão tais vulnerabilidades ao final.

Estamos às voltas da alternativa *política* fundada na linha tênue do complexo nexo entre *liberdade* e *segurança*, neste ponto aqui ao me-

⁶⁹ Pesquisa realizada por Thiago Bottino na FGV (Direito/RJ). Disponível em: <<http://www.fgv.br/supremoemnumeros/visualizacoes/cfilter-ipea/index.html>>. Acesso em: 30 ago. 2017.

⁷⁰ Ver pesquisa feita no âmbito das Câmaras Criminais do TJRJ trazida em CASARA, Rubens. *Mitologia Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2015.

nos não visto como irreconciliáveis. Se, numa escala maior, o enorme investimento no cerceamento de liberdades presente nas dinâmicas securitárias sob a promessa de enfrentamento ao terrorismo acarreta uma espécie de *banóptico*⁷¹ que nada cresce em segurança, mas possui como resultado o avanço a passos largos na direção de regimes autoritários, a extensão disso noutra escala é o ideário persecutório em matéria penal, agora travestido no discurso de ocasião da “corrupção”⁷², que acaba por convocar a todos “por razões de segurança” a abrir mão daquilo que em qualquer outra circunstância não teríamos motivos para aceitar. A crise naturalizada expõe o *populismo punitivo como tecnologia judiciária permanente de governo*.⁷³ As primárias lições⁷⁴ de que alguma segurança apenas poderá ser conquistada na medida em que houver mínima confiança na não violação da *liberdade* de quem quer que seja passou a ser peça de museu. Em contrapartida, quando o *medo* pode assolar o inocente, demonstrado estará tão somente o descompasso da função jurisdicional e a inversão ideológica condizentes às nefastas práticas inquisitivas.⁷⁵ Em suma, a *presunção de inocência* deve ser não apenas uma

⁷¹ Cf. BIGO, Didier. Globalized (in)security: the Field and the banopticon. In: SAKAI, Naoki; SOLOMON, Jon (comps). *Traces 4: Translation – Biopolitics, Colonial Difference*. Hong Kong: Hong Kong University Press, 2006, pp. 5-49. O diagrama estratégico consiste em determinar uma minoria como excluída desde discursos de riscos e inimigos internos, passando pelas instituições como os centros de detenção até as portas de embarque dos aeroportos cruzando-se com leis e medidas administrativas que singularizam o tratamento de certo grupo. Em resumo, três elementos constituem este poder excepcional: a regra do estado de emergência, a seleção que exclui categorias sociais inteiras por seu comportamento social futuro e a normalização de grupos não excluídos mediante a crença na livre circulação de bens, capitais, informação e pessoas.

⁷² Cf. o nó górdio em SOUZA, Jessé. *A Tolice da Inteligência Brasileira*. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2015.

⁷³ Cf. AMARAL, Augusto Jobim do. *Política da Prova e Cultura Punitiva*, pp. 358-388.

⁷⁴ MONTESQUIEU. *The Spirit of Laws*. A Compendium of the First Edition – Edited with an Introduction by David Wallace Carrithers. Los Angeles/London: University of California Press, 1977, p. 217 e PAGANO, Francesco Mario. *Considerazioni sul Processo Criminale*. Napoli: Stamperia Raimondiana, 1787, p. 27-8.

⁷⁵ PAGANO, Francesco Mario. *Considerazioni sul Processo Criminale*, p. 83-92; CORDERO, Franco. *Riti e sapienza del diritto*. Roma-Bari: Laterza, 1981, p. 625-658 e FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*, p. 550.

garantia de *liberdade pública* como valor fundamental, mas de *segurança e confiança* dos cidadãos na prestação jurisdicional.

Não por menos tem sido alvo, desde o XIX, sistematicamente do ataque do pensamento autoritário. Não seria necessário lembrar a disputa da *presunção de inocência*, imerso no modelo republicano de democracia, com o pessimismo antropológico fascista inspirador do código de processo penal brasileiro CPP/41.⁷⁶ Não obstante, rever as odes de Alfredo Rocco⁷⁷ à reação de Manzini ao Código italiano de 1930 acerca da *presunção de inocência* sempre vem a calhar. Fragilidade principiológica que impôs, segundo o Ministro de Mussolini, tantos danos à justiça criminal - por isso seu Código centrado na incisiva intervenção capital do magistrado e seu protagonismo combinado ao menosprezo a este princípio.⁷⁸ Para chegar aos adágios fascistas de Manzini, necessário foi antes montar na Escola Positivista italiana o arsenal para poder munir a autoridade e nutrir golpe decisivo dado pelo Código Rocco de 1930. Estratégia central da toada fascista que se transportou incólume à legislação brasileira juntamente com a centralidade e controle do magistrado sobre a prova. Ambos os corolários – desprezo pela *presunção de inocência* e *gestão da prova* sobre a égide do juiz – podem ser dispostos como faces do mesmo centavo.⁷⁹ Os dois, em paralelismo notável, procuraram atacar a medula que erige um sistema acusatório.

⁷⁶ MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 155 ss.

⁷⁷ ROCCO, Alfredo. Prefazione. In: MANZINI, Vincenzo. *Trattato di Diritto Processuale Penale Italiano*. Secondo Il Nuovo Codice con prefazione di Alfredo Rocco. Volume Primo. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1931, pp. IX-X.

⁷⁸ MANZINI, Vincenzo. Relazione Ministeriale sul Progetto Preliminare del Codice di Procedura Penale. In: *Lavori Preparatori del Codice Penale e del Codice di Procedure Penale*. Vol. VIII. Roma: 1929, p. 22 e MANZINI, Vincenzo. *Trattato di Diritto Processuale Penale Italiano*. Secondo Il Nuovo Codice con prefazione di Alfredo Rocco. Volume Primo. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1931, pp. 175-184.

⁷⁹ GAROFALO, R. *Criminologia: Estudo sobre o Delicto e a Repressão Penal*. Seguido de um appendice sobre Os Termos do Problema Penal por L. Careli. Versão Portuguesa com um prefacio original por Julio de Matos. São Paulo: Teixeira & Irmão, 1893, p. 394-5 e FERRI, Enrico. *Sociologia Criminal*. Traduzido por Soneli Maria Melloni Farina. Sorocaba: Minelli, 2006, p. 241-2.

Nesta toada, diante da contraposição das hipóteses trazidas ao processo penal, é sobre a *dúvida* que se fala e, conseqüentemente, sobre a solução de *política constitucional* a ser escolhida ao final (vê-se, assim, claramente a implicação disto com a *carga da prova*). A *presunção de inocência* funciona como um instrumento pronto para atuar se, ao final do processo, remanescer a falta de comprovação legítima da tese acusatória. Daí se extrai como regra processual (como correlato lógico atinente ao fato de que o processado é inocente) a própria *carga da prova* atribuída à acusação.⁸⁰

Se no direito a *presunção* está a serviço da justiça do processo, que paradoxalmente é a mediação invocada pelo operador da *prova*, ela deve ser acompanhada, de uma “*pré-ocupação do terreno*”. Aí o ponto nodal, como escreve Whateley: “de acordo com o mais correto uso do termo, uma ‘presunção’ em favor de qualquer suposição significa, não (como tem sido erroneamente imaginado) uma preponderância de probabilidade antecedente em favor de algo, mas uma *pré-ocupação do terreno*, como implica que deve permanecer hígida até que uma razão razoável seja constituída contrariamente; em suma, a carga da prova recai sobre o lado daquele que a contestaria”.⁸¹

Desta forma, rigorosamente falando, passando da mera retórica para a *política*, nossa visão da *pré-ocupação de inocência* (incluso como *norma de tratamento*, *norma probatória* ou *norma de juízo*⁸²) traz à tona o que há de determinante na gênese da *presunção*, deixando ultrapassar seu mero escopo jurídico: a natureza de *regra de fechamento*, quer dizer, horizonte de expectativa a ser preenchido com a *decisão político-democrática* auferida na sentença quando persistir a *dúvida* a ser convertida em *certeza jurídica*, estado este apenas abalável pelo trânsito em julgado final de sentença condenatória. Enfim, A *pré-ocupação de inocência*, tal

⁸⁰ GOLDSCHMIDT, James. *Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal* – Conferencias dadas en la Universidad de Madrid en los meses de diciembre de 1934 y de enero, febrero y marzo de 1935. Barcelona: Bosch, 1935, pp. 46-7 e 52-3.

⁸¹ WHATELY, Richard. *Elements of Retic*. Third Edition. Oxford: Printed by W. Baxter, for John Murray, London; and J. Parker, Oxford, 1830, p. 98-9.

⁸² MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro*, p. 424 ss.

qual um título ao portador dos acusados em geral frente ao poder punitivo, além de ter papel central na arena do convencimento, principalmente em tempos de ativismos judiciais, é a aliada maior para a gestão e maximização das expectativas democráticas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De forma sucinta, poderíamos apontar que (I) o acesso aos recursos até o trânsito em julgado é uma garantia processual enraizada na Constituição, um direito fundamental inegociável de todo o acusado que se vê constantemente afetado por trajetórias jurisprudenciais oscilantes e flexibilizadoras de postulados basilares de nosso ordenamento jurídico. Diante de tal compreensão, evidencia-se a grave insegurança jurídica resultante das decisões da maioria dos Ministros da Suprema Corte no *Habeas Corpus* nº 126.292 e nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e nº 44, que a partir de uma errônea interpretação acerca do princípio da presunção de inocência, bem como de uma inadequada comparação com ordenamentos jurídicos de outros países, acabaram por fulminar a indispensável presunção de inocência do cidadão no processo penal.

(II) Ao declarar a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, mas não efetivar o seu conteúdo, os Ministros da Suprema Corte, em sua maioria, sedimentaram uma interpretação semântica da expressão “trânsito em julgado” que acabou por violar frontalmente a Carta Magna e o referido dispositivo processual penal. Na mesma linha, o novo entendimento acerca da execução provisória acabou por violar também as determinações constantes artigos 105, 147 e 160 da Lei de Execução Penal. Além disso, em razão da ausência de apontamento acerca dos referidos dispositivos da Lei nº 7.210/84 nos julgados da Suprema Corte, o novo entendimento acerca da execução provisória deve se restringir “apenas” à pena privativa de liberdade, não alcançando as demais espécies, que necessariamente deverão aguardar o trânsito em julgado da sentença para a sua efetivação.

(III) Ao “resgatar” a execução provisória da pena privativa de liberdade, a maioria do Ministros do Supremo Tribunal Federal enfrequeceu a previsão contida no art. 312 do Código de Processo Penal, uma

vez que se torna desnecessário justificar e fundamentar a necessidade de o acusado ser preso preventivamente antes de transitar em julgado a sentença condenatória. Assim sendo, resta escancarada a possibilidade de a segregação se tornar regra em detrimento da liberdade, e a presunção de culpa regra em detrimento da presunção da inocência. Além disso, a indefinição acerca do marco de contagem da prescrição executória, acaba por permitir que o cidadão condenado tenha a desconfortável perspectiva de que sua pena poderá ser executada durante um período de tempo indeterminado.

(IV) Estando o Brasil comprometido com o cumprimento das disposições oriundas da Declaração Universal dos Direitos Humanos, resta claro que o novo entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da execução provisória da pena privativa de liberdade violou os preceitos internacionais acerca da presunção de inocência, bem como a orientação jurisprudencial da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Portanto, numa cultura punitiva elevada à razão de estado, imperativo resistir e não transigir/relativizar com aquilo ou aqueles sobre os quais não se suporta mais negociar ofertas de acordo com o injustificável. Não se conciliam os valores de uma Constituição democrática, como é o caso da *pré-ocupação de inocência*, a “uma aparência de sabedoria que nos causa horror”⁸³ senão ao preço da cumplicidade com a sua derrocada.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Augusto Jobim do. A Pré-Ocupação de Inocência no Processo Penal. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 62, pp. 85-115, jan./jun. 2013.

AMARAL, Augusto Jobim do. *Política da Prova e Cultura Punitiva: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo*. São Paulo: Almedina, 2014.

BIGO, Didier. Globalized (in)security: the Field and the banopticon. In: SAKAI, Naoki; SOLOMON, Jon (comps). *Traces 4: Translation – Biopolitics, Colonial Difference*. Hong Kong: Hong Kong University Press, 2006, pp. 5-49.

⁸³ BLANCHOT, Maurice. Le Refus. In: *Le 14 Julillet*, nº 02, Paris, Octobre, 1958.

- BLANCHOT, Maurice. Le Refus. In: *Le 14 Julillet*, nº 02, Paris, Octobre, 1958.
- BOLINA, Helena Magalhães. Razão de ser, significado e consequências do princípio da presunção de inocência (art. 32.º, n.º 2, da CRP). *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*. Coimbra, n. 70, 1994.
- CANOTILHO, J. J. Gomes (et al.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.
- CARMIGNANI, Giovanni. *Elementi del Diritto Criminale*. 2ª edizione napoletana sull'ultima Malta. Napoli: Dallo Stabilimento Tipografico di P. Androsio, 1854.
- CARRARA, Francesco. *Programma del Corso di Diritto Criminale*. Dettato dal Professore Francesco Carrara. Lucca: Tip. Canovetti, 1863.
- CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro*. 2ªed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CASARA, Rubens R. R. *Mitologia Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de processo penal: comentários e crítica jurisprudencial*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 7ª Ed, revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CORDERO, Franco. *Riti e sapienza del diritto*. Roma-Bari: Laterza, 1981.
- ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de processo penal brasileiro anotado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Rio Editora, 1980. v. 6.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal*. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez et. al. Madrid: Trotta, 1995.
- FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. 2. ed. Trad: Manuel A. D. de Andrade. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1963.
- FERRI, Enrico. *Sociologia Criminal*. Traduzido por Soneli Maria Melloni Farina. Sorocaba: Minelli, 2006.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- GAROFALO, R. *Criminologia: Estudo sobre o Delicto e a Repressão Penal*. Seguido de um appendice sobre Os Termos do Problema Penal por L. Careli. Versão Portuguesa com um prefacio original por Julio de Matos. São Paulo: Teixeira & Irmão, 1893.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O Devido Processo Penal: abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica*. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2016.

GIL, Fernando. *Mimésis e Negação*. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1984.

GOLDSCHMIDT, James. *Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal – Conferencias dadas en la Universidad de Madrid en los meses de diciembre de 1934 y de enero, febrero y marzo de 1935*. Barcelona: Bosch, 1935.

GOMES, M. G. M. *Direito penal e interpretação jurisprudencial: do princípio da legalidade às súmulas vinculantes*. São Paulo: Atlas, 2008.

HAAS, Evelyn. Las garantías constitucionales en el procedimiento penal alemán. In: *Anuario de derecho constitucional latinoamerica*, 2006.

JUY-BIRMANN, Rudolphe. O sistema alemão. In: DELMAS-MARTY, Mireille (Org.). *Processos penais da Europa*. Trad: Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

KARAN, Maria Lúcia. Garantia do estado de inocência e prisão decorrente de sentença ou acórdão penais condenatórios recorríveis. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, n. 11, p. 166-175, 2005.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da constituição*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

LIMA, Gabriel Pantaroto; BEZERRO, Eduardo Buzetti Eustachio. A execução provisória da pena privativa de liberdade e sua compatibilização com o princípio da presunção da inocência. *Colloquium Socialis*, Presidente Prudente, v. 01, n. Especial, p. 453-458, jan/abr 2017. <https://doi.org/10.5747/cs.2017.v01.nesp.s0071>

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOPES JR., Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas: lei 12.403/2011*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LUCCHINI, Luigi. *Elementi Di Procedura Penale*. Seconda edizione riveduta e ampliata. Firenze: G. Barbèra, 1899.

MANZINI, Vincenzo. Relazione Ministeriale sul Progetto Preliminare del Codice di Procedura Penale. In: *Lavori Preparatori del Codice Penale e del Codice di Procedure Penale*. Vol. VIII. Roma: 1929.

MANZINI, Vincenzo. *Trattato di Diritto Processuale Penale Italiano*. Secondo Il Nuovo Codice con prefazione di Alfredo Rocco. Volume Primo. Torino: Unione Tipográfica-Editrice Torinese, 1931.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo, 1994.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos políticos e jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

MENEGUIN, Fernando B.; BUGARIN, Maurício S.; BUGARIN, Tomás T. S. A execução provisória da sentença: uma análise econômica do processo penal. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, vol. 2, n. 2, p. 204-229, jul./dez. 2011. <https://doi.org/10.18836/2178-0587/ealr.v2n2p204-229>

MONTESQUIEU. *The Spirit of Laws*. A Compendium of the First Edition – Edited with an Introduction by David Wallace Carrithers. Los Angeles/London: University of California Press, 1977.

MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro*: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; COSTA, Domingos Barroso. *Prisão preventiva e liberdade provisória*. São Paulo: Atlas, 2013.

PAGANO, Francesco Mario. *Considerazioni sul Processo Criminale*. Napoli: Stamperia Raimondiana, 1787.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2017.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão 273/2016, Segunda Secção. Relator Conselheiro Fernando Ventura. Julgamento em 04 de maio de 2016. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20160273.html>>. Acesso em 10 out. 2016.

RODRÍGUEZ, Javier Llobet. *La reforma procesal penal* (un análisis comparativo latinoamericano-alemán). San José: Escuela Judicial, 1993.

ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000. p. 435.

ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. *Introdução ao direito penal e ao direito processual penal*. Trad: Gersélia Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SOUZA, Jessé. *A Tolice da Inteligência Brasileira*. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2015.

SOUZA, João Castro e. *Os meios de coação no novo código de processo penal* (jornadas de direito processual penal: o novo código de processo penal). Coimbra: Almedina, 1995.

STRECK, Lenio Luiz. Uma ADC contra a decisão no HC 126.292 – sinuca de bico para o STF! Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-29/streck-adc-decisao-hc-126292-sinuca-stf>>. Acesso em: 03 mar. 2016.

STRECK, Lenio. Os limites semânticos e sua importância na e para a democracia. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 41, n. 135, p. 173-187, set. 2014.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; AMARAL, Marianne Gomes de. A execução provisória da pena e sua compatibilidade com a presunção de inocência como decorrência do sistema acusatório. *Revista de Direito Brasileira*, São Paulo, vol. 16, n. 7, p. 186-210, jan./abr. 2017. <https://doi.org/10.5585/rdb.v16i7.500>

TORNAGHI, Hélio. *Compêndio de processo penal*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1967. t. 4.

VILELA, Alexandra. *Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal*. Coimbra: Coimbra, 2000.

WHATELY, Richard. *Elements of Retic*. Third Edition. Oxford: Printed by W. Baxter, for John Murray, London; and J. Parker, Oxford, 1830.

WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo. Crítica à execução antecipada da pena (a revisão da súmula 267 pelo STJ). In: CARVALHO, Salo de (Org.). *Crítica à execução penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio; BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro*: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. 4ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

Informações adicionais e declarações dos autores (integridade científica)

Declaração de conflito de interesses (conflict of interest declaration): os autores confirmam que não há conflitos de interesse na realização das pesquisas expostas e na redação deste artigo.

Declaração de coautoria e especificação das contribuições (declaration of authorship): todas e somente as pessoas que atendem os requisitos de autoria deste artigo estão listadas como autores; todos os coautores se responsabilizam integralmente por este trabalho em sua totalidade.

- Paulo Saint Pastous Caleffi: projeto e esboço inicial, levantamento bibliográfico, revisão bibliográfica, redação (introdução, tópicos 1-6 e conclusão), aprovação da versão final.
- Augusto Jobim do Amaral: revisão crítica e complementação bibliográfica, redação (introdução, tópicos 7 e conclusão), aprovação da versão final.

Declaração de ineditismo e originalidade (declaration of originality): os autores asseguram que o texto aqui publicado não foi divulgado anteriormente em outro meio e que futura republicação somente se realizará com a indicação expressa da referência desta publicação original; também atestam que não há plágio de terceiros ou autoplágio. O presente artigo teve origem parcial no conteúdo da dissertação de Mestrado em Ciências Criminais da PUCRS, apresentada por Paulo Saint Pastous Caleffi, em 17/03/2017, a qual foi intitulada “Presunção de Inocência e Execução Provisória da Pena no Brasil”. Esclarece-se que o item 7 deste trabalho foi publicado originalmente em: AMARAL, Augusto Jobim do. A pré-ocupação de inocência e o julgamento do HC 126.292/SP pelo STF. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 24, n. 281, p. 03-05, abr. 2016.

Dados do processo editorial

(<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies>)

- Recebido em: 07/08/2017
- Controle preliminar e verificação de plágio: 08/08/2017
- Avaliação 1: 12/08/2017
- Avaliação 2: 15/08/2017
- Decisão editorial preliminar: 24/08/2017
- Retorno rodada de correções 1: 30/08/2017
- Decisão editorial preliminar 2: 30/08/2017
- Retorno rodada de correções 2: 06/09/2017
- Decisão editorial final: 11/09/2017

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Revisores: 2

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

AMARAL, Augusto J.; CALEFFI, Paulo S. P. Pré-ocupação de inocência e execução provisória da pena: uma análise crítica da modificação jurisprudencial do STF. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 3, p. 1073-1114, set./dez. 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i3.102>



Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.

Teoria da Prova Penal

A busca pessoal no direito brasileiro: medida processual probatória ou medida de polícia preventiva?¹

*Frisks in Brazilian Law: a tool of criminal
investigation or preventive policing?*

Gisela Aguiar Wanderley²

Professora voluntária de Direito Penal na Universidade de Brasília – Brasília/DF
gisela.aguiarw@gmail.com

 lattes.cnpq.br/6289663500945324

 orcid.org/0000-0002-1875-7656

RESUMO: A busca pessoal (coloquialmente denominada “baculejo”, “geral” ou “dura”) é praticada de modo rotineiro no âmbito do policiamento ostensivo, a partir de fundamentação preventiva. Não obstante, esse uso da busca pessoal carece de permissivo legal. A partir de análise da legislação e de revisão crítica da doutrina pertinente, objetiva-se demonstrar neste artigo que a prática da busca pessoal como instrumento de policiamento ostensivo-preventivo é desprovida de suporte legal e se insere em um contexto de deficitária racionalização dogmático-jurídica da medida. Sustenta-se que a busca pessoal pode ser de duas espécies no direito brasileiro: pode visar à *obtenção de prova* no processo penal (*busca probatória*, regida pelo art. 244 do CPP), ou à *inibição* de situação de dano ou perigo iminente (*busca inibitória*, amparada pelas causas de exclusão de ilicitude do estado de necessidade ou da legítima defesa, descritas nos arts. 24 e 25 do CP). Nenhuma dessas hipóteses se confunde com a prática da

¹ Este artigo é produto de adaptação de capítulo da dissertação de mestrado da autora, defendida no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília, com fomento da CAPES.

² Professora voluntária de Direito Penal na Universidade de Brasília – Brasília/DF. Mestra em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB). Graduada em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Analista Judiciária no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT).

busca pessoal com função de *prevenção geral*, seja esta negativa ou positiva, a qual manifesta a *função punitiva latente* da busca e se qualifica como uma medida ilegal.

PALAVRAS-CHAVE: busca pessoal; abordagem policial; policiamento preventivo.

ABSTRACT: *Brazilian policemen perform frisks (patdowns) routinely, which are comprehended as part of urban preventive policing. The high number of frisks daily performed is justified by its alleged importance to control crime and make police visible. Nevertheless, by examining legislation and legal studies, this paper aims to clarify that this way of practicing frisks in a preventive manner is illegal and relates to the lacking legal studies on the topic. It is stressed that frisks are legally regulated as a procedure of obtaining criminal evidence, which is conditioned to founded suspicion of possession of forbidden weapon or other objects or papers that constitute corpus delicti. Also, frisks may be performed in face of imminent danger, under justification defenses (necessity, self-defense or defense of others). Anyhow, frisks may not be performed as a routine procedure of criminal general prevention.*

KEYWORDS: *stop and frisk; patdown; preventive policing.*

SUMÁRIO: Introdução. 1. Busca: definição, espécies e hipóteses legais de cabimento. 2. Natureza jurídica e finalidades da busca: a instrumentalidade e a referibilidade. 3. A “fundada suspeita”. 4. Desvirtuação da suspeita: da “fundada suspeita” (de posse de corpo de delito) à “atitude suspeita”. 5. Desfuncionalização da busca pessoal: de medida processual probatória a medida de polícia preventiva. 6. A busca pessoal preventiva como infrapenalidade policial: da racionalidade inquisitorial à racionalidade disciplinar. 7. A função punitiva latente da busca pessoal: a necessidade de estrita delimitação da busca pessoal com função inibitória. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A busca pessoal (“baculejo”, “geral”, “dura”) não raro é aclamada como um indispensável instrumento de prevenção à criminalidade

nos espaços públicos urbanos. Por essa perspectiva, é executada como verdadeiro expediente de rotina do policiamento ostensivo. Admitem-se buscas “preventivas” e até coletivas, que podem ser equiparadas a verdadeiras devassas, “varreduras” exercidas em caráter geral com o propósito de inspecionar, vigiar e controlar a circulação pública. Tais intervenções implicam a interrupção da liberdade de locomoção, bem como a violação à privacidade dos abordados, entre os quais se verifica uma incidência massivamente desproporcional de jovens negros e pobres³.

Ante tal cenário, é importante compreender o tratamento conferido à busca pessoal no direito brasileiro, a fim de identificar os fundamentos dogmático-jurídicos para a prática dessa recorrente medida policial restritiva de direitos. Para tanto, é forçoso avaliar a definição, a natureza jurídica, as hipóteses de cabimento e as finalidades da busca pessoal tal como normatizada na legislação. Afinal, quais os fundamentos, requisitos e finalidades de uma busca pessoal legal? Qual sua natureza jurídica? Existe permissivo legal para a sua execução como medida de polícia ostensivo-preventiva? A resposta a tais perguntas é condição necessária para a *concentração* e o *controle* da busca pessoal (cf. HASSEMER, 1994), em contraposição à admissão da sua prática cotidiana com base no mero arbítrio policial.

Nesse rumo, sob o marco do garantismo⁴, objetiva-se demonstrar neste artigo que a prática da busca pessoal como instrumento de policiamento ostensivo-preventivo é desprovida de suporte legal e se

³ Cf. WANDERLEY, 2017. Tal conformação empírica tem sido diagnosticada em inúmeras pesquisas desenvolvidas, sobretudo, no âmbito das ciências sociais. Conquanto a perspectiva empírica não constitua o objeto do presente trabalho, trata-se de premissa indispensável ao estudo dogmático-jurídico ora proposto.

⁴ Como aponta Ferrajoli (2014, p. 785-791), o garantismo corresponde a um modelo de Estado legitimado, no plano formal, pelo princípio da legalidade – que implica a subordinação do exercício dos poderes públicos a leis gerais e abstratas –, e, no plano substancial, pela incorporação limitadora dos poderes públicos, condicionados e vinculados à da garantia dos direitos fundamentais, sendo que o controle de validade dos atos estatais envolve ambas as dimensões (formal e substancial). Em tal modelo, vincula-se o exercício do poder não a critérios potestativos de justiça, dotados de natureza extrajurídica, mas sim a condições de validade vinculativas e limitativas orientadas à efetivação dos direitos fundamentais.

insere em um contexto de deficitária racionalização dogmático-jurídica da medida. Para tanto, a partir de análise da legislação vigente e de revisão da doutrina pertinente, elucidam-se inicialmente a definição e as hipóteses de cabimento da busca pessoal. Em seguida, esclarece-se que a própria doutrina processual penal tem reproduzido uma leitura incompleta do permissivo legal da busca pessoal, o que permite, ao cabo, a desfuncionalização da medida: esta é praticada não como medida probatória (como determina a lei), mas como mecanismo de disciplinarização dos transeuntes dos espaços públicos. Assim, explicita-se que a medida não tem assumido a racionalidade inquisitorial formatada pela sua regulamentação legal, mas sim uma racionalidade disciplinar tendencialmente restritiva das liberdades individuais (cf. FOUCAULT, 2014).

Em contraposição a tal cenário, objetiva-se colaborar para o aprimoramento da análise dogmático-jurídica da medida e fornecer ao próprio aparato policial (e às suas instâncias de controle) diretrizes que permitam discernir buscas pessoais legais e ilegais. Ao cabo, destaca-se então que a busca pessoal pode visar à *obtenção de prova* no processo penal (*busca probatória*, regida pelo art. 244 do CPP), ou à *inibição* de situação de dano ou perigo iminente (*busca inibitória*, amparada pelas causas de exclusão de ilicitude do estado de necessidade ou da legítima defesa, descritas nos arts. 24 e 25 do CP). Nenhuma dessas hipóteses se confunde com a prática da busca pessoal com função de *prevenção geral*, seja esta negativa ou positiva, a qual manifesta a *função punitiva latente* da busca e se qualifica como uma medida ilegal.

1. BUSCA: DEFINIÇÃO, ESPÉCIES E HIPÓTESES LEGAIS DE CABIMENTO

Em um sentido material, entende-se *busca* como o ato de procurar, varejar, rastrear, tentar descobrir vestígios, coisas ou pessoas. Marinoni e Arenhart (2011, p. 239) ressaltam que a busca consiste na “*forma assumida por diversos mecanismos judiciais de apreensão e remoção de bens e de pessoas, para diversas finalidades*”, razão pela qual não há “uma medida de busca e apreensão, mas sim uma disciplina genérica para qualquer hipótese em que seja necessário localizar, apreender e remover bens ou pessoas no interesse de um processo de caráter civil”.

No direito processual penal, reputa-se que a busca “não surge aleatória, indeterminada ou indeterminável, mas se vincula com o que importa para a originária persecução penal que ensejou a ordem de busca” (PITOMBO, 2005b, p. 109). Assim, é procedimento de rastreamento e procura de objetos ou pessoas relacionadas ao fato aparentemente punível a que se refere o processo penal (ao *caso penal*⁵). É oportuna a remissão à definição de Pitombo (2005b, p. 109):

Ato do procedimento persecutivo penal, restritivo de direito individual (inviolabilidade da intimidade, vida privada, domicílio e da integridade física ou moral), consistente em procura, que pode ostentar-se na revista ou varejamento, conforme a hipótese: de pessoa (vítima de crime, suspeito, indiciado, acusado, condenado, testemunha e perito), semoventes, coisas (objetos, papéis e documentos), bem como de vestígios (rastros, sinais e pistas) da infração.

Nesse passo, a busca constitui um procedimento (forma) orientado a localizar vestígios, objetos ou pessoas no interesse de um processo penal. No Código de Processo Penal (CPP), a busca se subdivide em domiciliar e pessoal e é tratada conjuntamente com a apreensão (artigos 240 a 250), no Capítulo XI (Da Busca e da Apreensão) do Título VII do Livro I. Contudo, a doutrina comumente ressalva que a busca e a apreensão configuram institutos autônomos, mesmo que a apreensão seja a finalidade da busca (cf. MISSAGGIA, 2002, p. 201; LOPES JÚNIOR, 2012, p. 717; BARROS, R., 1982, p. 397; MARCÃO, 2014, p. 568).

A busca domiciliar é aquela realizada na *casa*, objeto de proteção constitucional como asilo inviolável do indivíduo (CF/88, art. 5º, XI)⁶. A busca pessoal, por sua vez, é definida de modo residual como a revista realizada “na própria pessoa ou na esfera de custódia de que o acompanha” (MISSAGGIA, 2002, p. 202), o que abrange o corpo, as rou-

⁵ Entende-se “caso penal” aqui como o elemento objetivo da pretensão acusatória. Trata-se, pois, do *fato aparentemente punível* em relação ao qual se desenvolve a persecução penal. Cf. LOPES JÚNIOR, 2012, p. 157-158.

⁶ O conceito de *casa* abarca qualquer compartimento de habitação individual/coletiva ou compartimento não aberto ao público onde alguém exerce profissão/atividade (CPP, art. 246, CP, art. 150, § 4º).

pas e os pertences do indivíduo, aí incluído eventual veículo automotor (que não se destine à habitação). Assim, no Código de Processo Penal Militar (CPPM), a busca pessoal é definida como a “procura material feita nas vestes, pastas, malas e outros objetos que estejam com a pessoa revistada e, quando necessário, no próprio corpo” (art. 180).

As hipóteses de cabimento da busca domiciliar são delimitadas pelas possíveis finalidades da medida, as quais estão elencadas nas oito alíneas (“a” a “h”) do § 1º do artigo 240 do CPP⁷. Quanto à busca pessoal, de acordo com o § 2º do mesmo artigo 240 do CPP, pode ser realizada quando houver *fundada suspeita de que a pessoa oculta consigo arma proibida ou objeto mencionado nas alíneas “b” a “f” e “h” do § 1º*.

O art. 244, por sua vez, prevê que a busca pessoal independe de mandado prévio se for determinada incidentalmente no curso de prisão ou de busca domiciliar, ou, ainda, se houver *fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito* ⁸. Esta última (busca pessoal sem mandado prévio e não incidental a outra medida) é a hipótese mais recorrente e também a mais polêmica, razão pela qual sobre ela recairá com maior concentração o presente estudo.

2. NATUREZA JURÍDICA E FINALIDADES DA BUSCA: A INSTRUMENTALIDADE E A REFERIBILIDADE

A definição de busca como um procedimento de procura e localização de pessoas, objetos ou vestígios no interesse de um processo penal permite classificá-la como um *ato processual*⁹. Na Exposição de Motivos do CPP (item VII), de modo mais específico, estabelece-se que

⁷ Não há alteração substancial nas hipóteses de cabimento medida no Projeto de Novo CPP (PL n. 8.045/2010).

⁸ Há também permissivo legal para a prática da busca pessoal no Código de Processo Penal Militar (CPPM), nos arts. 180 a 182. Contudo, possui aplicação limitada à suspeita da prática de infrações penais militares, tema dotado de particularidade que foge ao objeto deste trabalho, razão pela qual não será objeto de análise pormenorizada.

⁹ “É toda ação humana que produza efeito jurídico em relação ao processo” (THEODORO JÚNIOR, 2011, p. 227).

a busca constitui um *expediente de consecução da prova*. Ademais, sua regulamentação está inserida no Título VII (*Da Prova*) do Título I (Do Processo em Geral) do CPP.

Nesse sentido, a doutrina dominante frisa que a busca é uma *medida instrutória*, voltada à obtenção ou à preservação de provas para o processo penal, e parcela considerável acrescenta tratar-se de *medida instrutória cautelar* (MARQUES, 2000, p. 379; ARANHA, 1999, p. 246; NORONHA, 1983, p. 92; OLIVEIRA, E., 2011, p. 442; LIMA, R., 2013, p. 701; MARCÃO, 2014, p. 569; CAPEZ, 2012, p. 362; DEMERCYAN; MALULY, 2014, p. 366; BONFIM, 2012, p. 381; TÁVORA; ALENCAR, 2012, p. 464; MACHADO, 2013, p. 717; LOPES JR., 2012, p. 717)¹⁰.

Feitos tais esclarecimentos, cabe notar que as possíveis finalidades da busca são marcadas por duas características essenciais: a *referibilidade* ao caso penal sob apuração e a *instrumentalidade* em relação à correlata persecução penal. Deveras, a busca constitui uma medida *instrumental*, que não visa ela própria a satisfazer nem a pretensão acusatória (objeto do processo penal), nem a pretensão punitiva (cujo exercício depende do prévio processo penal), mas apenas a viabilizar a efetividade da sua tutela, sem satisfazê-las diretamente¹¹.

Noutro giro, a busca constitui uma medida *referível* ao caso penal, pois, ao visar a assegurar o exercício de uma tutela referente a determinado fato aparentemente punível, guarda com este uma relação de referibilidade. O caso penal constitui, pois, a causa de pedir remota

¹⁰ Há outra corrente doutrinária que sustenta que a busca é uma medida instrumental orientada à consecução de múltiplas finalidades e não apenas à obtenção/preservação da prova (COSTA, 1966, p. 100; MISSAGGIA, 2002, p. 200; RAMOS, 1998, p. 272; TORNAGHI, 1997, p. 476-477). Pondera-se que a busca pode constituir medida instrutória, mas também, a depender da sua finalidade, pode constituir medida cautelar patrimonial ou pessoal, como nos casos em que visar à efetivação de arresto/sequestro de bens (sem relevância probatória) ou ao próprio cumprimento de mandado de prisão do imputado (BARROS, R., 1982, p. 394; LIMA, M., 2014, p. 629; PITOMBO, 2005b, p. 116; NUCCI, 2012, p. 546). De todo modo, a busca pessoal regida pelo art. 244, objeto principal deste artigo, é dotada de finalidade probatória, conforme esclarecido a seguir.

¹¹ Sobre o tema, cf. Zavascki (2009), que reanalisa a classificação das cautelares de Calamandreí a partir da distinção entre tutela cautelar e tutela antecipada e conclui pela existência de dois tipos de tutela cautelar: a tutela cautelar voltada à certificação do direito e a tutela cautelar voltada à execução do direito certificado.

da busca¹². Por isso, ao tratar da busca pessoal, Pitombo acentua que, a despeito da variedade de coisas que podem ser procuradas por meio da medida, “o importante é o relacionamento entre a coisa buscada e a infração penal” (2005b, p. 136).

A referibilidade e a instrumentalidade são características opostas à *satisfatividade* da tutela e traduzem a vinculação da busca ao processo penal. Tais características despontam da própria definição de busca, já que, como ressaltado, a busca é, no direito processual penal, definida como um ato de procura e localização de pessoas, objetos ou vestígios relacionados ao fato apurado no processo penal e no interesse do respectivo processo penal. Sobressaem em tal conceituação, de plano, a *referibilidade* ao caso penal e a *instrumentalidade* (direta ou indireta) em relação à tutela almejada no processo penal.

Portanto, o realce da referibilidade e da instrumentalidade permite elucidar que eventual busca sem relação com fato aparentemente punível e desatrelada da tutela almejada no processo penal não pode ser qualificada como uma busca processual penal e não possui fundamento no direito processual penal.

3. A “FUNDADA SUSPEITA”

Como o art. 244 do CPP requer a “*fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que cons-*

¹² A referibilidade consiste na relação de referência da tutela a uma situação material tutelável. A tutela assecuratória da certificação/cognição do direito ou da efetivação do direito exige referência, como causa de pedir remota, à relação jurídica material em que desponta tal direito: a tutela de segurança não visa a satisfazer esse direito, mas sempre faz referência a ele. A referibilidade da tutela cautelar, portanto, decorre da instrumentalidade, uma vez que funciona como tutela de segurança de outra tutela, daí decorrendo a necessária relação de referência daquela ao direito constitutivo do objeto desta (MARINONI; ARENHART, 2011). Assim, a tutela referível é concedida sempre no contexto de uma relação jurídica mais ampla, em razão da qual aquela se justifica, e que constitui sua causa de pedir remota. No processo penal, cujo objeto é a pretensão acusatória que tem por elemento objetivo o fato aparentemente punível, é sempre a pretensão acusatória relativa a determinado caso penal o objeto da referibilidade – o que contrasta com a variedade de pretensões tuteláveis pelo processo civil.

tituum corpo de delito” para a execução da busca pessoal sem mandado prévio, a doutrina concentra suas ponderações relativas a esse dispositivo em torno da significação da expressão “*fundada suspeita*”.

Alguns autores argumentam que tal expressão consubstancia uma exigência de cunho restritivo constante da própria lei, que deve então ser entendida como uma proibição legal de prática de buscas arbitrárias fundadas na mera intuição do policial (MARQUES, 2000, p. 378; TORNAGHI, 1997, p. 468; DEMERCIAN; MALULY, 2014, p. 368; TÁVORA; ALENCAR, 2012, p. 474; NUCCI, 2012, p. 552, 558-559). Portanto, destacam que a lei demanda um dado objetivo e concreto para a formação da suspeita: “[o] simples olhar do policial, entendendo tratar-se de um carro suspeito ou de uma pessoa suspeita, por exemplo, não pode autorizar a busca e apreensão” (RANGEL, 2014, p. 158).

Nesse passo, alerta-se que “a providência só restará autorizada diante de *fundada suspeita*, e não *mera intuição* ou *capricho policial* despedido da necessária preocupação que se deve ter com a integridade das garantias fundamentais” (MARCÃO, 2014, p. 578). Entende-se então que “[n]ão satisfazem a exigência legal meras conjecturas ou impressões subjetivas (tino policial, por exemplo), mas elementos e circunstâncias concretas, objetivas, capazes e suficientes para motivar a conduta policial” (OLIVEIRA, A., 2014, p. 55).

Em sentido oposto, outros autores atribuem a dificuldade de definir a legalidade das buscas pessoais à larga amplitude da expressão “*fundada suspeita*”. Há reiteradas manifestações doutrinárias no sentido de que a “*fundada suspeita*” é expressão demasiado ampla e dá margem a excessos e desvios autoritários (MEHMERI, 1996, p. 139; LOJES JR., 2012, p. 720; MACHADO, 2013, p. 720). Aduz-se que é “a permissão fornecida pela ‘*fundada suspeita*’ a causadora de arbitrariedades, porque é expressão extremamente genérica” (POLO, 2000, p. 9).

Assim, vê-se que o potencial exercício abusivo da busca pessoal pelas polícias não passa despercebido pela doutrina, pois a vasta maioria dos autores – até mesmo antes do advento da CF/88 (cf. NORONHA, 1983, p. 94-95; BARROS, R., 1982, p. 399; ANDRADE, I., 1958, p. 262; ESPÍNOLA FILHO, 1955, p. 197-202) – ressalta que a prática da medida implica a afetação de direitos fundamentais e por isso requer um fundamento objetivo que ultrapasse a mera intuição.

As colocações doutrinárias, contudo, acabam se revelando desprovidas de efetividade quanto à alteração das rotinas policiais, nas quais a busca pessoal é realizada de modo generalizado e descontrolado. De um lado, a assertiva de que a exigência da “fundada suspeita” já constitui um empecilho ao arbítrio é lição restrita ao plano normativo, pois ignora o manejo cotidiano desse conceito pelas polícias de modo abertamente potestativo. De outro, a posição de que a “fundada suspeita” é demasiado vaga é desacompanhada de qualquer tentativa de conferir objetividade e concretude ao requisito, nem sequer via propostas de alteração legal.

Nesse cenário, identifica-se, de um lado, uma crença cega nos limites legais que são diariamente desobedecidos pelo aparato policial e, de outro, uma crítica à suposta vagueza da lei desatenta de seu próprio conteúdo e desatrelada de propostas concretas de superação do problema. Com isso, não se firmam parâmetros mínimos para o controle da atuação policial, de modo que a retórica doutrinária preocupada com os direitos fundamentais pode conviver com uma rotina de buscas pessoais arbitrárias e abusivas.

4. DESVIRTUAÇÃO DA SUSPEITA: DA “FUNDADA SUSPEITA” (DE POSSE DE CORPO DE DELITO) À “ATITUDE SUSPEITA”

Consoante abordado acima, é comum na doutrina processual penal a constatação de que a expressão “fundada suspeita” constante do art. 244 do CPP é demasiado vaga, ampla e genérica e, por isso, contrapõe-se ao caráter excepcional da busca pessoal e pouco contribui para o seu controle de validade. Desvios na prática da busca são então atribuídos à deficiência da lei. Outros autores, noutro extremo, argumentam que a “fundada suspeita” é um limitador da discricionariedade policial. Ignoram por completo, pois, o cenário atual de prática generalizada da busca pessoal como rotina do policiamento ostensivo.

No entanto, esses embates doutrinários, centrados em torno da expressão “fundada suspeita”, amparam-se em uma leitura incompleta do art. 244 do CPP. Com efeito, esse dispositivo legal não exige mera “fundada suspeita”, genérica e indeterminável, para a prática de busca pessoal. Ao revés, o artigo 244 do CPP requer a fundada suspeita de

que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito.

Portanto, a exigência de que a suspeita seja “fundada” delimita o grau de convencimento necessário para a busca pessoal: exige-se um juízo de *probabilidade*¹³ e não de *certeza*, o qual se refere, por sua vez, ao objeto da suspeita (posse de arma proibida/corpo de delito). Com efeito, não há como compreender a significação do adjetivo “fundada” sem correlacioná-lo ao objeto (complemento) da suspeita. Nenhum sentido faria admitir a prática da busca a partir de um juízo de probabilidade, sem indicar qual é o objeto de tal probabilidade. A noção de “*fundada* suspeita” não significa nada a menos que haja um objeto dessa suspeita.

A suspeita que justifica a busca pessoal se refere, pois, à posse de dois tipos de objetos pelo indivíduo: arma proibida ou outros objetos/papéis que constituam corpo de delito. No caso do porte de *arma proibida*, o objeto procurado já está delimitado pela própria norma, ao passo que, no caso de *corpo de delito*, é necessária, logicamente, a prévia delimitação da infração penal cujo corpo de delito estaria em posse do indivíduo. Não há como se suspeitar da posse de corpo de delito sem que antes se suspeite da prática de um delito, ao qual aquele se refere. Por conseguinte, a busca pessoal requer indícios de que foi praticada uma infração penal cujo corpo de delito (arma proibida ou outro objeto)¹⁴ está em posse do indivíduo.

¹³ A menção do art. 244 do CPP ao termo *suspeita* é acompanhada por um adjetivo antecedente (“fundada”) e também por um complemento subsequente (“de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito”). O adjetivo “fundado” é variante de “fundamentado”, que significa “assentado em bases, razões, motivos sólidos” (HOUAISS; VILLAR, 2001, p. 1.404). Por outro lado, a “suspeita” (substantivo) é definida como a convicção “fundamentada em *indícios*, mas não *prova*, a respeito de algo ou de alguém” (HOUAISS; VILLAR, 2001, p. 2.648, sem grifos no original). Portanto, na própria definição de “suspeita”, há a remissão à fundamentação em indícios relativos a um complemento. Assim, a “fundada suspeita” constitui uma convicção a respeito de algo ou alguém que, de modo destacado, está fundamentada em indícios que lhe confirmam base sólida. Logo, com base no art. 239 do CPP, a busca pessoal requer a suspeita fundada em *atos ou circunstâncias certas, que autorizem, por indução, a conclusão de que a pessoa possui tais objetos*.

¹⁴ Conforme se esclarecido na nota de rodapé n. 14, a arma proibida é uma espécie de corpo de delito.

Não obstante, a dicção desse dispositivo legal é lida parcial e incompletamente pela própria doutrina processual penal, pois a “fundada suspeita *de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito*” é reduzida à mera “fundada suspeita”, sem complemento. Assim, “é comum dizer-se que aquele que sofre a busca está sempre em atitude suspeita, em avaliação altamente subjetiva” (BARROS, A., 2007, p. 19). Com isso,

[o]pera-se, pois, um decote desautorizado dos objetos cuja fundada suspeita de posse justifica a busca pessoal. [...]. Verifica-se aí uma desvirtuação da *suspeita*, que perde a referibilidade a um complemento objetivo delimitado na lei e se torna um mero adjetivo, que pode ser atribuído pelo policial a quaisquer atitudes, pessoas ou situações, sem vinculação a qualquer delimitação legal – em especial, sem qualquer vinculação a infração penal legalmente tipificada. Como consequência, a *suspeita*, em vez de limitar as possibilidades de execução da busca pessoal, torna-se potestativamente manipulável pelo policial (WANDERLEY, 2017, p. 121).

A diferença entre a “fundada suspeita” de posse de arma proibida ou de corpo de delito, em relação à “atitude suspeita” (ou ao “indivíduo suspeito”, à “situação suspeita”, entre outros) deve, então, ser enfatizada. A detecção de “atitudes suspeitas”, em última instância, reduz-se a um juízo de mera *adjetivação* e, portanto, de mera opinião, o que o torna incontrolável. Pode-se argumentar, simplesmente: “às vezes uma coisa pode ser suspeita para mim, mas não pode ser suspeita para outra pessoa, vai depender do ponto de vista” (RAMOS; MUSUMECI, 2005, p. 37). Noutra giro, o juízo de subsunção da *fundada suspeita de posse de arma proibida/corpo de delito* exigida pelo art. 244 do CPP não se reduz a mera adjetivação. Na aplicação desse permissivo legal, não basta rotular atitudes, pessoas ou situações como suspeitas¹⁵. Deve-se indicar fatos

¹⁵ Como visto, a própria definição do *substantivo* “suspeita” já contém a remissão à fundamentação em indícios relativos a um complemento, que é enfatizada pelo adjetivo “fundada”. Por outro lado, na definição do *adjetivo* “suspeito”, está ausente a noção de “fundamento” e, também, está ausente a referência a um complemento, pois é definido apenas como aquele “que suscita inquietação ou cuidado” (HOUAISS; VILLAR, 2001, p. 2.648). Assim,

que constituam indícios da posse de arma proibida/corpo de delito, em um juízo de subsunção normativa passível de revisão posterior por um terceiro independente e imparcial.

Nesse sentido, é interessante notar que, ao desvincular-se de condições jurídicas prévias e se amparar na mera rotulação do rótulo de suspeitas a determinadas pessoas, atitudes e situações, as buscas pessoais realizadas cotidianamente pelo aparato policial não constituem atos de *imposição* de regras, mas sim de *criação* de regras (cf. BECKER, 2008).

Com efeito, ao impor a regra do art. 244 do CPP, o policial deve indicar circunstâncias e fatos que indiquem que, no caso concreto, estão presentes indícios que configuram a fundada suspeita de posse de arma proibida ou de corpo de delito. Por outro lado, ao praticar busca pessoal embasada na mera adjetivação de atitudes como suspeitas, o policial não se limita a reconhecer a aplicabilidade do permissivo legal ao caso concreto, mas sim constrói ele próprio, com base em sua própria convicção, o permissivo para a busca. A saber, o policial rotula/adjetiva pessoas, ações ou situações como *suspeitas* a partir de critérios por ele próprio formulados e que, de acordo com o seu juízo, permitiriam a busca. A busca pessoal se torna então um ato potestativo submetido a regras que podem ser *criadas* casuisticamente pelo próprio policial incumbido de *impô-las*.

Com isso, confere-se aos policiais não só o poder de selecionar as situações em que pode deixar de aplicar o permissivo legal de intervenção, mas também o poder de intervir a despeito da *inexistência* de permissivo legal. *Não há aí mero juízo discricionário de aplicação seletiva da lei, mas sim a não-aplicação da lei, substituída por um juízo arbitrário do policial, feito em primeira e única instância, sobre a natureza “suspeita” das situações que justificariam sua própria intervenção.* Por isso,

o adjetivo “suspeito” não possui a mesma carga semântica que o substantivo “suspeita”, pois aquele se refere à mera fonte de inquietação, desprovida de embasamento em indícios. A mera leitura atenta das expressões já indica, portanto, que a equiparação da indicação de *fundada suspeita (de posse de arma proibida ou de corpo de delito)* à mera percepção de *atitude/situação/pessoa suspeita* é caracterizada por um equívoco duplo: com a troca do substantivo (adjetivado e complementado) pelo mero adjetivo, de um lado, abandona-se a exigência de fundamentação em indícios e, de outro, abandona-se a referência ao complemento.

Becker alerta que é possível encontrar “regras inventadas no momento unicamente para justificar o ato” e que algumas das “atividades informais e extralegais de policiais recaem nessa categoria” (2008, p. 140). Assim, não é casual a descrição da atuação da polícia como um “*tribunal de rua*” no que toca à busca pessoal (YUKA, 1999), já que, de fato, ao executá-la sem permissivo legal, o policial não só impõe a norma permissiva da coerção, mas cria essa própria norma, concentrando em si todo o poder de decisão.

Em tal contexto, a famigerada “atitude suspeita” (bem como o “indivíduo suspeito”, a “situação suspeita” etc.), tão mencionada como o fundamento de buscas pessoais realizadas pelo aparato policial, deve ser desvelada como uma expressão atrelada a uma compreensão equivocada da aplicação do permissivo legal da busca pessoal. *Tal expressão não se relaciona a um juízo de probabilidade da posse de corpo de delito ou arma proibida lastreado em indícios, mas sim a um juízo genérico de estranheza e (não) pertencimento do indivíduo em determinada conformação sócio espacial.* A diferença entre os conceitos é evidenciada pela própria observação das estatísticas oficiais: se as “atitudes suspeitas” embasadoras das buscas realizadas fossem mesmo fundadas em indícios da posse de arma proibida/corpo de delito, o percentual de descoberta de crimes não se reduziria a patamares tão baixos, não raro inferiores a 2% (cf. WANDERLEY, 2017).

Portanto, a “atitude suspeita” e até mesmo a expressão legal “fundada suspeita” aparecem nos discursos policiais como um fundamento para a execução de buscas pessoais, sem corresponder ao requisito exigido pela lei, mas dando *aparência* de legalidade a tais medidas. Essa tática tem sido bem-sucedida, pois o discurso policial, embora vago e lacunar, tem sido rotineiramente chancelado pelas agências judiciais, que referendam a prática de buscas amparadas na percepção de “atitudes suspeitas” que não raro nem sequer são concretamente descritas pelos policiais (cf. SILVA, 2009, p. 78 e ss.). Nessa dinâmica, a referência genérica à *suspeita* funciona como um mecanismo automático de validação das escolhas policiais e, concomitantemente, como um mecanismo de afastamento da responsabilidade judicial pela seletividade das práticas policiais, já que a adjetivação de atitudes, indivíduos e situações como suspeitas se submeteria a critérios impassíveis de revisão judicial.

Portanto, é só a partir do abandono do complemento da “fundada suspeita” exigida pelo art. 244 do CPP (posse de arma proibida ou corpo de delito) que pode ser esboçada alguma aproximação entre o juízo de subsunção normativa amparado nesse dispositivo legal e os juízos de adjetivação potestativa de lugares, situações, atitudes e pessoas como suspeitas a partir da “experiência de rua” pelos policiais. E, igualmente, é só a partir dessa leitura incompleta do art. 244 que se pode consolidar a orientação doutrinária no sentido de que a regulamentação legal da busca pessoal é vaga, imprecisa e deficiente. Cumpre então notar que “não apenas as normas penais se ressentem de linguagem vaga e/ou ambígua e fluidez de limites incriminadores e o ordenamento jurídico de contradições internas, mas também o instrumental dogmático que a elas se superpõe se ressentem das mesmas características” (ANDRADE, V., 2003, p. 273).

Por isso, em contraposição ao atual cenário, é imprescindível insistir na leitura completa do art. 244 do CPP, o qual exige uma condição estrita para a busca pessoal sem mandado prévio. A lei não é vaga e indefinida nesse particular. Assim, não é preciso muito esforço hermenêutico para concluir que *é ilegal a prática de buscas pessoais com base em genérica “atitude suspeita” de determinado indivíduo reputado destoa em determinado contexto socioespacial.*

5. DESFUNCIONALIZAÇÃO DA BUSCA PESSOAL: DE MEDIDA PROCESSUAL PROBATÓRIA A MEDIDA DE POLÍCIA PREVENTIVA

De acordo com o art. 244 do CPP, a busca pessoal sem mandado prévio – salvo nas hipóteses em que for meramente incidental a busca domiciliar ou a prisão – tem uma finalidade delimitada: a apreensão de *arma proibida* ou de *objetos e papéis constitutivos de corpo de delito*¹⁶. Trata-se de objetos com valor probatório. Portanto, nesses casos, a busca pessoal tem sempre natureza jurídica de *medida probatória/instrutória* (meio de obtenção de prova).

¹⁶ Quanto ao *corpo de delito*, trata-se do “conjunto dos vestígios materiais deixados pelo crime” (TOURINHO FILHO, 2012, p. 293). Por outro lado, quanto à *arma proibida*, conceitua-se *arma* como o “artefato que tem por objetivo causar dano, permanente ou não, a seres vivos e coisas”. A arma proibida

Extraí-se daí que o art. 244 do CPP não autoriza buscas pessoais com finalidade *preventiva*. Buscas orientadas à intimidação de criminosos em potencial, à garantia da sensação de segurança, à afirmação da presença policial, entre outros propósitos de matiz preventivo, não estão contemplados pelo art. 244. A execução de buscas com tais propósitos reflete a intolerável “desfuncionalização” da medida, utilizada “de modo cênico” no curso do policiamento ostensivo (PITOMBO, 2005a, p. 3). De fato, há desfuncionalização e, portanto, em ilegalidade, em todos esses casos em que se insiste em praticá-la com objetivos de *prevenção geral*.

Por outro lado, a exegese corriqueira do art. 244 do CPP, que reduz o requisito da busca pessoal à mera *fundada suspeita* (desprovida de complemento), impede a identificação das finalidades da medida, já que a “fundada suspeita” pode fazer referência a qualquer complemento. Assim, a leitura incompleta do art. 244 do CPP permite sustentar que haveria duas espécies de busca pessoal: a processual (instrutória) e a preventiva (cf. NASSARO, 2003, p. 46-56; CHOUKR, 2014, p. 509-511; RAMOS, 1998, p. 277-298; LIMA, M., 2014, p. 630):

No primeiro caso, a busca pessoal estaria vinculada a uma finalidade probatória e dependeria de indícios da posse do elemento probatório procurado (condição limitativa). Trata-se da hipótese prevista no art. 244 do CPP. No segundo caso, a busca pessoal poderia ser praticada com uma finalidade preventiva ampla e dependeria da mera rotulação de pessoa ou atitude como suspeita pelo policial (condição potestativa). [...] Assim, passa-se a admitir a sua prática em face de quaisquer “atitudes suspeitas”, mesmo que desprovidas de vinculação com conduta delitiva. (WANDERLEY, 2017, p. 122-123).

constitui espécie de corpo de delito: a posse e o porte de arma de fogo são crimes de acordo com a Lei n. 10.826/03 (artigos 12, 14 e 16), que, por sua vez, é regulamentada pelo Decreto n. 5.123/04, que define os conceitos de arma de fogo de uso permitido (art. 10) e uso restrito (art. 11). De outra parte, a Lei de Contravenções Penais (LCP) tipifica como contravenção a conduta de portar arma, fora de casa, sem licença da autoridade (art. 19). Porém, vale pontuar que, na seara doutrinária e jurisprudencial, é controversa a aplicabilidade, a extensão e a constitucionalidade desse tipo penal.

Portanto, a leitura incompleta do art. 244 do CPP é correlata à admissão do desvio de finalidade (desfuncionalização) da busca pessoal, que se transmuda de medida probatória em medida policial preventiva¹⁷.

O art. 244 do CPP, porém, não alberga qualquer possibilidade de busca meramente preventiva. Ao visar à apreensão de prova, pressupõe a prática pretérita ou atual de crime, o que exclui a possibilidade de a medida visar apenas à prevenção de possíveis crimes futuros. Nesse passo, tendo em mira que a busca processual penal é caracterizada pela instrumentalidade e pela referibilidade, Cleunice Pitombo adverte que a

¹⁷ Nesse sentido, Garcez Ramos argumenta que os artigos 240 a 250 do CPP poderiam ser erigidos como fundamento para a prática de busca como uma “providência preventiva de natureza policial”: “[A] busca e apreensão é utilizável, no processo penal condenatório, como a) providência tendente à privação da liberdade do imputado, b) providência dirigida à proteção da atividade instrutória c) providência preventiva de natureza policial e, finalmente, d) medida preordenada à viabilização da responsabilidade civil decorrente do crime” (1998, p. 277). Para tanto, Ramos (1998, p. 298) ampara-se em especial na alínea “d” do § 1º do art. 240 (busca para “apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso”). Aduz que “é possível que não estejam ocorrendo sequer atos preparatórios de crime” e a busca funcionaria “como meio de execução de uma política estatal dirigida ao combate preventivo ao crime”. No entanto, para dar sustentação empírica a tal hipótese, seria necessário que a busca ocorresse a partir de uma conjectura de que determinados objetos poderão ser utilizados para crimes futuros, sem que pudessem ter sido utilizados em crimes pretéritos ou atuais que pudessem justificar qualquer investigação. Por outro lado, além de tal dificuldade empírica, vale enfatizar que buscas sem instrumentalidade/referibilidade não apenas carecem de natureza cautelar (como reconhece Ramos), mas também carecem da própria natureza processual penal. Não há como afirmar que “a busca e apreensão é utilizável, no processo penal condenatório” (RAMOS, 1998, p. 277), com finalidades totalmente desvinculadas de tal “processo penal condenatório”. Há aí contradição insuperável, assim como em Costa (1966, p. 100) e Marcellus Lima (2014, p. 630). Esclarece Marinoni que a *tutela preventiva/inibitória* não ostenta instrumentalidade e referibilidade em relação ao objeto do processo: “quando se teme um eventual ilícito, ou mesmo um eventual dano, a tutela que deve ser dirigida a impedir a sua produção é a inibitória” (2006, p. 209), a qual “tem por fim impedir a prática de um ilícito” (2008, p. 71). Por conseguinte, os arts. 240 e seguintes do CPP, que regem a busca como ato processual penal, não conferem autorização para “buscas preventivas”. Interpretação em sentido contrário implicaria admitir a instrumentalização da legislação processual como *pretexto* para ações desprovidas de relação com o processo.

busca pessoal, regulamentada nos artigos 240, § 2º, e 244 do CPP, *não se confunde com eventual busca movida por finalidade preventiva.*

Contudo, a autora aduz que, embora a legislação processual penal não dê suporte a medidas meramente preventivas, a realização de *revistas administrativas* pela polícia estaria fundamentada no poder-dever de vigilância inerente aos órgãos policiais:

Não há que se confundir, porém, a diligência realizada pela polícia judiciária, ao praticar atos que poderão integrar o processo penal, revestida de todas as formalidades legais, com o poder-dever estatal de vigilância inerente aos órgãos de polícia (art. 144, § 4º, da Const. da República). A atividade preventiva exercida pela polícia, segundo Vincenzo Manzini, “não tem o escopo processual, nem de polícia judiciária, a ‘*perquisizione personali*’ feita de ofício e pelos agentes de segurança pública. Os fins desta atividade são de vigilância ou de segurança e não se destinam a procurar coisas relativas ao delito já cometido ou conhecido, ou ao menos suspeito”. Assim, para garantir a paz pública, os órgãos da polícia podem efetuar busca administrativa, sem qualquer conotação processual. (2005b, p. 155)

Assim, embora a distinção entre “busca processual” (regida pelo CPP) e “busca preventiva” seja bem esclarecida pela autora, Pitombo (2005b, p. 155) limita-se a mencionar o artigo 144 da CF/88 como o fundamento normativo da “busca preventiva”, que teria caráter administrativo. Esse posicionamento também é defendido, em especial, por autores com vínculo com as polícias militares. Assim, Nassaro (2003, p. 46-56; 2005), Amaral Neto (2009, p. 40-42) e Assis (2007, p. 5-11) defendem que a busca pessoal preventiva seria permitida pelo § 5º do art. 144 da CF/88, o qual atribui às polícias militares estaduais a incumbência de *preservação da ordem pública*.

Porém, como o art. 144, § 5º, do CF/88, que apenas atribui às polícias militares a incumbência de preservação da ordem pública, não regulamenta a prática de nenhum ato restritivo de direitos, tal como a busca pessoal, ele não prevê hipóteses de cabimento, finalidades, requisitos, modo de execução. Logo, não serve como permissivo para a sua execução.

A admissão da prática de buscas pessoais preventivas sem permissivo legal específico, com base em mera norma constitucional de

repartição de atribuições, reflete uma orientação disciplinar do poder policial, que colide com o princípio da legalidade estrita – e em especial do postulado da *nulla coactio sine lege*. Admite-se o uso da coerção sem a submissão a qualquer vínculo ou condição legal, de maneira potestativa por parte das agências policiais. Com isso, ante o poderio policial ilimitado, as liberdades civis são inócuas, pois a polícia pode executar atos restritivos de tais liberdades, com função punitiva latente, sem nenhuma vinculação legal. Destaca-se daí, de fato, “um aspecto singular das opções políticas do uso da força no Brasil: a defesa da estratégia de generalizar a abordagem, independentemente das fundadas razões” (DUARTE *et al.*, 2014, p. 98-99).

Portanto, é imprescindível notar que a disseminação de buscas generalizadas se alinha a “um padrão cultural muito difundido e incontestado que identifica a ordem e a autoridade ao uso da violência”, padrão esse ao qual é inerente a “deslegitimação dos direitos civis” (CALDEIRA, 2000, p. 136). De fato, só se poderia admitir a prática da busca pessoal, ato coercitivo e invasivo, sem autorização legal prévia e específica, em um sistema disciplinar (cf. FOUCAULT, 2008)¹⁸, compatível com o Estado de Polícia, em que todas as condutas são presumidamente proibidas e a fruição da liberdade é que exige permissão legal.

6. A BUSCA PESSOAL PREVENTIVA COMO INFRAPENALIDADE POLICIAL: DA RACIONALIDADE INQUISITORIAL À RACIONALIDADE DISCIPLINAR

Conforme aponta Foucault, as formas judiciárias correspondem a distintas formas de saber, vale dizer, a distintas configurações da relação entre o indivíduo e a verdade. Nesse sentido, o inquérito, for-

¹⁸ Tanto a legalidade quanto a disciplina são estruturados a partir de uma divisão binária entre proibido e permitido. No entanto, a lei determina o proibido, ao passo que a disciplina, ao revés, determina o permitido (FOUCAULT, 2008, p. 60): para a lei, o permitido é indeterminado (negativo), ao passo que, para a disciplina, o proibido é indeterminado (negativo). Sob a perspectiva da lei, “a ordem é o que resta quando se houver impedido de fato tudo o que é proibido” (FOUCAULT, 2008, p. 60-61). Por outro lado, a ordem disciplinar não diz o que é proibido, pois regula tudo e dita constantemente o que se pode-deve fazer: diz-se apenas o que é permitido – que, por sua vez, confunde-se com o

ma de pesquisa e construção da verdade no interior da ordem jurídica que adquire proeminência nos séculos XV a XVIII, consiste em “um procedimento pelo qual, na prática judiciária, se procurava saber o que havia ocorrido” (2013, p. 88), a partir de um discurso retrospectivo¹⁹. Assim, as perguntas essenciais ao modelo inquisitorial referem-se ao que houve, quem fez, como fez: definem-se presença, ausência, existência, inexistência.

Essas são as perguntas que orientam os procedimentos de investigação e instrução processual penal. Nessa toada, a busca pessoal regida pelo art. 244 do CPP, como medida probatória, insere-se em uma racionalidade inquisitorial, já que visa a obter objeto que auxilie a reconstituição e comprovação de uma narrativa retrospectiva a respeito de um fato criminoso. O requisito da *fundada suspeita de posse de arma proibida ou de corpo de delito* é orientado exatamente pela probabilidade de encontrar objetos relevantes para a investigação/instrução. Por isso, reconhecida a busca pela verdade sobre fatos pretéritos como uma característica central do inquérito, pode-se vislumbrar a busca pessoal probatória como um ato por meio do qual se exerce um saber-poder que assume a forma inquisitorial²⁰.

que é devido. Por isso, na ordem disciplinar, a liberdade é reduzida ao máximo e superada pelos imperativos de previsibilidade e controlabilidade.

¹⁹ Trata-se de forma de saber que nasce em função de transformações políticas que conferem centralidade ao Estado enquanto o lesado pela infração (e não mais à vítima diretamente atingida pelo dano), a partir da qual se visa a reatualizar um fato passado e a definir a culpabilidade do indivíduo em relação a um ato pretérito a partir de uma posição de pretensa neutralidade do sujeito de conhecimento diante do objeto (FOUCAULT, 2013, p. 134). É importante não confundir tal definição de inquérito, relacionado à investigação de fato pretérito, com a definição de inquérito ou de princípio inquisitório utilizada na dogmática processual penal para designar um procedimento marcado pela confusão entre o órgão de acusação e o órgão julgador e/ou entre suas funções), em contraste com o processo orientado pelo princípio acusatório, em que há uma nítida diferenciação entre acusador e juiz e também entre as funções desempenhadas por cada um. Sobre o tema, cf., por todos, LOPES JR., 2012, p. 115-126.

²⁰ No tópico a seguir, apresenta-se a possibilidade da busca pessoal com função inibitória, caso em que é executada como um ato de coerção direta imediata e visa à apreensão de objeto lesivo (arma em sentido amplo) em poder do agente, independentemente de a posse do artefato constituir corpo de delito. Mesmo nesse caso, a intervenção se enquadra em situação excludente de ili-

Não obstante, na prática do policiamento ostensivo, a realização de buscas pessoais orientadas à coibição de pessoas, atitudes e situações adjetivadas como suspeitas visa à consecução de finalidades diversas daquelas atreladas aos objetivos de obtenção de provas relacionadas a um crime pretérito ou de interrupção de um processo lesivo atual. Em substituição, objetivos genéricos do policiamento ostensivo assumem destaque, tais como a preservação da ordem, a prevenção geral de crimes, a afirmação da autoridade policial e a intimidação de potenciais criminosos. Tais objetivos dão ensejo a buscas pautadas por uma racionalidade distinta, conformada por outras formas de produção da verdade.

Deveras, no curso do policiamento ostensivo, não interessa unicamente aferir se determinados fatos ocorreram, mas também o que, em dado contexto ou ambiente, pode ou não ser feito para prevenir fatos futuros, ainda que desprovidos de nexos com fatos concretos pretéritos ou presentes. A esse respeito, Foucault (2013, p. 81-101) ressalta que, a partir de fins do século XVIII, na França e na Inglaterra, foram desenvolvidos mecanismos de controle permanente da população e do comportamento dos indivíduos de determinados grupos, voltados a manter a ordem. Foram criadas técnicas de controle da moralidade cotidiana, orientados a corrigir os indivíduos em seus comportamentos. Essas práticas de controle fizeram nascer um novo saber da individualidade, que classifica o sujeito conforme o binômio normal-anormal: disseminam-se práticas por meio das quais esse sujeito é classificado, conformado, normalizado.

Assim, concomitantemente à reforma liberal do sistema jurídico, erige-se um sistema disciplinar de controle social em que a noção central é a periculosidade do agente, e não a sua culpabilidade por um ato determinado (FOUCAULT, 2015, p. 278-295). Nesse contexto, dian-

cidade (estado de necessidade ou legítima defesa) e perguntas orientadas ao passado orientam a decisão pela execução do ato, embora a prática danosa adquira caráter atual/presente e não apenas pretérito. Quando se objetiva apreender objeto lesivo em posse do agente, há uma tentativa de interromper um processo lesivo já em curso, o qual remete a um fato pretérito/presente (acesso e porte ao objeto lesivo) que culmina na situação de dano/perigo iminente (utilização efetiva do objeto lesivo) a ser interrompida. Assim, mesmo nessa hipótese, a racionalidade inquisitorial orienta a intervenção policial.

te da ascensão das técnicas de vigilância de controle e da produção de saberes pela via de uma nova forma de produção da verdade, o inquérito perde centralidade: já não interessa apenas reconstituir um acontecimento, mas também vigiar alguém de maneira ininterrupta e global, a fim de se controlar não o que se fez e é feito, mas o que se é e o que se pode fazer, pela disseminação de mecanismos de sanção, normalização e correção. Constrói-se, pois, um saber a respeito do sujeito, a fim de determinar a sua normalidade (sua conformidade às normas), bem como aquilo que, prospectivamente, ele pode fazer (sua periculosidade).

Essas novas relações de saber-poder não se desvinculam dos modos de pesquisa e construção da verdade, que assumem a forma do *exame* em contraposição ao inquérito:

O exame combina as técnicas da hierarquia que vigia e as da sanção que normaliza. É um controle que normaliza, uma vigilância que permite qualificar, classificar e punir. Estabelece sobre os indivíduos uma visibilidade através da qual eles são diferenciados e sancionados. É por isso que, em todos os dispositivos de disciplina, o exame é altamente ritualizado. Nele vêm-se reunir a cerimônia do poder e a forma da experiência, a demonstração da força e o estabelecimento da verdade. No coração dos processos de disciplina, ele manifesta a sujeição dos que são percebidos como objetos e a objetivação dos que se sujeitam. A superposição das relações e das de saber assume no exame todo o seu brilho visível (FOUCAULT, 2014, 181).

De outra parte, cabe destacar que o exame requer tornar visíveis os indivíduos perante o “insone olhar do poder”: é o fato de ser visto sem cessar, de sempre poder ser visto, que mantém sujeitado o indivíduo disciplinar. O poder capta os indivíduos a partir de um mecanismo de objetivação e manifesta-se ao organizar os objetos do espaço. O poder disciplinar manifesta-se, portanto, pelo olhar, colocando os indivíduos como objetos da observação. O exame é, em contrapartida, a cerimônia dessa objetivação, dessa visibilidade inevitável (FOUCAULT, 2014, p. 183-184).

Nessa dinâmica, “[o] próprio sistema de classificação vale como recompensa ou punição” (FOUCAULT, 2014, p. 177-178). A intervenção disciplinar, então, não se restringe a apenas expiar ou reprimir, pois

serve para diversas operações. Serve para diferenciar os indivíduos entre si em função da regra de conjunto, para medir e hierarquizar suas capacidades e sua “natureza”, para fazer então funcionar a coação da conformidade e, enfim, traçar o limite que define a anormalidade. Portanto, os instrumentos de vigilância e controle não visam única e exclusivamente ao exame do indivíduo, pois já contêm em si uma função punitiva, o que permite compreendê-los também como infrapenalidades.

No ponto, Foucault relaciona as infrapenalidades à imposição de uma ordem que não se reduz às regras previstas explicitamente na lei, mas que se define também por processos empíricos, com base em uma regularidade de condutas constatável a partir da observação dos fatos e de sua repetição. Tais castigos disciplinares orientam-se então à redução dos desvios, assumem um caráter essencialmente corretivo, normalizante, e são da ordem do exercício, impõem-se repetida e cotidianamente, a partir de uma “insistência redobrada”, o que permite a construção progressiva de uma determinada ordem (2014, p. 176-177). A ordem surge, pois, como a acumulação de saberes sobre os indivíduos e sobre os ambientes em que estes se inserem, cuja organização se dá pela afirmação cotidiana das normas a serem seguidas.

Apresentada tal conformação, pode-se observar que a prática regular e cotidiana da busca pessoal nos espaços públicos com finalidade de *prevenção geral* se alinha a tal conformação, pois ao ser executada de modo generalizado funciona precisamente como uma técnica de “esquadrinhamento geral” dos indivíduos, justificada pelo propósito de garantir a sensação de segurança e combater/prevenir o crime. Com efeito, ao se deslocar a busca pessoal do interior da persecução penal para o cotidiano do policiamento ostensivo, a partir de uma justificativa de prevenção geral, esse ato se despe da forma inquisitorial e passa a se relacionar à constituição de um saber-poder disciplinar, para o qual não importa tanto saber o que os indivíduos fizeram, fazem ou deixam de fazer, mas sim o que podem ou são capazes de fazer. Nessa dinâmica, não importa a tipificação das condutas na legislação, mas sim o amplo campo de condutas desviantes e anormais, que se revelam nos menores detalhes: cabe à polícia reagir diante de tudo aquilo “que lhe chamar a atenção”, vale dizer, diante de toda e qualquer *atitude suspeita*, independentemente da sua vinculação com um possível crime.

Portanto, como expediente de rotina do policiamento ostensivo-preventivo, a busca pessoal é exercida não com objetivo de reconstituir e elucidar fatos criminosos pretéritos ou atuais, mas antes como um procedimento (cerimônia) de afirmação da autoridade policial e de objetivação da visibilidade inevitável dos indivíduos perante o olhar policial. O policial, incumbido da vigilância ininterrupta sobre os espaços, deve estar sempre apto a manifestar-se e a interpelar aqueles que ostentarem o menor sinal de desvio, para cuja detecção o policial possui uma especial habilidade construída a partir de sua experiência, a partir de sua observação repetida e continuada dos fluxos urbanos e trejeitos individuais (“tirocínio”).

Nessa dinâmica, a busca surge como um rito que visa à afirmação desse saber-poder policial construído e constituído pela experiência policial. Por meio da busca, ao mesmo tempo, a conformidade do indivíduo à norma é aferida e afirmada e a autoridade policial reafirmada: verifica-se a periculosidade do agente e ratifica-se regular e cotidianamente a ordem visada pelo aparato policial. Diante de uma conduta desviante ou estranha, cabe à polícia afirmar a suspeição da conduta e ratificar a sua presença e a conseqüente visibilidade do indivíduo vigiado: entende-se que, diante de uma conduta suspeita, o policial “tem que no mínimo se mostrar ali”, de modo que a busca pessoal se transforma em um ato expressivo da própria ostensividade policial e se erige como um ato de rotina, e não de exceção, apesar de ser reconhecido como constrangedor e humilhante. Daí o tão recorrente elogio à importância da prática do ato em si, encarado como expressão da visibilidade policial e gerador da segurança pública, independentemente de sua relevância para a persecução penal.

Nesse passo, a suspeição, como mero juízo de estranheza, a indicar um indício de não conformidade, é suficiente para desencadear a intervenção policial coercitiva imediata, a qual funciona como instrumento de exame e como infrapenalidade. Vale dizer, a mera suspeição se erige como um fundamento suficiente para a (infra)punibilidade. A concepção subjacente é a de que a menor suspeita despertada no policial deve conduzir à abordagem: o policial não deve levar dúvida para casa. Assim, as buscas são executadas como infrapenalidades e instrumentos de exame, e se constituem como atos paulatinos de rejeição simbólica e

exclusão física dos suspeitos: “são humilhantes e pretendem isso; visam a fazer o rejeitado/excluído aceitar sua imperfeição e inferioridade social” (BAUMAN, 1999, p. 135).

Esse modelo de prática da busca pessoal como reação disciplinar a pequenos desvios extraleais, além de se distanciar da busca probatória rígida pelo CPP, não se compatibiliza com um sistema de legalidade estrita, caracterizado pela permissividade de todas as condutas não-proibidas na ordem jurídica e pela não punibilidade de desvios não definidos na lei.

7. A FUNÇÃO PUNITIVA LATENTE DA BUSCA PESSOAL: A NECESSIDADE DE ESTRITA DELIMITAÇÃO DA BUSCA PESSOAL COM FUNÇÃO INIBITÓRIA

A busca pessoal é precipuamente caracterizada pela restrição à liberdade ambulatorial e à privacidade individual do indivíduo abordado pelo agente policial. Com efeito, pressupõe, em primeiro lugar, a interpeleção coercitiva do indivíduo, o qual tem interrompida a sua liberdade de circulação, ainda que por breves instantes. E, em sua execução, é inevitável a violação à sua privacidade, já que terá suas vestes revistadas e seu corpo apalpado pela autoridade policial. Em virtude de tais restrições de direitos, a busca pessoal é caracterizada por uma função punitiva latente, daí a possibilidade de ser executada como infrapenalidade pelas agências policiais.

Por ser uma medida “eventualmente penal”, a busca pessoal deve ser inserir no “horizonte do direito penal e, por conseguinte, sua aplicação deve submeter-se ao controle das agências jurídicas” (ZAFFARONI, 2001, p. 103). Com efeito, dada a incidência da busca pessoal sobre indivíduos selecionados pelo rótulo da suspeição, compreendidos como potenciais criminosos a serem interrompidos e averiguados pelo aparato policial, é inevitável a regulamentação de tal ato pela ótica do direito processual penal, que, no marco do garantismo, serve à tutela dos suspeitos, acusados e condenados de vinganças arbitrárias e excessivas por parte do sistema punitivo (FERRAJOLI, 2014, p. 311-312).

O caráter *eventualmente penal* da busca pessoal exige a sua estrita funcionalização aos propósitos não-penais que afastam a sua carac-

terização como uma penalidade exercida autônoma e ilegalmente pelas polícias. Nos tópicos precedentes, esclareceu-se que a busca pessoal é autorizada pelo CPP como uma medida processual com função probatória, ao passo que é ilegal a busca pessoal com função de prevenção geral (negativa ou positiva) – tal como quando orientada à tutela da sensação de segurança, à intimidação dos criminosos, à afirmação da presença policial, entre outras justificativas que comumente embasam a prática da busca pessoal pelas polícias militares²¹.

A busca pessoal com função de prevenção geral constitui manifestação de sua função punitiva latente. Com efeito, a prevenção geral negativa e a prevenção geral positiva funcionam, inclusive, como fundamentos justificacionistas da própria sanção penal, a qual se legitimaria de acordo com tais doutrinas para desestimular condutas criminosas a partir da imposição da pena em caráter exemplar (prevenção geral negativa) ou para afirmar a vigência da ordem jurídica e da autoridade estatal (prevenção geral positiva) (cf. FERRAJOLI, 2014).

Apesar de a prevenção geral não servir como justificativa para a busca pessoal, cumpre indagar, porém, se esta medida pode ser praticada com função inibitória em relação a um dano ou perigo *concreto*, atual ou iminente. Isso porque, em tese, é possível que uma busca pessoal

²¹ O elemento definidor do poder policial (poder das polícias) – que distingue a atuação das agências policiais em relação à das demais agências estatais (não-policiais) – é a coercitividade direta, vale dizer: a possibilidade do uso da força (BITTNER, 2003, p. 19-20). Deveras, o poder policial (das polícias) diferencia-se das demais manifestações do poder de polícia – definido, em síntese, como a atividade estatal restritiva de direitos e liberdades em razão da tutela de interesses sociais ou coletivos – não tanto em função de seus motivos e finalidades, mas sim em função da possibilidade/capacidade do uso da força física (violência), mediante coerção direta. No desenho institucional brasileiro, as agências policiais, municiadas do poder de coerção direta, são incumbidas de inúmeras atribuições, elencadas nos incisos do artigo 144 da CF/88, as quais abarcam, em especial, atos de investigação criminal, orientados à apuração de infrações penais, e atos de preservação da ordem pública, que apresentam caráter multifacetado e variável. À polícia federal e às polícias civis estaduais incumbe exercer as atividades de polícia judiciária e apuração de infrações penais, nos termos dos §§ 1º e 4º do art. 144 da CF/88. Às polícias militares estaduais incumbe exercer a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública, nos termos do § 5º do mesmo dispositivo constitucional.

sirva à inibição ou à interrupção de um perigo concreto ou dano: como essa medida permite a apreensão de objetos em poder do indivíduo, pode servir à neutralização de uma ação lesiva atual ou iminente com o uso de objetos lesivos (armas em sentido amplo: objetos que possam provocar lesão à incolumidade de terceiros). Nesse caso, independentemente de haver indícios de que a conduta do indivíduo abordado é criminosa e punível, o policial pode (e deve) intervir para cessar a situação de dano ou perigo.

Quanto ao ponto, breve remissão a um precedente da Suprema Corte estadunidense permite elucidar que a busca pessoal pode, eventualmente, assumir finalidade inibitória. No caso *Terry v. Ohio*²², a Suprema Corte reconheceu que a polícia, além de poder realizar buscas com finalidade investigativa (*searches*), também pode realizar revistas com finalidade protetiva (*frisks*). Para realizar buscas investigativas, a polícia depende da configuração de causa provável (*probable cause*), a qual corresponde, em síntese, a fatos ou circunstâncias suficientes para garantir a um indivíduo de razoável cautela que um crime está sendo cometido²³. Por outro lado, para realizar revistas protetivas, a polícia depende da configuração de suspeita razoável de que o indivíduo está armado e representa um perigo atual para o policial ou para outros transeuntes. A *frisk* se orienta, portanto, não ao propósito de investigar a prática de infração penal, mas ao propósito de inibir a utilização lesiva de arma.

Além da remissão ao direito estadunidense, a distinção entre a busca pessoal probatória e a inibitória pode ser reforçada pela análise do art. 5º, XI, da CF/88, que autoriza a entrada forçada em domicílio em quatro situações: flagrante delito, prestação de socorro, desastre e quando houver autorização judicial. Nas três primeiras, a intervenção possui instrumentalidade inibitória: visa a interromper situação de dano ou perigo e, por isso, deve ser imediata. Na última, possui instrumenta-

²² *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 1 (1968). Sobre o tema, ver WANDERLEY, 2017.

²³ *Brinegar v. United States* 338 U.S. 160 (1948): “Existe causa provável se os fatos e circunstâncias conhecidos pelo policial, ou dos quais ele possui informação verossímil e confiável, são suficientes por si só para garantir a um homem de razoável cautela a crer que um crime está sendo cometido” (tradução livre).

lidade processual e pode constituir ato de busca, relacionado a persecução penal ou a demanda civil, o que afasta a existência de dano/perigo a ser inibido e atrai a exigência de autorização judicial prévia e a vedação de execução no período noturno²⁴.

Nesse passo, em caráter análogo, a busca pessoal pode servir à obtenção de elemento probatório (nos termos do art. 244 do CPP), mas também à inibição de uma situação de dano ou de perigo de dano (probabilidade de dano)²⁵, quando visar à apreensão de objeto lesivo que possa ser usado pelo indivíduo para provocar dano a terceiros.

A busca pessoal com função inibitória não possui permissivo legal específico. Porém, a proteção de bem jurídico em situação de dano ou perigo atual ou iminente (que é a finalidade que a caracteriza) se amolda às *causas excludentes de ilicitude* de estado de necessidade e da legítima defesa (descritas, respectivamente, nos arts. 24 e 25 do CP).

Pode-se notar, pois, que a busca pessoal com função inibitória caracteriza-se como um ato de *coerção direta imediata*. A esse respeito, Zaffaroni (2001, p. 102) ressalta que a coerção direta é aquela inter-

²⁴ Portanto, nas três primeiras situações, a entrada forçada em domicílio visa precipuamente a impedir a concretização de um perigo ou dano iminente a algum bem juridicamente tutelado. Com efeito, tanto na hipótese de flagrante delito, desastre ou prestação de socorro, a configuração de uma situação de perigo concreto ou dano permite e exige a atuação imediata do agente público. Observe-se que, em especial no caso do flagrante delito, além de evitar o dano ou o perigo que comumente exsurtem da prática de conduta criminoso, inicia-se, também, subsequentemente, a investigação e demais atos de persecução penal, notadamente mediante a prisão do infrator, a apreensão de objetos relacionados ao fato e demais atos elencados no art. 6º do CPP. No entanto, o fundamento para a dispensa de autorização judicial prévia não decorre de tal instrumentalidade processual eventual, mas sim da urgência que normalmente decorre da prática *atual* do delito (em flagrante). Nesse sentido, a busca domiciliar, cuja finalidade é processual, não se confunde com a entrada forçada em domicílio motivada por situação de dano ou perigo concreto atual ou iminente, a legitimar a intervenção imediata (NASSARO, 2005, p. 23-24).

²⁵ Aqui, conceitua-se “perigo” como a “probabilidade de dano”, vale dizer, como uma “situação de fato, objetiva” da qual desponte potencialidade concreta de dano, e não como mera “probabilidade de perigo”, a qual corresponde à noção de “risco”, que é o “atributo da conduta humana que pode ou não causar um perigo”. Esta última noção, contudo, embora seja mais precisamente conceituada como “risco”, é mencionada, na dogmática penal, como “perigo abstrato”, reservando-se a expressão “perigo concreto” para a primeira realidade (BOTTINI, 2013, p. 89).

venção na pessoa ou em seus bens “empregada ante um iminente perigo de lesão, ou porque urge interromper uma que se acha em curso” e pode ser imediata (instantânea) ou de execução diferida ou prolongada. Assim, “a coerção direta instantânea ou imediata não é outra coisa senão o estado de necessidade ou a legítima defesa convertidos em dever jurídico para o funcionário público” (2001, p. 104).

Quanto ao ponto, é crucial notar que, a despeito do caráter geral dos arts. 24 e 25 do CP, é bastante restrita a possibilidade de busca pessoal inibitória, por sua própria conformação material. Como a busca pessoal é um ato que objetiva e permite a descoberta/apreensão de objetos em posse do indivíduo, a busca pessoal inibitória (voltada à interrupção/coibição de lesão ou perigo de lesão) é cabível nos casos em que há a suspeita de posse de objeto lesivo (arma) pelo indivíduo, com o qual se possa gerar dano ou perigo.

O ponto mais sensível na definição da busca pessoal inibitória é, portanto, a diferenciação dessa excepcional medida em relação à busca pessoal com função de prevenção geral, tendencialmente generalizada e incontrolável. A prática de buscas pessoais generalizadas com a finalidade de prevenção geral negativa (v.g. intimidação de “potenciais criminosos”) ou de prevenção geral positiva (v.g. visibilização e afirmação da autoridade policial em “zonas de alta criminalidade”) não se vincula a uma situação de dano ou perigo concreto atual ou iminente – e, assim, não encontra suporte nas estritas hipóteses excludentes de ilicitude listadas nos arts. 24 e 25 do CP. O propósito de intimidar e constranger, sem vinculação à neutralização de um dano ou perigo concreto, revela a função punitiva latente da busca pessoal, e não se confunde com a busca pessoal inibitória.

A esse respeito, Zaffaroni (2001, p. 106-107) esclarece que a coerção direta não se confunde com a prevenção geral negativa, esta articulada como função positiva da pena: “a prevenção geral negativa pretende funcionar *ex post facto* e referir-se a uma atividade futura que não se empreendeu nem tampouco se sabe se será empreendida; a coerção direta funciona *in facto* e se refere a uma atividade em vias de realização”. A prevenção geral positiva, por sua vez, se relaciona à tutela da higidez da própria autoridade policial e da ordem jurídica, se desvinculando da tutela de bens jurídicos em situação de dano ou perigo.

Assim, Zaffaroni (2001, p. 102) ressalta que a coerção direta “adquire caráter punitivo quando excede o necessário para neutralizar um perigo iminente ou interromper um processo lesivo em curso” e, por isso, constitui “aquela de mais complexa delimitação em relação à pena”. Deve-se rechaçar, então, a prática da busca pessoal como reação a mera suspeita de perigo ou perigo de perigo (perigo abstrato), o que serviria à sua desconcentração e à manifestação de sua função punitiva.

Além disso, alguns esclarecimentos ancilares quanto à busca inibitória merecem destaque. A função inibitória da busca pode estar presente mesmo se o porte da arma não for proibido, como requer o art. 244 do CPP. Assim, nos casos em que o policial estiver diante de agente que aparentemente porte a arma *licitamente*, mas que deva ser desarmado com o objetivo de inibir potencial conduta lesiva em determinado contexto, a busca pessoal não possuirá finalidade probatória, mas, ainda assim, possuirá finalidade inibitória. Por outro lado, nos casos em que houver, concomitantemente, a suspeita de porte de arma proibida e de sua potencial utilização contra terceiros, a busca pessoal assume caráter concomitantemente probatório e inibitório. Por exemplo, ante a suspeita de que um indivíduo acabou de praticar um roubo com emprego de arma de fogo, a busca e apreensão da arma em poder do abordado, após a prática do delito, servirá não só à sua investigação, mas também à proteção do policial e de eventuais terceiros: terá instrumentalidade probatória e inibitória.

Ademais, a *extensão* da busca pessoal deve ser delimitada pela sua estrita instrumentalidade probatória e/ou inibitória. Por exemplo, em uma hipótese de instrumentalidade probatória, se a busca pessoal é motivada pela fundada suspeita do porte de um aparelho celular que tenha sido furtado (*res furtiva*: corpo de delito do crime de furto), então a extensão da busca deverá se restringir à procura por tal aparelho celular. Não se justificaria, a pretexto de procurar tal celular, inspecionar os objetos armazenados na carteira do indivíduo revistado, na qual jamais poderia estar ocultada a *res furtiva* cujo porte motivou a revista. Igualmente, em um caso de finalidade inibitória, se a busca pessoal visa ao desarme do indivíduo, então deverá se restringir à procura por armas. Não se justificaria, a pretexto de procurar arma, inspecionar minuciosamente os bolsos das vestes do indivíduo, nos quais não poderia

estar ocultada arma. A *extensão da busca deve se restringir aos atos necessários para verificar/refutar a fundada suspeita que a embasou.*

Em síntese, pois, a busca pessoal é autorizada pelo art. 244 do CPP como medida probatória. Contudo, pode atender, também, a função inibitória, quando, em situações excepcionais, servir à neutralização de dano ou perigo atual ou iminente, ante a suspeita de que o indivíduo a ser revistado porta arma (proibida ou não) e pode utilizá-la para agredir o policial ou terceiros. Neste caso, a busca pessoal tem função inibitória e tem sua ilicitude excluída em função do estado de necessidade (CP, art. 24) ou da legítima defesa (CP, art. 25), a depender do caso. Em ambos os casos, é preciso que sejam apresentados pelo policial os fundamentos pelos quais praticou a busca pessoal, a fim de que se possa aferir se os requisitos de cada uma estavam presentes, em um controle *a posteriori* do juízo de subsunção normativa feito pelo policial. Os fundamentos da busca são, pois, vinculantes quanto à sua extensão e viabilizam a concentração e a controlabilidade jurídica da medida

De todo modo, porém, nenhuma dessas duas hipóteses (busca pessoal probatória e inibitória) se confunde com a prática generalizada e potestativa da busca pessoal com função de prevenção geral, a qual configura infrapenalidade dotada de função punitiva.

CONCLUSÃO

É difundida no senso comum a noção de que qualquer indivíduo que transita pelo espaço público pode ser abordado e revistado pela polícia (por todos, cf. RAMOS; MUSUMECI, 2005, p. 17). Por outro lado, na doutrina própria jurídica, afirma-se que a busca pessoal depende apenas de “fundada suspeita”, não raro equiparada, nos discursos policiais, à indicação de atitude, pessoa ou situação rotulada como suspeita.

Consoante esclarecido nesse artigo, a mera adjetivação de atitudes, pessoas e situações como suspeitas, a partir de um potestativo juízo de estranheza e não pertencimento formulado pelo próprio policial, não se confunde com o requisito exigido pelo art. 244 do CPP para a prática da busca pessoal sem mandado prévio (fundada suspeita de posse de arma proibida ou outro corpo de delito pelo indivíduo).

A inobservância sistemática do requisito exigido pelo CPP na prática da busca pessoal pelas polícias é sintomática. De acordo com a Exposição de Motivos do CPP, que remonta a 1941, o “espírito do Código” erigia a eficiência da repressão penal a objetivo prioritário e colocava as garantias dos acusados no mesmo plano dos “favores” e “franquias” que lhes seriam alegadamente concedidos pela legislação processual penal anterior. Assim, a regulamentação da busca pessoal no já autoritário CPP tem sido desobedecida a pretexto de se garantir segurança nos espaços públicos. Verifica-se, pois, uma escalada efficientista que impõe uma dupla e terminativa neutralização à eficácia dos direitos e garantias fundamentais: o imperativo de repressão à criminalidade é erigido para flexibilizar ou até mesmo afastar a aplicabilidade de normas que, no entanto, já foram elaboradas a partir desse mesmo imperativo.

Cumprir apontar, pois, que o arbítrio recorrente na prática da busca pessoal se relaciona não tanto a uma deficiência insuperável da lei – ainda que esta possa ser aperfeiçoada –, mas sim à interpretação frouxa e desatenta a ela conferida pela própria doutrina jurídica, a qual encampa, por sua vez, um controle insuficiente da validade da medida. Portanto, a prática sistemática de buscas arbitrárias, justificadas como procedimento de rotina, não deve ser associada à deficiência da lei ou à discricionariedade na aplicação da lei (*selective enforcement*), mas sim à *não-aplicação da lei* e à correlata deficiência do controle de legalidade do ato.

Nesse cenário, em contraposição a tal conjuntura, é imperativo reivindicar a estrita observância dos requisitos legais da busca pessoal pelas polícias, bem como aprimorar os mecanismos de fiscalização, monitoramento e controle da medida. Tais providências exigem uma alteração de postura não só das próprias corporações policiais, mas também das instituições de controle da atividade policial e da própria doutrina jurídica, a fim de conferir maior segurança jurídica na demarcação das fronteiras de legalidade dessa intervenção policial.

Motivado por tal ensejo, este artigo esclareceu que, no que toca à natureza jurídica, há duas espécies de busca pessoal admitidas no atual ordenamento: a probatória e a inibitória. As condições de validade de uma e outra não se confundem. No primeiro caso, a prática da busca pessoal depende da indicação de indícios da posse de corpo de deli-

to pelo indivíduo (*busca probatória*, regida pelo art. 244 do CPP). No segundo, a busca pessoal depende da indicação de indícios da posse de arma a ser empregada contra o policial ou terceiros, em situação de dano ou perigo atual ou iminente (*busca inibitória*, amparada nas causas de exclusão de ilicitude dos arts. 24 e 25 do CP). Em ambos os casos, a extensão da busca deve ser limitada pelo fundamento que motivou a sua execução, evitando desvios. Por outro lado, fora de tais duas hipóteses de cabimento, a execução da busca pessoal como medida policial de prevenção geral, em face de pessoas, atitudes e situações potestativamente adjetivadas como “suspeitas”, é uma medida ilegal. Neste ato, manifesta-se a função punitiva latente da busca, inserida em uma orientação disciplinar quanto ao policiamento dos espaços públicos, a ser rechaçada pelo aparato de controle da atividade policial.

REFERÊNCIAS

AMARAL NETO, Silas Bordini do. Busca pessoal como estratégia de eficiência na prevenção criminal e medida de preservação da ordem pública. *Justitia*, v. 66, n. 200, 2009.

ANDRADE, Ivan Moraes de. *Polícia Judiciária*. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ARANHA, Adalberto de Camargo. *Da prova no Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1999.

ASSIS, José Wilson Gomes de. Operações tipo blitz e buscas pessoais coletivas: as ações preventivas da Polícia Militar e sua legalidade. *Jus Militaris*, p. 5–6, 2007.

BARROS, Antonio Milton de. *Busca e apreensão no processo penal*. Revista Jurídica da Universidade de Franca, 2007, v. 9, n. 16, 2007, p. 9-30.

BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo penal cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BECKER, Howard. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BITTNER, Egon. *Aspectos do trabalho policial*. São Paulo: Editora da USP, 2003.

BONFIM, Eugenio Mougenot. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. *Cidade de Muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo*. São Paulo: 34/Edusp, 2000.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de Processo Penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. São Paulo: Saraiva, 2014.

COSTA, Alfredo Araújo Lopes da. *Medidas preventivas. Medidas preparatórias – medidas de conservação*. 3ª ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1966.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. *Curso de processo penal*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

DUARTE, Evandro Charles Piza *et al.* Quem é o suspeito do crime de tráfico de drogas? Anotações sobre a dinâmica dos preconceitos raciais e sociais na definição das condutas de usuário e traficante pelos policiais militares nas cidades de Brasília, Curitiba e Salvador. In: LIMA, Cristiane do Socorro Loureiro *et al.* (Org.). *Segurança Pública e Direitos Humanos. Pensando a Segurança Pública*. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria Nacional de Segurança Pública, 2014. v. 5. p. 81–118.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. v. 3.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau, 2013.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015.

FOUCAULT, Michel. *Segurança, território, população*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 42. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

HASSEMER, Winfried. Segurança pública no Estado de Direito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 2, n. 5, p. 55–69, 1994.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Curso de processo penal*. Niterói: Impetus, 2013.

LIMA, Marcellus Polastri. *Curso de processo penal*. 8ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de processo penal*. São Paulo: Atlas, 2013.

MARCÃO, Renato. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Millenium, 2000, v. 2.

MEHMERI, Adilson. *Manual Universitário de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1996.

NASSARO, Adilson Luís Franco. A busca pessoal preventiva e a busca pessoal processual. *Revista Força Policial*, n. 45, 2005.

NASSARO, Adilson Luís Franco. *Busca pessoal*. 2003. Monografia (Especialização em Direito Processual Penal) – Escola Paulista da Magistratura, São Paulo, 2003.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Curso de direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 1983.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. São Paulo: RT, 2012.

OLIVEIRA, Alessandro José Fernandes De. *Estudos avançados de direito aplicado à atividade policial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Curso de processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PITOMBO, Cleunice Bastos. A desfuncionalização da busca e da apreensão. *Boletim IBCCRIM*, v. 13, n. 151, p. 2–3, 2005a.

PITOMBO, Cleunice Bastos. *Da busca e da apreensão no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005b.

POLO, Giovana. Busca e apreensão pessoal e prova ilícita. *Boletim IBCCRIM*, v. 8, n. 92, p. 9, 2000.

RAMOS, Sílvia; MUSUMECI, Leonarda. *Elemento suspeito: abordagem policial e discriminação na cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. São Paulo: Atlas, 2014.

SILVA, Gilmar Gomes da. *A lógica da PMDF na construção do suspeito*. 2009. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Universidade de Brasília, Brasília, 2009.

TÁVORA, Nelson; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 7ª ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 1.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 3.

WANDERLEY, Gisela Aguiar. Entre a lei processual e a praxe policial: características e consequências da desconcentração e do descontrole da busca pessoal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 128, n. 25, p. 115–149, 2017.

YUKA, Marcelo. Tribunal de Rua. In: RAPP. *Lado B Lado A*. [S.l.]: Warner, 1999, CD, Fx 1.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas*. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZAVASCKI, Teori. *Antecipação da tutela*. São Paulo: Saraiva, 2009.

Informações adicionais e declarações dos autores (integridade científica)

Declaração de conflito de interesses (conflict of interest declaration): a autora confirma que não há conflitos de interesse na realização das pesquisas expostas e na redação deste artigo.

Declaração de coautoria e especificação das contribuições (declaration of authorship): todas e somente as pessoas que atendem os requisitos de autoria deste artigo estão listadas como autores; a autora se responsabiliza integralmente por este trabalho em sua totalidade.

Declaração de ineditismo e originalidade (declaration of originality): a autora assegura que o texto aqui publicado não foi divulgado anteriormente em outro meio e que futura republicação somente se realizará com a indicação expressa da referência desta publicação original; também atesta que não há plágio de terceiros ou autoplágio. Este artigo é produto de adaptação de capítulo da dissertação de mestrado da autora, defendida no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília, com fomento da CAPES.

Dados do processo editorial

(<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies>)

- Recebido em: 31/07/2017
- Controle preliminar e verificação de plágio: 07/06/2017
- Avaliação 1: 12/08/2017
- Avaliação 2: 15/08/2017
- Avaliação 3: 20/08/2017
- Decisão editorial preliminar: 24/08/2017
- Retorno rodada de correções: 04/09/2017
- Decisão editorial final: 04/09/2017

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Revisores: 3

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

WANDERLEY, Gisela Aguiar. A busca pessoal no direito brasileiro: medida processual probatória ou medida de polícia preventiva? *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 3, p. 1117-1154, set./dez. 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i3.96>



Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.