

# A TRIDIMENSIONALIDADE DA CRISE DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: CRISE EXISTENCIAL, IDENTITÁRIA DA JURISDIÇÃO E DE (...)

Guilherme Moreschi

## Related papers

[Download a PDF Pack](#) of the best related papers 



[#Colaboração Premiada no Processo Penal \(2017\) - Vinicius Gomes de Vasconcelos](#)  
AlGu Apps

[Em torno da Jurisdição](#)

Geraldo Prado

[O\\_INSTITUTO\\_DA\\_COLABORACAO\\_PREMIADA\\_E\\_SE.pdf](#)

Silas Rezende



## A TRIDIMENSIONALIDADE DA CRISE DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: CRISE EXISTENCIAL, IDENTITÁRIA DA JURISDIÇÃO E DE (IN)EFICÁCIA DO REGIME DE LIBERDADE INDIVIDUAL.

The three-dimensionality of the crisis of the brazilian criminal proceedings: existential crisis; on the identity of the jurisdiction; and the (in) effectiveness of the individual liberty regime

Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 143/2018 | p. 117 - 153 | Maio / 2018  
DTR\2018\12745

Aury Lopes Júnior

Doutor em Direito Processual Penal pela Universidad Complutense de Madrid. Professor Titular no Programa de Pós-graduação, Mestrado e Doutorado em Ciências Criminais da PUCRS. Advogado criminalista.aurylopes@terra.com.br

Área do Direito: Penal; Processual

Resumo: O trabalho analisa a grave crise na qual está imerso o processo penal brasileiro a partir de três dimensões. A crise existencial do processo penal situa a discussão no rompimento da concepção tradicional do Princípio da Necessidade (*nulla poena sine iudicio*), na medida em que a expansão do espaço negocial, especialmente com os acordos de delação/colaboração premiada, permite aplicação de pena sem prévio e integral processo. Na segunda dimensão, a mais grave, problematiza em torno da crise identitária da jurisdição, mais especificamente, na discussão sobre o lugar, a função e posição do juiz penal brasileiro na batalha das expectativas. Aborda a posição do juiz a partir da análise dos sistemas processuais penais relacionando com a imparcialidade e tensionando com a teoria da dissonância cognitiva, os pré-julgamentos e a ausência de originalidade cognitiva. Por fim, trata da ineficácia do regime de liberdade individual no processo penal, diante da degeneração do uso da prisão cautelar e, de forma mais aguda, com o recente entendimento do Supremo Tribunal Federal que autorizou a execução antecipada da pena privativa de liberdade.

Palavras-chave: Processo Penal – Crise – Delação premiada – Juiz – Imparcialidade – Execução antecipada da penal

Abstract: The work analyzes the grave crisis in which the Brazilian system of criminal proceedings immersed itself, under three dimensions. The existential crisis of the criminal proceedings puts the discussion into the rupture of the traditional conception of the Necessity Principle (*nulla poena sine iudicio*), in the extension in which the expansion of the room for negotiations over the penalty, especially with plea bargains, allows for the application of a criminal sanction without prior criminal proceedings. The second dimension, the gravest one, problematizes around the identity crisis that surround jurisdiction, specifically, in the discussion over the place, function and position of the Brazilian criminal judge in the battle of expectations. It addresses the position of the judge from the analysis of the criminal proceedings systems relating with the impartiality and the relations with the theory of cognitive dissonance, the pre-judgements and the lack of cognitive originality. Lastly, it deals with the ineffectiveness of the individual liberty regime in criminal proceedings, in face of the degeneration of the use of precautionary detention and, more acutely, with the recent positioning of the Supreme Federal Court which authorizes the anticipated execution of the custodial sentence.

Keywords: Criminal proceedings – Crisis – Deal over criminal penalty – Judge – impartiality – Anticipated execution of penalty

Sumário:

1 Introdução - 2.A crise existencial do processo penal: é (ainda) o processo o caminho necessário para chegar na pena? - 3.Crise identitária da jurisdição - 4.A crise de (in)eficácia do regime de liberdade no processo penal - 5.Conclusões - 6.Referências bibliográficas



## 1 Introdução

O<sup>1</sup> processo penal brasileiro vive hoje uma grave crise, especialmente pela ineficácia da base principiológica da Constituição e da Convenção Americana de Direitos Humanos. A premissa "goldschmidtiana" de que o processo penal é um termômetro dos elementos democráticos ou autoritários da respectiva Constituição não está sendo posta em prática. O processo penal brasileiro deveria se constitucionalizar e democratizar, abrindo-se para a esfera protetiva ali estabelecida, bem como se convencionalizar. Sem embargo, a prática forense, fruto de uma forte cultura inquisitória arraigada, opera em sentido inverso: comprime a esfera de proteção constitucional e convencional para entrar na forma autoritária do Código.

Por conta disso, enfrentamos uma grave crise no processo penal, que precisa ser analisada a partir de três dimensões:

1ª Crise existencial do processo penal;

2ª Crise identitária da jurisdição penal;

3ª Crise de (in)eficácia do regime de liberdade no processo penal

Somente a partir da compreensão desses três pontos de estrangulamento é que poderemos buscar medidas de redução de danos que permitirão a evolução do processo penal brasileiro e sua melhor conformação constitucional e convencional.

2.A crise existencial do processo penal: é (ainda) o processo o caminho necessário para chegar na pena?

O processo penal tem sua existência justificada a partir da compreensão do "Princípio da Necessidade – nulla poena sine iudicio, isto é, na impossibilidade de que se tenha a imposição de uma pena sem prévio processo penal. Essa concepção de processo como caminho necessário para se chegar na pena é fundante da própria existência do processo e constitui uma grande evolução civilizatória da humanidade. Nessa perspectiva, também fortalece o conjunto de regras que estruturam o "devido processo penal".

É uma concepção tradicional e ainda vigente e plenamente aplicável para a imensa maioria dos processos criminais que tramitam no Brasil.

Sem embargo, gradativamente, começa a tomar força uma outra via de resolução dos casos penais: a justiça negocial. Consideramos que "justiça negocial" é um gênero, no qual se inserem como espécies as formas de negociação sobre a pena (transação penal), acordos sobre a abreviação do rito com diminuição da pena e também a delação/colaboração premiada.

Essas formas de negociação ou espaços de consenso, acarretam a possibilidade de fixação de uma pena sem a tramitação completa do processo, rompendo com o modelo tradicional do confronto e do nulla poena sine iudicio. A expansão desses espaços negociais não é uma tendência nova e tampouco nos parece que seja passageira.

Vamos começar pela compreensão antropológica desse instituto.

Vivemos em uma sociedade hiperacelerada, regida pela velocidade, vão dizer, com algumas variações conceituais, mas com um mesmo núcleo fundante, Bauman, Virillo, Morin, Pascal Bruckner, Comte-Sponville e os principais pensadores contemporâneos. Estamos imersos numa narcose dromológica, sedados pelo instantâneo e o imediato, onde qualquer demora, por menor que seja, nos causa um imenso sofrimento. François Ost<sup>2</sup> vai mostrar a dicotomia entre o tempo social e o tempo do direito, mas também entre o tempo na sociedade e o tempo no direito. Nessa perspectiva de hiperaceleração, é claro que o processo penal "também" é filho da flecha do tempo, ou seja, também



sofre esse influxo, ainda que o tempo do processo ainda seja muito mais lento e demorado que o tempo da sociedade.

Claro que essa aceleração vai exigir o difícil equilíbrio que está na recusa aos dois extremos: de um lado o atropelo de direitos e garantias fundamentais, que não pode ser admitido; e de outro na necessidade de que o processo tramite sem uma (de)mora excessiva. É aqui que se situa a complexa compreensão do que seja um processo penal no prazo razoável.

O problema é que o fetiche da velocidade e da aceleração é muito forte, por qualquer ângulo que se mire, mas é especialmente forte no viés economicista, eficientista e utilitarista que tanto exige do processo penal. É talvez a mais cruel das “acelerações” que o processo penal pode sofrer, pois implica grave violação e restrição de direitos e garantias fundamentais.

Com razão, Figueiredo Dias<sup>3</sup> chama de “processo penal dotado de eficiência funcionalmente orientada”. É um incremento de estruturas de consenso em detrimento de estruturas de conflito, para atender a ultrapassagem do atual modelo de sobrecarga da justiça para o modelo de eficiência funcionalmente orientada, explica o autor português com precisão e síntese.

No Brasil o cenário é ainda mais grave, pois se criou um ciclo vicioso, autofágico até. Temos uma pampenalização (banalização do direito penal), pois acreditamos que o Direito Penal é a tábua de salvação para todos os males que afligem essa jovem democracia com uma grave e insuperável desigualdade social. Como “tudo” é direito penal, “quase tudo” acaba virando processo penal, com entulhamento descomunal das varas criminais e tribunais. Não existe sistema de justiça que funcione nesse cenário e o nosso é um exemplo claro disso. A banalização do direito penal gera uma enxurrada diária de acusações, muitas por condutas absolutamente irrelevantes, outras por fatos que poderiam ser objeto do direito administrativo sancionador ou outras formas de resolução do conflito e ainda, uma quantidade imensa de acusações por condutas aparentemente graves e relevantes, mas carentes de justa causa, sem um suporte probatório suficiente para termos um processo penal (em decorrência da má qualidade da investigação preliminar, também fruto – no mais das vezes – da incapacidade de dar conta do imenso volume de notícias crimes).

Diante do volume gigantesco de acusações e processos, é óbvio que o sistema de administração de justiça (dos juízes de primeiro grau às cortes superiores, o congestionamento é colossal) não funciona adequadamente. E, mesmo que eventualmente se tenha uma vara criminal em determinada cidade, cujos filtros “funcionem bem”, todos os seus processos acabarão desaguando no mesmo lugar: primeiro nos tribunais de apelação (todos abarrotados) e depois no Superior Tribunal de Justiça (aqui então o estrangulamento é evidente, basta constatar que existem duas turmas criminais (5ª e 6ª Turmas) para julgar recursos especiais, habeas corpus, mandado de segurança, ações penais originárias etc. de todo o país). Qual a consequência? Uma justiça criminal lenta e que não dá conta da demanda, gerando demoras imensas. Diante da ineficácia do sistema de administração da justiça, agrava-se a percepção de impunidade, gerando um cenário fértil para os discursos punitivistas. Nada funciona, a sensação de impunidade cresce e a quantidade de crimes praticados só aumenta. O que fazer? Ministrando mais doses de direito penal simbólico, novos tipos penais, aumento de penas e mais endurecimento. E o ciclo se repete.

E o sistema carcerário? Superlotado e absolutamente sem controle. Com isso, reina a barbárie, o domínio das facções, do crime organizado, da corrupção e se retroalimenta o ciclo da violência urbana. Quem “lucra” com todo esse descontrole? O crime organizado e as facções que realmente dominam e controlam o sistema carcerário brasileiro.

E na esfera processual? A crise de credibilidade do processo e da jurisdição, conduz a ampliação dos casos de prisão preventiva, menos liberdade no processo, menos direitos



e garantias processuais e mais eficiência (leia-se: atropelo procedimental). A ilusão de que acelerando de forma utilitarista os processos, restringindo recursos, limitando o uso do habeas corpus e ampliando o espaço de justiça negocial, para que se chegue o mais rápido possível a uma pena, de preferência sem precisar do processo. Ainda que em uma esfera de apenamento restrita, os institutos da "transação penal" e da "suspensão condicional do processo", instituídos pela Lei 9.099/1995, comprovam o quão problemática pode ser a negociação no processo penal.

A Lei 9.099/95<sup>4</sup> inseriu o processo penal brasileiro na perspectiva da justiça negociada e dos espaços de consenso. Para além do velado fundamento utilitarista, o modelo vem envolto por uma fina camada argumentativa de que seria uma imposição ou decorrência lógica e necessária da adoção do sistema processual acusatório. É um argumento insustentável, pois o sistema acusatório se funda no princípio dispositivo, no fato de que a iniciativa e gestão da prova está nas mãos das partes<sup>5</sup> (juiz-espectador). A lógica da plea negotiation se situa em outra dimensão, conduzindo a um afastamento do Estado-juiz das relações sociais, não atuando mais como interventor necessário, mas apenas assistindo de camarote ao conflito. A negociação guarda relação com a disponibilidade do objeto do processo penal (pretensão acusatória)<sup>6</sup> e da própria acusação, bem como com a flexibilização do Princípio da Necessidade.

No que diz respeito à transação penal, Prado<sup>7</sup> faz longo e criterioso trabalho de crítica, demonstrando todos os inconvenientes do instituto e desvelando a falácia do discurso favorável à transação penal. Bastaria reconhecer a gravíssima e insuperável violação do princípio da necessidade, fundante e legitimante do processo penal contemporâneo, para compreender que a transação penal é absolutamente ilegítima, pois constitui a aplicação de uma pena sem prévio processo. Põe-se por terra a garantia básica do *nulla poena sine iudicio*. A transação penal não dispõe, explica o autor, de um verdadeiro procedimento jurisdicional conforme a noção de devido processo legal.

Tampouco entendemos que o sistema negocial colabore para aumentar a credibilidade da justiça, pois ninguém gosta de negociar sua inocência. Não existe nada mais repugnante que, ante frustrados protestos de inocência, ter de decidir entre reconhecer uma culpa inexistente, em troca de uma pena menor, ou correr o risco de submeter-se a um processo que será desde logo desigual.

É um poderoso estímulo negativo saber que terá de enfrentar um promotor cuja "imparcialidade" (ainda sustentada por muitos e com a qual não concordamos) imposta por lei foi enterrada junto com a frustrada negociação, e que acusará de forma desmedida, inclusive obstaculizando a própria defesa. Uma vez mais tem razão Guarnieri, quando afirma que acreditar na imparcialidade<sup>8</sup> do Ministério Público é incidir no erro de "confiar al lobo la mejor defensa del cordero".

Nossa crítica não se limita ao aspecto normativo da Lei 9.099, senão que vai à base epistemológica que a informa, constatando que o problema será potencializado com o aumento das chamadas zonas de consenso, como já está previsto no Projeto do CPP (LGL\1941\8) (PL 8.045), art. 283. Se acolhido, o dispositivo estabelece que o acusado e o Ministério Público poderão requerer a "aplicação imediata de pena nos crimes cuja sanção máxima cominada não ultrapasse 8 anos". É uma significativa ampliação do campo negocial.

A "barganha e a justiça criminal negocial", como manifestações dos espaços de consenso no processo penal, vêm (pre)ocupando cada vez mais não só os estudiosos, mas também os atores judiciais. A tendência de expansão é evidente, resta saber que rumo será tomado, se seguirá o viés de influência do modelo norte-americano da plea bargaining; o italiano do patteggiamento; o prático-forense alemão (cuja implantação evidenciou o conflito do law in action com o law in books); ampliaremos o tímido (mas crescente) modelo brasileiro introduzido pela Lei 9.099/95 (transação penal e suspensão condicional) até chegar na Lei 12.850/2013 e a colaboração premiada. Que rumo tomar? Quais os limites? Que vantagens e inconvenientes isso representa? São questões



importantes a serem ponderadas.

Mas a aceleração procedimental pode ser levada ao extremo de termos uma pena sem processo e sem juiz? Sim, pois a garantia do juiz pode ficar reduzida ao papel de mero "homologador" do acordo, muitas vezes feito às portas do tribunal. No sistema norte-americano, por exemplo, muitas negociações são realizadas nos gabinetes do Ministério Público sem publicidade, prevalecendo o poder do mais forte, acentuando a posição de superioridade do Parquet. Explicam Figueiredo Dias e Costa Andrade<sup>9</sup> que a plea bargaining nos Estados Unidos é responsável pela solução de 80% a 95% de todos os delitos. Ademais, as cifras citadas colocam em evidência que em oito ou nove de cada dez casos não existe nenhum contraditório. Na mesma linha crítica e apontando cifras que vão de 90 a 97% de condenações com base em acordos, está a obra de Vinícius Gomes de Vasconcellos<sup>10</sup>.

A negociação viola desde logo o pressuposto fundamental da jurisdição, pois a violência repressiva da pena não passa mais pelo controle jurisdicional e tampouco se submete aos limites da legalidade, senão que está nas mãos do Ministério Público e submetida à sua discricionariedade. Isso significa uma inequívoca incursão do Ministério Público em uma área que deveria ser dominada pelo tribunal, que erroneamente limita-se a homologar o resultado do acordo entre o acusado e o promotor. Não sem razão, afirma-se que o promotor é o juiz às portas do tribunal.

O pacto no processo penal pode se constituir em um perverso intercâmbio, que transforma a acusação em um instrumento de pressão, capaz de gerar autoacusações falsas, testemunhos caluniosos por conveniência, obstrucionismo ou prevaricações sobre a defesa, desigualdade de tratamento e insegurança. O furor negociador da acusação pode levar à perversão burocrática, em que a parte passiva não disposta ao "acordo" vê o processo penal transformar-se em uma complexa e burocrática guerra.

Tudo é mais difícil para quem não está disposto ao "negócio".

Nessa mesma perspectiva se situam os acordos de delação/colaboração premiada, cabendo os mesmos questionamentos genéricos e mais alguns, específicos.

A delação/colaboração<sup>11</sup> insere-se na perspectiva da justiça negocial e encontra na Lei 12.850 seu principal (mas não único) diploma legislativo. O grande problema é que a Lei 12.850, ainda que seja a mais específica, não tem "suficiência normativa" para dar conta do que a prática processual está fazendo e exigindo.

Por mais que se admita que o acordo sobre a pena seja uma tendência mundial e inafastável, (mais) uma questão que preocupa muito é: onde estão essas regras e limites na lei? Onde está o princípio da legalidade? Reserva de lei? Será que não estamos indo no sentido da negociação, mas abrindo mão de regras legais claras, para cair no erro do decisionismo e na ampliação dos espaços indevidos da discricionariedade judicial? Ou ainda, na ampliação dos espaços discricionários impróprios do Ministério Público? Estamos preocupados não apenas com a banalização da delação premiada, mas com a ausência de limites claros e precisos acerca da negociação. É evidente que a Lei 12.850/2013 não tem suficiência regradora e estamos longe de uma definição clara e precisa acerca dos limites negociais.

A delação premiada, enquanto forma de consenso sobre a pena, precisa ser objeto de uma problematização muito mais complexa (para além da simples recusa, pois ela está aí), como:

a) Quais os limites quantitativos e qualitativos acerca da pena? Como fixar uma pena de 15 anos em regime de prisão domiciliar? E as penas acessórias? Qual o critério para fixação dos valores (milionários) a serem restituídos (ou pena pecuniária)?

b) Em caso de não oferecimento da denúncia, como se dará o controle do cumprimento das condições estabelecidas?



c) Que critérios devem pautar a decisão de não oferecer denúncia, por parte do Ministério Público, como condição do acordo? Há possibilidade de controle e revisão dessa decisão?

d) Uma vez feita, mas por qualquer motivo não efetivada ou descumprida, como vamos lidar com a confissão já realizada? E o pré-julgamento, como fica? O juiz que teve contato com a confissão/delação deve ser afastado ou continuaremos com a ilusão de que não há quebra da imparcialidade, de que o juiz pode dar um rewind e deletar o que ouviu, viu e leu?

e) Nos casos penais de competência do tribunal do júri, como se dará o julgamento? Haverá júri e os jurados poderão não homologar a delação? E a íntima convicção, como fica? Haverá quesitação sobre a delação? Ou com a negociação usurparemos a competência do júri?

f) Havendo assistente da acusação, poderá se opor a negociação sobre a pena? Qual o espaço da vítima no ritual negocial? Ela poderá estabelecer "condições" ou será ignorada (como ocorre na transação penal oferecida pelo Ministério Público nas ações penais de iniciativa privada)?

g) Existe um "direito" do imputado ao acordo ou ele é um poder discricionário do Ministério Público?

h) Qual o nível e dimensão de controle jurisdicional feito? Qual o papel do juiz no espaço negocial sem que ele deixe de ser "juiz" (ou seja, imparcial)?

Muitas são as perguntas não respondidas pelo sistema jurídico brasileiro, chegando-se a uma elasticidade (e decisionismo igualmente absurdo) de fixar uma pena de 15 anos de reclusão a ser cumprida em regime de "reclusão doméstica" ou "prisão domiciliar", absolutamente fora de tudo o que temos no Código Penal (LGL\1940\2) brasileiro. Depois vem um regime "semiaberto diferenciado" (?) e uma progressão para o regime aberto "diferenciado" após dois anos, tudo isso sob o olhar atônito do Código Penal (LGL\1940\2), que não se reconhece nessa "execução penal à la carte". E esses regimes "diferenciados"? Onde esses "novos regimes" estão previstos no CP (LGL\1940\2), no CPP (LGL\1941\8) ou na LEP (LGL\1984\14)?

E isso nos conduz a uma reflexão importante? Como fica o Princípio da Legalidade?

Os juristas portugueses J. J. Gomes Canotilho e Nuno Brandão<sup>12</sup>, analisando um pedido de cooperação feito pela justiça brasileira à Portugal, em que se debruçaram sobre dois conhecidos acordos de delação premiada (Paulo Roberto Costa e Alberto Youssef), também fizeram esse questionamento. E chegaram a uma reflexão perturbadora: que os compromissos (acordos de delação) "padecem de tantas e tão ostensivas ilegalidades e inconstitucionalidades que de forma alguma pode admitir-se o uso e a valoração de meios de prova através deles conseguidos". E prosseguem: "é terminantemente proibida a promessa e/ou a concessão de vantagens desprovidas de expressa base legal" (como os regimes de cumprimento acima mencionados), ressaltaram os professores. Assim, eles declararam que não é possível reduzir uma pena em mais de dois terços ou conceder perdão judicial a um crime não mencionado pela lei das organizações criminosas, pois

[...] em tais casos, o juiz substituir-se-ia ao legislador numa tão gritante quanto constitucionalmente intolerável violação de princípios fundamentais do (e para o) Estado de Direito como são os da separação de poderes, da legalidade criminal, da reserva de lei e da igualdade na aplicação da lei.

Portanto, nessa perspectiva, graves ilegalidades estão ocorrendo.

Mas, antes de pensarmos que "legislar" é a solução para tudo isso, façamos mais um questionamento: já foi elaborado um sério e profundo "estudo de impacto carcerário" da



expansão do espaço negocial? A expansão da possibilidade de concretização antecipada do poder de punir, por meio do reconhecimento consentido da culpabilidade, não representará um aumento significativo da nossa já inchada população carcerária? Como o sistema carcerário sucateado e medieval que temos irá lidar com isso? Pois é, parece que mais uma vez legislaremos primeiro, para ver o que vai ocorrer depois.

Dessarte, estamos entrando – sem muito rumo ou prumo – em terreno minado (em grande parte), desconhecido e muito perigoso para o processo penal democrático e constitucional.

E quem não estiver disposto a colaborar? Surge o mesmo problema anteriormente apontado na justiça negocial: o processo se transforma em uma perigosa aventura. Os acusados que se recusam a aceitar a delação ou negociação são considerados incômodos e nocivos, e sobre eles pesará todo o rigor do direito penal “tradicional,” em que qualquer pena acima de 4 anos impede a substituição e, acima de 8 anos, impõe o regime fechado. O panorama é ainda mais assustador quando, ao lado da acusação, está um juiz pouco disposto a levar o processo até o final, quiçá mais interessado que o próprio promotor em que aquilo acabe o mais rápido e com o menor trabalho possível (recordemos da “eficiência funcionalmente orientada” de Figueiredo Dias). Quando as pautas estão cheias e o sistema passa a valorar mais o juiz pela sua produção quantitativa do que pela qualidade de suas decisões, o processo assume sua face mais nefasta e cruel. É a lógica do tempo curto atropelando as garantias fundamentais em nome de maior eficiência.

A prisão preventiva também tem sido distorcida para forçar acordos de delação premiada (mostrando a outra dimensão da crise a seguir tratada, da (in)eficácia da liberdade no processo penal), na seguinte (dis)função: delata para não ser preso; ou delata para ser solto; ou ainda, é solto para delatar. E mais, em processos como esse, as penas aplicadas aos que não fizeram “acordo” são estratosféricas, evidenciando que se criou uma nova função para a pena privativa de liberdade: ao lado das funções de prevenção geral e especial, temos agora a prevenção “negocial”. A mensagem é muito clara: ou colabora e aceita o perverso negócio, ou se prepare para uma pena exemplar. É a comprovação de que o processo penal acabou se transformando em uma perigosa aventura para quem não estiver disposto ao acordo.

Também é preciso que o processo penal brasileiro reposicione o Ministério Público na persecução penal, pois a vingar um modelo negocial, não há mais espaço para os princípios da obrigatoriedade e indisponibilidade da acusação, e a indisponibilidade do objeto do processo penal. São questões que não podem coexistir com a concepção tradicional ainda vigente.

### 3. Crise identitária da jurisdição

Considerando que a imparcialidade do juiz é o Princípio Supremo do Processo<sup>13</sup>, a posição do juiz no processo penal é fundante do sistema (inquisitório ou acusatório), sendo a “crise identitária da jurisdição” a mais grave de todas. Poderíamos considerar que é a “crise primeva”, instituidora de todo o problema, na medida em que vai se refletir nas demais. O ponto nevrálgico reside nessas três perguntas:

1. Qual o lugar do juiz no processo penal?
2. Qual a função desse juiz?
3. A que expectativas deve corresponder a atuação do juiz penal?

As questões propostas são de extrema complexidade, mas inexoravelmente acabam se unindo e mirando para um mesmo ponto comum: o que é a “imparcialidade” judicial?

A imparcialidade é uma construção técnica artificial do direito processual, para criar um terceiro estruturalmente afastado das partes, remontando a estrutura dialética de actum



trium personarum (de Bulgaro de Sassoferato). Obviamente que não se confunde com “neutralidade”, inexistente nas relações sociais, na medida em que o juiz é um juiz-no-mundo.

Esse afastamento estrutural exige que a esfera de atuação do juiz não se confunda com a esfera de atuação das partes, constituindo uma vedação a que o juiz tenha iniciativa acusatória e também probatória. Eis o pecado reducionista de muitos: pensar que basta a mera separação inicial de atividades (acusador-julgador) para termos um processo penal acusatório (e constitucional). O erro está em considerar que essa separação deve ser apenas “inicial”, com um acusador distinto do julgador. Grave reducionismo, porque de nada adianta uma separação inicial se depois permitirmos que o juiz desça e pratique atos tipicamente de parte, por exemplo, determinando a produção de provas de ofício, condenando sem pedido ou nas atuações ex officio (v.g., prisão, busca e apreensão etc., sem pedido).

O ne procedat iudex ex officio deve ser levado a sério e, obviamente, demarcar a posição do juiz durante todo o processo e não apenas no início. O ativismo judicial, o condenar sem pedido, o buscar provas de ofício, tudo isso produz um deslocamento estrutural que fulmina a posição do juiz por sacrificar o princípio supremo do processo: a imparcialidade. Não se pode, repetimos, pensar a estrutura sistêmica do processo e a posição do juiz de forma desconectada da imparcialidade.

Para além disso, a imparcialidade deve ser tratada dentro da sua complexidade conceitual, englobando aquilo que a doutrina italiana chama de “terzietà” (um estranhamento, alheamento), a estética de afastamento e a originalidade cognitiva. E, sempre recordando, que isso somente poderá ser possível no marco do processo penal acusatório.

É claro que a garantia do juiz natural é fundamental, mas sobre isso a doutrina já se debruçou com suficiente profundidade. Nossa preocupação aqui está focada em outra dimensão: a imparcialidade.

O juiz brasileiro – por culpa da estrutura processual adotada – já inicia o processo completamente contaminado e sem a necessária originalidade cognitiva, na medida em que a “prevenção” fixa a competência. Já tratamos desse tema anteriormente<sup>14</sup>, mas é necessário voltar constantemente a ele.

Não é suficiente apenas ter um juiz natural e competente, é necessário que ele reúna algumas qualidades mínimas, para estar apto a desempenhar seu papel de garantidor da eficácia do sistema de garantias da Constituição (função do juiz penal). A imparcialidade do órgão jurisdicional é um “princípio supremo do processo”, fundante da própria estrutura dialética. Como explica Canelutti,<sup>15</sup> el juicio es un mecanismo delicado como un aparato de relojería: basta cambiar la posición de una ruedecilla para que el mecanismo resulte desequilibrado e comprometido. Seguindo Werner Goldschmidt<sup>16</sup>, o termo “partial” expressa a condição de parte na relação jurídica processual e, por isso, a imparcialidade do julgador constitui uma consequência lógica da adoção da heterocomposição, por meio da qual um terceiro imparcial substitui a autonomia das partes.

Já a parcialidade significa um estado subjetivo, emocional, um estado anímico do julgador. A imparcialidade corresponde exatamente a essa posição de terceiro que o Estado ocupa no processo, por meio do juiz, atuando como órgão supraordenado às partes ativa e passiva. Mais do que isso, exige uma posição de terzietà<sup>17</sup>, um estar alheio aos interesses das partes na causa, ou, na síntese de Jacinto Coutinho<sup>18</sup>, não significa que ele está acima das partes, mas que está para além dos interesses delas.

Por isso, W. Goldschmidt<sup>19</sup> sintetiza que la imparcialidad del juez es la resultante de las parcialidades de los abogados [ou das partes].

A imparcialidade pode ser dividida em subjetiva e objetiva.



A imparcialidade subjetiva diz respeito ao estado anímico do juiz, isto é, a ausência de pré-julgamentos em relação àquele caso penal e seu autor. É a inexistência de prévia tomada de decisão, capaz de gerar os pré-juízos que causam um imenso prejuízo.

Essa discussão é muito importante quando se trata de avaliar a contaminação pela tomada prévia de decisões que acabam se aproximando em demasia do próprio julgamento do mérito do caso penal. É o que ocorre, por exemplo, quando o juiz, atendendo a pedido do Ministério Público (mesmo que não seja de ofício, portanto), decreta – na fase pré-processual – medidas cautelares pessoais (v.g., prisão preventiva), uma busca e apreensão, quebra de sigilo telefônico etc.

Enfrentando esses resquícios inquisitórios e a problemática acerca da imparcialidade, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), especialmente nos casos Piersack, de 1º.10.1982, e De Cubber, de 26.10.1984, consagrou o entendimento de que o juiz com poderes investigatórios é incompatível com a função de julgador. Ou seja, se o juiz lançou mão de seu poder investigatório na fase pré-processual, não poderá, na fase processual, ser o julgador. É uma violação do direito ao juiz imparcial consagrado no art. 6.1 do Convênio para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, de 1950. Segundo o TEDH, a contaminação resultante dos “pré-juízos” conduz à falta de imparcialidade subjetiva ou objetiva. Desde o caso Piersack, de 1982, entende-se que a subjetiva alude à convicção pessoal do juiz concreto, que conhece de um determinado assunto e, desse modo, a sua falta de “pré-juízos”.

Importante contribuição nos traz a Teoria da Dissonância Cognitiva para a compreensão da Imparcialidade subjetiva do juiz.

Como explica Schünemann<sup>20</sup>, grave problema existe no fato de o mesmo juiz receber a acusação, realizar a audiência de instrução e julgamento e posteriormente decidir sobre o caso penal. Existe não apenas uma “cumulação de papéis”, mas um “conflito de papéis”, não admitido como regra pelos juízes, que se ancoram na “formação profissional comprometida com a objetividade”. Tal argumento nos remete a uma ingênua crença na “neutralidade” e supervalorização de uma (impossível) objetividade na relação sujeito-objeto, já tão desvelada pela superação do paradigma cartesiano (ainda não completamente compreendido). Ademais, desconsidera a influência do inconsciente, que cruza e permeia toda a linguagem e a dita “razão”.

Em linhas introdutórias, a teoria da “dissonância cognitiva”, desenvolvida na psicologia social, analisa as formas de reação de um indivíduo diante de duas ideias, crenças ou opiniões antagônicas, incompatíveis, geradoras de uma situação desconfortável, bem como a forma de inserção de elementos de “consonância” (mudar uma das crenças ou as duas para torná-las compatíveis, desenvolver novas crenças ou pensamentos etc.) que reduzam a dissonância e, por consequência, a ansiedade e o estresse gerado. Pode-se afirmar que o indivíduo busca – como mecanismo de defesa do ego – encontrar um equilíbrio em seu sistema cognitivo, reduzindo o nível de contradição entre o seu conhecimento e a sua opinião. É um anseio por eliminação das contradições cognitivas, explica Schünemann.

O autor traz a teoria da dissonância cognitiva para o campo do processo penal, aplicando-a diretamente sobre o juiz e sua atuação até a formação da decisão, na medida em que precisa lidar com duas “opiniões” antagônicas, incompatíveis (teses de acusação e defesa), bem como com a “sua opinião” sobre o caso penal, que sempre encontrará antagonismo frente a uma das outras duas (acusação ou defesa). Mais do que isso, considerando que o juiz constrói uma imagem mental dos fatos a partir dos autos do inquérito e da denúncia, para recebê-la, é inafastável o pré-julgamento (agravado quando ele decide anteriormente sobre prisão preventiva, medidas cautelares etc.). É de se supor – afirma Schünemann – que:

[...] tendencialmente o juiz a ela se apegará (a imagem já construída) de modo que ele tentará confirmá-la na audiência (instrução), isto é, tendencialmente deverá



superestimar as informações consoantes e menosprezar as informações dissonantes.

Para diminuir a tensão psíquica gerada pela dissonância cognitiva, haverá dois efeitos (Schünemann):

Efeito inércia ou perseverança: mecanismo de autoconfirmação de hipóteses, superestimando as informações anteriormente consideradas corretas (como as informações fornecidas pelo inquérito ou a denúncia, tanto que ele as acolhe para aceitar a acusação, pedido de medida cautelar etc.);

Busca seletiva de informações: onde se procuram, predominantemente, informações que confirmam a hipótese que em algum momento prévio foi aceita (acolhida pelo ego), gerando o efeito confirmador-tranquilizador.

A partir disso Schünemann desenvolve uma interessante pesquisa de campo que acaba confirmando várias hipóteses, entre elas a já sabida – ainda que empiricamente – por todos: quanto maior for o nível de conhecimento/envolvimento do juiz com a investigação preliminar e o próprio recebimento da acusação, menor é o interesse dele pelas perguntas que a defesa faz para a testemunha e (muito) mais provável é a frequência com que ele condenará. Tanto que, na pesquisa, o autor chega a um dado impressionante: 100% dos juízes que conheceram dos autos da investigação, receberam a denúncia e realizaram a instrução, condenaram. A experiência demonstra que isso tampouco está muito distante da realidade brasileira.

Toda pessoa procura um equilíbrio do seu sistema cognitivo, uma relação não contraditória. A tese da defesa gera uma relação contraditória com as hipóteses iniciais (acusatórias) e conduz à (molesta) dissonância cognitiva. Como consequência existe o efeito inércia ou perseverança, de autoconfirmação das hipóteses, por meio da busca seletiva de informações.

Demonstra Schünemann que o juiz, ao receber a denúncia e posteriormente instruir o feito, passa a ocupar – de fato – a posição de parte contrária diante do acusado que nega os fatos e, por isso, está impedido de realizar uma avaliação imparcial, processar as informações de forma adequada. Grande parte desse problema vem do fato de o juiz ler e estudar os autos da investigação preliminar (inquérito policial) para decidir se recebe ou não a denúncia, para decidir se decreta ou não a prisão preventiva, formando uma imagem mental dos fatos para, depois, passar à “busca por confirmação” dessas hipóteses na instrução. O quadro agrava-se se permitirmos que o juiz, de ofício, vá em busca dessa prova sequer produzida pelo acusador. Enfim, o risco de pré-julgamento é real e tão expressivo que a tendência é separar o juiz que recebe a denúncia (que atua na fase pré-processual) daquele que vai instruir e julgar ao final.

Conforme as pesquisas empíricas do autor, “os juízes dotados de conhecimentos dos autos (a investigação) não apreenderam e não armazenaram corretamente o conteúdo defensivo” presente na instrução, porque eles só apreendiam e armazenavam as informações incriminadoras que confirmavam o que estava na investigação.

O juiz tendencialmente apega-se à imagem do ato que lhe foi transmitida pelos autos da investigação preliminar; informações dissonantes desta imagem inicial são não apenas menosprezadas, como diria a teoria da dissonância, mas frequentemente sequer percebidas.

O quadro mental é agravado pelo chamado “efeito aliança”, onde o juiz tendencialmente se orienta pela avaliação realizada pelo promotor. O juiz “vê não no advogado criminalista, mas apenas no promotor, a pessoa relevante que lhe serve de padrão de orientação”. Inclusive, aponta a pesquisa, o “efeito atenção” diminui drasticamente tão logo o juiz termine sua inquirição e a defesa inicie suas perguntas, a ponto de serem completamente desprezadas na sentença as respostas dadas pelas testemunhas às perguntas do advogado de defesa.



Tudo isso acaba por constituir um “caldo cultural” onde o princípio do *in dubio pro reo* acaba sendo virado de ponta cabeça – na expressão de Schünemann – pois o advogado vê-se incumbido de provar a incorreção da denúncia! Entre as conclusões de Schünemann, encontra-se a impactante constatação de que o juiz é “um terceiro inconscientemente manipulado pelos autos da investigação preliminar”.

Da compreensão da teoria da dissonância cognitiva, aplicada ao processo penal brasileiro, pensamos que:

a) É uma ameaça real e grave para a imparcialidade a atuação de ofício do juiz, especialmente em relação à gestão e iniciativa da prova (ativismo probatório do juiz) e à decretação (de ofício) de medidas restritivas de direitos fundamentais (prisões cautelares, busca e apreensão, quebra de sigilo telefônico etc.), tanto na fase pré-processual como na processual (referente à imparcialidade, nenhuma diferença existe com relação a qual momento ocorra);

b) É uma ameaça real e grave para a imparcialidade o fato de o mesmo juiz receber a acusação e depois, instruir e julgar o feito;

c) Precisamos da figura do “juiz da investigação” (ou juiz das garantias, como preferiu o Projeto do CPP (LGL\1941\8)), que não se confunde com o “juizado de instrução”, sendo responsável pelas decisões acerca de medidas restritivas de direitos fundamentais requeridas pelo investigador (polícia ou MP) e que ao final recebe ou rejeita a denúncia;

d) É imprescindível a exclusão física dos autos do inquérito, permanecendo apenas as provas cautelares ou técnicas irrepetíveis, para evitar a contaminação e o efeito perseverança.

Considerando a complexidade do processo e de termos – obviamente – “um juiz-no-mundo”, deve-se buscar medidas de redução de danos, que diminuam a permeabilidade inquisitória e os riscos para a imparcialidade e a estrutura acusatória constitucionalmente demarcada.

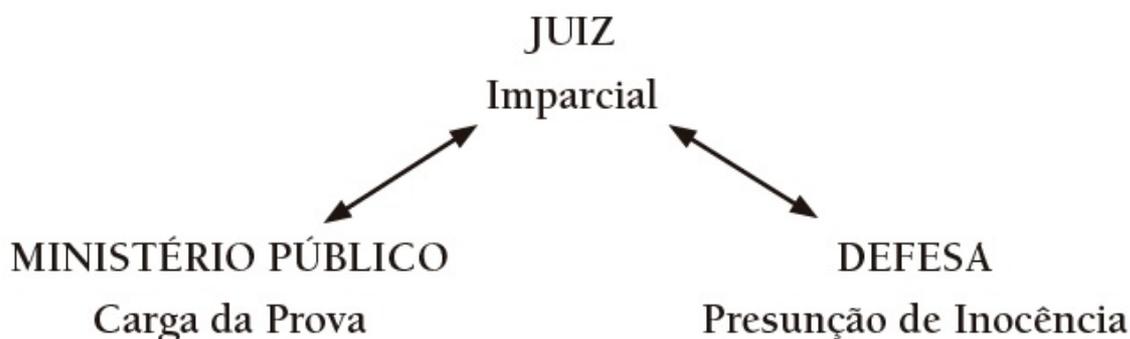
Compreendida a imparcialidade subjetiva, passemos para a imparcialidade objetiva.

A imparcialidade objetiva diz respeito a se tal juiz se encontrar em uma situação dotada de garantias bastantes para dissipar qualquer dúvida razoável acerca de sua imparcialidade. Em ambos os casos, a parcialidade cria a desconfiança e a incerteza na comunidade e nas suas instituições. Não basta estar subjetivamente protegido; é importante que se encontre em uma situação jurídica objetivamente imparcial (é a visibilidade ou estética de imparcialidade a seguir tratada).

O controle da imparcialidade objetiva acaba se mostrando extremamente útil, diante das naturais dificuldades em ingressar na esfera de subjetividade do julgador e também da impossibilidade de comprovação empírica do seu estado anímico.

A imparcialidade objetiva diz respeito a posição que objetivamente o juiz ocupa na estrutura dialética do processo. Já que é discutível a possibilidade de “entrar na cabeça do juiz” para verificar seu estado anímico, sua interioridade, sua subjetividade, entendemos que o verdadeiro controle passa a ser feito a partir das suas condutas, na dimensão objetiva, estrutural. Portanto, não está em debate “as boas ou más intenções” do juiz e tampouco sua motivação, afastando os argumentos genéricos do estilo “boa-fé”, “busca da justiça” e outros “coringas hermenêuticos”.

Para que exista a imparcialidade objetiva ele não pode praticar atos típicos de parte, como é a atuação *ex officio* na busca de provas ou na decretação de uma prisão. Viola a imparcialidade toda vez que o juiz, objetivamente, sair do local estruturalmente demarcado, qual seja, de afastamento da arena das partes. Sempre recordando a estrutura dialética de Bulgaro de Sassoferrato, o juiz obrigatoriamente deve estar e assim permanecer, em situação de afastamento da esfera de atuação das partes:



Quando o juiz sai desse lugar de estranhamento e, descendo, se mistura na “arena das partes”, praticando atos típicos das partes (como é a iniciativa probatória, por exemplo), ele estruturalmente se coloca em posição de parcialidade (ou “partialidade”, na medida em que se confunde com as partes), ferindo de morte a garantia constitucional. É uma questão estrutural, objetivamente comprovável, basta que saia do seu lugar para decretar a quebra da igualdade, do contraditório, e da própria estrutura dialética do processo. Inclusive, evidencia-se falta de uma estética (ou visibilidade) de imparcialidade.

Essa estética de imparcialidade está vinculada a percepção dos jurisdicionados em relação ao juiz, que é fundamental para que exista confiança na jurisdição.

Seguindo essas decisões do TEDH, aduziu o Tribunal Constitucional espanhol (STC 145/88), entre outros fundamentos, que o juiz-instrutor não poderia julgar, pois violava a chamada imparcialidade objetiva, aquela que deriva não da relação do juiz com as partes, mas sim de sua relação com o objeto do processo.

Ainda que a investigação preliminar suponha uma investigação objetiva sobre o fato (consignar e apreciar as circunstâncias tanto adversas como favoráveis ao sujeito passivo), o contato direto com o sujeito passivo e com os fatos e dados pode provocar no ânimo do juiz-instrutor uma série de “pré-juízos” e impressões a favor ou contra o imputado, influenciando no momento de sentenciar.

Destaca o Tribunal uma fundada preocupação com a aparência de imparcialidade (estética de imparcialidade) que o julgador deve transmitir para os submetidos à Administração da Justiça, pois, ainda que não se produza o “pré-juízo”, é difícil evitar a impressão de que o juiz (instrutor) não julga com pleno alheamento. Isso afeta negativamente a confiança que os tribunais de uma sociedade democrática devem inspirar nos justicáveis, especialmente na esfera penal.

Outra decisão sumamente relevante foi proferida pelo TEDH no caso “Castillo-Algar contra España” (STEDH de 28.10.1998), na qual declarou vulnerado o direito a um juiz imparcial o fato de dois magistrados, que haviam formado parte de uma Sala que denegou um recurso interposto na fase pré-processual, também terem participado do julgamento.

Frise-se que esses dois magistrados não atuaram como juízes de instrução, mas apenas haviam participado do julgamento de um recurso interposto contra uma decisão interlocutória tomada no curso da instrução preliminar pelo juiz-instrutor. Isso bastou para que o TEDH entendesse comprometida a imparcialidade deles para julgar em grau recursal a apelação contra a sentença.

Imaginemos o que diria o TEDH diante do sistema brasileiro, em que muitas vezes os integrantes de uma Câmara Criminal irão julgar do primeiro habeas corpus – interposto contra a prisão preventiva –, passando pela apelação e chegando até a decisão sobre os agravos interpostos contra os incidentes da execução penal<sup>21</sup>.



Crer na imparcialidade de quem está totalmente absorvido pelo labor investigador é o que J. Goldschmidt<sup>22</sup> denomina erro psicológico. Foi essa incompatibilidade psicológica que levou ao descrédito do modelo inquisitório. Sem dúvida, chegou o momento de repensar a prevenção e também a relação juiz/inquerito, pois, em vez de caminhar em direção à figura do juiz garante ou de garantias, alheio à investigação e verdadeiro órgão suprapartes, está sendo tomado o caminho errado do juiz-instrutor. Jacinto Coutinho<sup>23</sup> aponta o erro da visão tradicional, que tem a larga desvantagem de desconectar a matéria referente à competência do princípio do juiz natural. Deve-se descortinar essa cruel estrutura e assumir o problema.

Por fim, a crise identitária da jurisdição também está diretamente relacionada com a questão dos sistemas processuais (inquisitório ou acusatório).

Não são raras as situações em que o juiz se coloca em posição de "corresponder às expectativas<sup>24</sup> sociais ou midiáticas criadas" e assume um papel próximo a de justiceiro, agindo ativamente na "busca da verdade"<sup>25</sup>. Esse ativismo judicial é nota característica do sistema inquisitório.

A imparcialidade cai por terra quando se atribuem poderes instrutórios (ou investigatórios) ao juiz, pois a gestão ou iniciativa probatória é característica essencial do princípio inquisitivo, que leva, por consequência, a fundar um sistema inquisitório como ensina Jacinto Coutinho. A gestão/iniciativa probatória nas mãos do juiz conduz à figura do juiz-ator (e não espectador), núcleo do sistema inquisitório. Logo, destrói-se a estrutura dialética do processo penal, o contraditório, a igualdade de tratamento e oportunidades e, por derradeiro, a imparcialidade, sempre recordando que se pode pensar sistema acusatório desconectado do princípio da imparcialidade e do contraditório, sob pena de incorrer em grave reducionismo. A imparcialidade é garantida pelo modelo acusatório e sacrificada no sistema inquisitório, de modo que somente haverá condições de possibilidade da imparcialidade quando existir, além da separação inicial das funções de acusar e julgar, um afastamento do juiz da atividade investigatória/instrutória.

É isso que precisa ser compreendido por aqueles que pensam ser suficiente a separação entre acusação-julgador para constituição do sistema acusatório no modelo-constitucional contemporâneo. É um erro separar em conceitos estanques a imensa complexidade do processo penal, fechando os olhos para o fato de que a posição do juiz define o nível de eficácia do contraditório e, principalmente, da imparcialidade.

A imparcialidade do juiz fica evidentemente comprometida quando estamos diante de um juiz-instrutor (poderes investigatórios) ou quando lhe atribuímos poderes de gestão/iniciativa probatória. É um contraste que se estabelece entre a posição totalmente ativa e atuante do instrutor, contrastando com a inércia que caracteriza o julgador. Um é sinônimo de atividade, e o outro, de inércia.

Centraremos-nos na problemática figura do juiz com poderes instrutórios/investigatórios cujo núcleo está não só no famigerado art. 156 do CPP (LGL\1941\8), mas também na possibilidade de o juiz, de ofício, converter a prisão em flagrante em prisão preventiva (o que representa o mesmo que poder decretar a prisão de ofício), art. 310 do CPP (LGL\1941\8); determinar o sequestro de bens, art. 127 do CPP (LGL\1941\8); decretar a busca e apreensão, art. 242 do CPP (LGL\1941\8); ouvir outras testemunhas, além das arroladas pelas partes, art. 209 do CPP (LGL\1941\8); condenar ainda que o Ministério Público tenha pedido a absolvição (art. 385) etc.

Esse último exemplo – art. 385 do CPP (LGL\1941\8) – é bastante sintomático do nível de involução do processo penal brasileiro: o juiz condenando diante do pedido expresso de absolvição do MP. Significa dizer que ele está condenando sem pedido, violando o Princípio da Correlação e deixando de lado o *ne procedat iudex ex officio*. Tudo isso é absolutamente incompatível com a estrutura acusatória e com a imparcialidade exigida do julgador.



Especificamente no que tange ao art. 156 do CPP (LGL\1941\8), a questão é igualmente sensível. É insuficiente pensar que o sistema acusatório se funda a partir da separação inicial das atividades de acusar e julgar. Isso é um reducionismo que desconsidera a complexa fenomenologia do processo penal. De nada basta uma separação inicial, com o Ministério Público formulando a acusação, se depois, ao longo do procedimento, permitirmos que o juiz assuma um papel ativo na busca da prova ou mesmo na prática de atos tipicamente da parte acusadora. Nesse contexto, o art. 156 do CPP (LGL\1941\8) funda um sistema inquisitório e fere de morte a imparcialidade judicial.

Em definitivo, pensamos que a imparcialidade é o princípio supremo do processo e caminha junto com a estrutura acusatória que necessariamente deve ser adotada. A prevenção deve ser uma causa de exclusão da competência. O juiz-instrutor é prevenido e como tal não pode julgar. Sua imparcialidade está comprometida não só pela atividade de reunir o material ou estar em contato com as fontes de investigação, mas pelos diversos prejulgamentos que realiza no curso da investigação preliminar<sup>26</sup> (como na adoção de medidas cautelares, busca e apreensão, autorização para intervenção telefônica etc.).

#### 4.A crise de (in)eficácia do regime de liberdade no processo penal

O último vértice da grande crise do processo penal está relacionado com a eficácia ou ineficácia do regime de liberdade ao qual é submetido o acusado. O tema está diretamente relacionado ao binômio prisão cautelar-liberdade e, por consequência, à eficácia da presunção constitucional e convencional de inocência. Novamente parafraseando Goldschmidt (e sua concepção de processo penal como termômetro dos elementos autoritários ou democráticos da Constituição), podemos afirmar que o nível de civilidade de um povo pode ser medido pelo maior ou menor respeito à liberdade individual e à presunção de inocência.

O Brasil, enquanto democracia jovem e com grandes instabilidades econômicas e políticas, é um exemplo dos altos e baixos aos quais os direitos fundamentais são submetidos, diante da forte tensão existente entre o populismo punitivo e as garantias constitucionais.

A banalização da prisão cautelar<sup>27</sup> tem um forte componente simbólico e de correspondência às expectativas sociais criadas em torno da punição, na medida em que se situa no eterno conflito entre tempo social x tempo do direito. Uma sociedade regida pela velocidade e hiperacelerada, dominada pelo instantâneo, não está acostumada a esperar. Por conta disso, diante de um crime, existe um imenso mal-estar em ter que esperar pelo processo e o tempo do direito, ou seja, a temporalidade do processo enquanto caminho necessário para se chegar na pena é vista – sempre, qualquer que seja a duração – como uma dilação insuportável, jamais correspondendo a ambição de velocidade e a ilusão de justiça imediata. Nesse contexto, a prisão cautelar é a satisfação plena do anseio mítico, vista como um encurtamento entre fato e punição, sem a intermediação do processo. As pessoas simplesmente não querem esperar o fim do processo para ter punição (e nem cogitam a opção “não ter punição=absolvição”) e o juiz, quando na batalha das expectativas (Rui Cunha Martins), se situa ao lado das expectativas sociais criadas, vai contribuir para a degeneração processual da prisão cautelar. É complicado pretender, com o monólogo jurídico, dar conta dessa complexidade. Trata-se de uma questão cultural e, por isso, para romper com essa “cultura” é preciso mudar “cabeças” e não apenas a “lei”. Significa dizer que se deve produzir um choque cultural a partir de uma mudança legislativa radical e forte, o que não foi obtido com a Lei 12.403/2011.

O problema da (in)eficácia do regime de liberdade no processo penal está diretamente relacionado com a compressão conceitual que se pretende dar à presunção constitucional e convencional de inocência. Não se compreende (ou não se quer efetivar) o que significa, inicialmente, o termo “presunção” para o processo penal. Para além do lugar comum juridicamente demarcado (juris et de jure ou juris tantum) interessa



compreender que presunção de inocência impõe, inicialmente, uma pré-ocupação de espaços mentais do julgador e por consequência, uma preocupação<sup>28</sup>. Um juiz consciente do seu lugar e função, deve(ria) entrar no processo mentalmente comprometido<sup>29</sup> com esse estado, somente abrindo mão dele, quando plenamente convencido (pelo menos, além da dúvida razoável – reasonable doubt) diante da prova produzida pela acusação. A presunção de inocência<sup>30</sup> constitui “regra de tratamento” e “regra de julgamento” dirigida (não apenas, mas) essencialmente ao juiz.

Em texto de 2003, intitulado “Sobre la jurisdicción criminal en Brasil, hoy. Carta abierta de un juez brasileño a un juez español”<sup>31</sup>, Amilton Bueno De Carvalho já trazia uma preciosa definição da Presunção de Inocência. Explica o autor que ela exige uma atuação real e efetiva do julgador, orientada a inocência, como algo ativo e não passivo. Diz Amilton:

[...] la última es la hipótesis teórica básica que me anima: llego a todos los procesos convencidos de la inocencia (hay un perjuicio con base en el principio de la presunción) y sólo condeno cuando no fuera posible, a pesar de todos los esfuerzos interpretativos, absolver [...]. Y cuando tengo que condenar, entonces hago todo lo posible por conceber beneficio que no llevan al condenado a la cárcel.

É a expressão máxima do que seja a presunção de inocência como uma “pré-ocupação” dos espaços mentais do julgador, bem refletindo o espaço que ela precisa ocupar no processo enquanto dever de tratamento e regra de julgamento.

A incompreensão do alcance da Presunção de Inocência nos remete, novamente, à própria crise identitária da jurisdição, anteriormente tratada. Contudo, nesse breve espaço, vamos focar na tensão entre a Presunção de Inocência – enquanto regra de tratamento – e a questão da prisão cautelar.

Por uma falha cognitiva acerca das expectativas, não raras vezes o juiz busca a satisfação das expectativas populares e, por conta disso, banaliza a prisão cautelar para sedar a opinião pública, para dar uma resposta imediata, para “combater a impunidade”. Nessa linha, o sistema jurídico-processual acaba lhe dando (erroneamente) abrigo, ao prever verdadeiras “cláusulas genéricas para prender”, especialmente com a prisão preventiva para garantia da ordem pública. O cenário é ainda mais grave, se considerarmos que o art. 311 do CPP (LGL\1941\8) permite que o juiz prenda preventivamente de ofício, no curso do processo<sup>32</sup>. Há um duplo absurdo: o juiz prendendo de ofício, sem pedido; e a possibilidade de ele decretar uma prisão preventiva para garantia da ordem pública (o que é isso?). É o máximo do decisionismo autoritário da jurisdição, absolutamente incompatível com o sistema acusatório, a imparcialidade, as regras de formação do convencimento judicial e todo o arcabouço do devido processo penal.

Mas, para além, existe uma absurda banalização da prisão preventiva, uma grave degeneração, que a transformou em uma medida processual em atividade tipicamente de polícia, utilizando-as indevidamente como medidas de segurança pública. Quando se mantém uma pessoa presa em nome da ordem pública, diante da reiteração de delitos e o risco de novas práticas, está se atendendo não ao processo penal, mas sim a uma função de polícia do Estado, completamente alheia ao objeto e ao fundamento do processo penal.

Sobre a banalização da prisão cautelar e a excessiva relativização dos Princípios da Excepcionalidade e Proporcionalidade, é importante recordar a lição de Carnelutti,<sup>33</sup>

[...] as exigências do processo penal são de tal natureza que induzem a colocar o imputado em uma situação absolutamente análoga ao de condenado. É necessário algo mais para advertir que a prisão do imputado, junto com sua submissão, tem, sem embargo, um elevado custo? O custo se paga, desgraçadamente em moeda justa, quando o imputado, em lugar de culpado, é inocente, e já sofreu, como inocente, uma medida análoga à pena; não se esqueça que se a prisão ajuda a impedir que o imputado



realize manobras desonestas para criar falsas provas ou para destruir provas verdadeiras, mais de uma vez prejudica a justiça, porque, ao contrário, lhe impossibilita de buscar e de proporcionar provas úteis para que o juiz conheça a verdade. A prisão preventiva do imputado se assemelha a um daqueles remédios heróicos que devem ser ministrados pelo médico com suma prudência, porque podem curar o enfermo, mas também pode ocasionar-lhe um mal mais grave; quiçá uma comparação eficaz se possa fazer com a anestesia, e sobre tudo com a anestesia geral, a qual é um meio indispensável para o cirurgião, mas ah se este abusa dela!

Como aponta Sanguiné,<sup>34</sup>

[...] quando se argumenta com razões de exemplaridade, de eficácia da prisão preventiva na luta contra a delinquência e para restabelecer o sentimento de confiança dos cidadãos no ordenamento jurídico, aplacar o clamor público criado pelo delito, etc. que evidentemente nada tem a ver com os fins puramente cautelares e processuais que oficialmente se atribuem à instituição, na realidade, se introduzem elementos estranhos à natureza cautelar e processual que oficialmente se atribuem à instituição, questionáveis tanto desde o ponto de vista jurídico-constitucional como da perspectiva político-criminal. Isso revela que a prisão preventiva cumpre funções reais (preventivas gerais e especiais) de pena antecipada incompatíveis com sua natureza.

Grave problema encerra ainda a prisão para garantia da ordem pública, pois se trata de um conceito vago, impreciso, indeterminado e despido de qualquer referencial semântico. Sua origem remonta à Alemanha da década de 1930, período em que o nazifascismo buscava exatamente isto: uma autorização geral e aberta para prender. Até hoje, ainda que de forma mais dissimulada, tem servido a diferentes senhores, adeptos dos discursos autoritários e utilitaristas, que tão "bem" sabem utilizar dessas cláusulas genéricas e indeterminadas do Direito para fazer valer seus atos prepotentes.

O art. 312 do CPP (LGL\1941\8) contém uma "anemia semântica", explica Moraes da Rosa<sup>35</sup>, pois basta um pouco de conhecimento de estrutura linguística para construir artificialmente esses requisitos, cuja "falsificação" é inverificável. O grande problema é que, uma vez decretada a prisão, os argumentos "falsificados" pela construção linguística são inverificáveis e, portanto, irrefutáveis. Se alguém é preso porque o juiz aponta a existência de risco de fuga, uma vez efetivada a medida, desaparece o (pseudo)risco, sendo impossível refutar, pois o argumento construído (ou falsificado) desaparece.

Ademais, o preenchimento semântico (dos requisitos) é completamente retórico. O "clamor público", tão usado para fundamentar a prisão preventiva, acaba confundindo-se com a opinião pública, ou melhor, com a opinião "publicada". Há que se atentar para uma interessante manobra feita rotineiramente: explora-se, midiaticamente, determinado fato (uma das muitas "operações" com nomes sedutores, o que não deixa de ser uma interessante manobra de marketing policial), muitas vezes com proposital vazamento de informações, gravações telefônicas e outras provas colhidas, para colocar o fato na pauta pública de discussão (a conhecida teoria do agendamento).

Explorado midiaticamente, o pedido de prisão vem na continuação, sob o argumento da necessidade de tutela da ordem pública, pois existe um "clamor social" diante dos fatos. Ou seja, constrói-se midiaticamente o pressuposto da posterior prisão cautelar. Na verdade, a situação fática apontada nunca existiu; trata-se de argumento forjado. É substancialmente inconstitucional e inconveniente atribuir à prisão cautelar a função de controlar o alarma social e, por mais respeitáveis que sejam os sentimentos de vingança, nem a prisão preventiva pode servir como pena antecipada e fins de prevenção, nem o Estado, enquanto reserva ética, pode assumir esse papel vingativo.

Obviamente que a prisão preventiva para garantia da ordem pública não é cautelar, pois não tutela o processo, sendo, portanto, flagrantemente inconstitucional, até porque, nessa matéria, é imprescindível a estrita observância do princípio da legalidade e da



taxatividade. Considerando a natureza dos direitos limitados (liberdade e presunção de inocência), é absolutamente inadmissível uma interpretação extensiva (*in malam partem*) que amplie o conceito de “cautelar” até o ponto de transformá-la em “medida de segurança pública”. Sem falar no (ab)uso da prisão preventiva para forçar a delação premiada. A realidade no Brasil, em épocas de processo penal “lavado a jato” é: delata para não ser preso; é preso para delatar; ou é solto para delatar. Em qualquer caso, a ameaça de prisão preventiva é usada como moeda de negociação, subvertendo completamente seus fundamentos.

Mas não é apenas na prisão preventiva que existe um ilegítimo estrangulamento da esfera de liberdade do indivíduo no processo penal. Também a prisão em flagrante é sintoma disso.

Como já explicamos em outra oportunidade<sup>36</sup>, a prisão em flagrante não é uma medida cautelar, ao contrário do que a quase totalidade da doutrina nacional e a totalidade da jurisprudência entendiam até a Reforma de 2011. Prisão em flagrante é “medida precauteladora”, preparatória, dada sua precariedade de requisitos, duração e finalidade. Banacloche Palao<sup>37</sup> explica que a prisão em flagrante en ningún caso se dirige a asegurar ni la eventual ejecución de la pena, ni tampoco la presencia del imputado en la fase decisoria del proceso. Na mesma linha, Ferraioli e Dalia<sup>38</sup>: l’arresto in flagranza é uma Misura Pre-Cautelari Personali. Ainda que utilize uma denominação diferente, a posição de Cordero<sup>39</sup> é igual a nossa. Para o autor, a prisão em flagrante é uma “subcautela”, na medida em que serve de prelúdio (preludio subcautelador) para eventuais medidas coativas pessoais, garantindo sua execução.

Portanto, prisão em flagrante não é uma medida cautelar, mas preparatória de uma cautelar (que será a prisão temporária ou preventiva) e, portanto, jamais alguém poderia ficar preso além do prazo de 24h a título de “prisão em flagrante”, como se fez no Brasil durante décadas. Era um absurdo a prática judicial de “homologar o flagrante e manter a prisão”, sem enfrentamento estrito e fundamentado dos requisitos da prisão preventiva e sua formal decretação. O imputado ficava preso a título de “prisão em flagrante”, como se essa prisão tivesse suficiência jurídica para isso. Com a Reforma de 2011 e a nova redação do art. 310, esse cenário felizmente mudou, mas ainda persistem dois grandes problemas:

- a) A não efetivação da audiência de custódia, através de Lei (não de resolução) e em todas as cidades brasileiras;
- b) A ilegal construção jurisprudencial de que poderia haver uma “conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva” de ofício pelo juiz.

Em relação ao primeiro ponto, sustentamos a absoluta imprescindibilidade de implantação da audiência de custódia, pois representa um grande passo no sentido da evolução civilizatória do processo penal brasileiro e já chega com muito atraso (e ainda sofre críticas injustas e infundadas). É um instrumento importante para aferir a legalidade das prisões e dar eficácia ao art. 319 do CPP (LGL\1941\8) e às medidas cautelares diversas. Mas é preciso que se respeite a “reserva de lei”, com a edição de uma lei ordinária (que altere o CPP (LGL\1941\8)) e discipline claramente sua implantação – de forma igual – em todas as comarcas (e não apenas nas capitais ou principais cidades). Atualmente estamos vendo os Estados legislarem (violando a reserva da União para legislar em matéria processual penal) à la carte, ou seja, sem uniformidade. Trata-se de respeitar a reserva de lei e o princípio da igualdade.

Quanto ao segundo ponto, a chamada “conversão de ofício” da prisão em flagrante em preventiva, é uma equivocada construção jurisprudencial, de viés consequencialista-punitivista, que despreza a estrutura constitucional acusatória e a própria legalidade (art. 311 do CPP (LGL\1941\8)). O art. 310 do CPP (LGL\1941\8) não autoriza a que se sustente a possibilidade de o juiz, homologando uma prisão em flagrante, decreta, de ofício, ou seja, sem pedido do MP ou representação da autoridade



policial. A tal conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva equivale, fática e juridicamente, ao “decretar de ofício” a prisão preventiva. Ou seja, o resultado final da conversão é faticamente o mesmo que decretar a prisão preventiva de ofício. E, nesse caso, além de clara violação das regras básicas do sistema acusatório-constitucional, viola-se frontalmente a regra insculpida no art. 311, que somente autoriza a prisão preventiva decretada de ofício na fase processual, nunca na fase pré-processual.

Noutra dimensão, a liberdade durante o processo sofreu um duro golpe com a equivocadíssima decisão proferida pelo STF no HC 126.292 e a chancela da chamada “execução antecipada da pena”. Em apertada síntese, não se pode concordar com a decisão do STF porque:

1. O Brasil recepcionou a presunção de inocência – estágio pós-presunção de não culpabilidade – de forma expressa no art. 8.2 da CADH e também no art. 5º, LVII, da CF (LGL\1988\3), concebida como um dever de tratamento e também regra de julgamento. A decisão do STF faz exatamente o oposto: trata como culpado, pois equipara a situação fática e jurídica de um “processado” com a de um condenado definitivamente.

2. Como explica Geraldo Prado<sup>40</sup>, a presunção de inocência é cláusula pétrea e princípio reitor do processo penal brasileiro, estabelecendo uma relação com o conceito jurídico de culpabilidade adotado no Brasil. Não adotamos o modelo norte-americano de processo penal, assentado no paradigma de controle social do delito sobre o qual se estrutura um conceito operacional de culpabilidade fática; todo o oposto, nosso sistema estrutura-se sobre o conceito jurídico de culpabilidade, que repousa na presunção de inocência. Em apertada síntese, o conceito normativo de culpabilidade exige que somente se possa falar em (e tratar como) culpado, após o transcurso inteiro do processo penal e sua finalização com a imutabilidade da condenação. E, mais, somente se pode afirmar que está “comprovada legalmente a culpa” como exige o artigo 8.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos, com o trânsito em julgado da decisão condenatória.

3. E o caráter “extraordinário” dos recursos especial e extraordinário? Em nada afeta, porque o caráter “extraordinário” desses recursos não altera ou influi no conceito de trânsito em julgado expressamente estabelecido como marco final do processo (culpabilidade normativa) e inicial para o “tratamento de culpado”. É preciso compreender que os conceitos no processo penal têm fonte e história e não cabe que sejam manejados irrefletidamente (Geraldo Prado) ou distorcidos de forma autoritária e a “golpes de decisão”. Não pode o STF imaginar que pode reinventar conceitos processuais assentados em – literalmente – séculos de estudo e discussão, bem como em milhares e milhares de páginas de doutrina. O STF é o guardião da Constituição, não seu dono e tampouco o criador do Direito Processual Penal ou de suas categorias jurídicas. O STF não pode “criar” um novo conceito de trânsito em julgado, numa postura solipsista e aspirando ser o marco zero de interpretação.

4. E a ausência de “efeito suspensivo” nesses recursos? Mais uma herança (perversa) da Teoria Geral do Processo que volta para assombrar. Além de o artigo 27, § 2º da Lei 8.038 não ser aplicável ao processo penal, por desconsiderar suas categorias jurídicas próprias, há que se compreender que o problema (de prender-se antes do trânsito em julgado e sem caráter cautelar) não se reduz ao mero “efeito recursal”. É da liberdade de alguém que estamos tratando e, portanto, da esfera de compressão dos direitos e liberdades individuais, tutelados – entre outros princípios – pela presunção de inocência.

5. E a invocação do “direito comparado” para justificar? Uma falácia comparativista. Para invocar o direito comparado é preciso saber os limites da “comparação”, não apenas pela impossibilidade de trazer-se categorias do common law para um sistema civil law, mas também por insuperáveis obstáculos constitucionais. Efetivamente não interessa, nesse terreno, o que digam as “outras” Constituições, mas sim o que diz a Constituição brasileira, que tem um marco expressamente consagrado: “trânsito em julgado”. Ademais, os países invocados nos votos dos Ministros, já possuem órgão colegiado em primeiro grau e não admitem que se chegue, pela via recursal, além do segundo grau de



jurisdição. O que se tem depois, são ações de impugnação, com caráter rescisório, desconstitutivas da coisa julgada que já se operou. São estruturas completamente diferentes e uma inadequação metodológica sua invocação.

6. O argumento do “baixo número” de Recursos Especiais e Extraordinários defensivos admitidos? É partir de uma premissa absolutamente equivocada, pois a legitimação dos recursos extraordinários não é “quantitativa”, não depende do número de recursos providos. Como a presunção de inocência não depende do número de sentenças absolutórias. É um argumento falacioso como foi, no passado, a crítica de Manzini<sup>41</sup> à presunção de inocência, onde o processualista fascista disse que era irracional e paradoxal a defesa do princípio na medida em que o “normal das coisas” era presumir-se o fundamento da imputação como verdadeiro. E vai além, ao afirmar que se a maior parte dos imputados resultava culpado ao final do processo, não havia nada que justificasse a presunção de inocência. É mais ou menos o mesmo que dizer: já que a maior parte dos recursos especial e extraordinário interpostos pela defesa não são acolhidos, vamos presumir que são infundados e desnecessários, podendo prender primeiro e decidir depois. Sem falar que as pesquisas quantitativas publicadas mostram que o número é significativo, principalmente se considerarmos as imensas limitações de acesso aos tribunais superiores impostas por uma imensa quantidade de súmulas proibitivas, mais a necessidade de pré-questionamento e, finalmente, a necessidade de demonstração de repercussão geral. Enfim, é um argumento insustentável.

7. O problema é que não se pode esperar até o trânsito em julgado, isso gera sensação de impunidade e até a prescrição. Esse é mais um argumento populista do que propriamente jurídico. De qualquer forma, há que se encontrar o difícil equilíbrio entre a (de)mora jurisdicional e o atropelo de direitos e garantias fundamentais. Devemos buscar a diminuição dos “tempos mortos” (como denomina Mario Chiavario) e melhorar a dinâmica procedimental. Essa é uma discussão válida e complexa, que está sendo reduzida e pseudossolucionada com a possibilidade de execução antecipada da pena. É um efeito sedante apenas, pois nada foi feito para efetivamente agilizar o julgamento dos recursos especial e extraordinário. Eles continuarão demorando para serem julgados, com a agravante de que agora os acusados ficarão presos. Não se resolveu o problema (demora) e apenas se sacrificou direitos fundamentais para corresponder (erroneamente) a expectativas sociais criadas em torno do julgamento penal.

Enfim, por qualquer ângulo que se mire, a decisão proferida pelo STF é um grande erro. Convém destacara a inexistência de um “estudo de impacto carcerário” que essa decisão poderá causar, especialmente diante de um sistema carcerário caótico, superlotado e descontrolado, que foi considerado – pelo próprio STF – como inconstitucional (ADPF 347 MC/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 09.09.2015 (Info 798). Como o STF reconhece: a) violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais; b) inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura; c) a existência de uma situação que exige a atuação não apenas de um órgão, mas sim de uma pluralidade de autoridades para resolver o problema; e profere uma decisão dessa natureza? Esquizofrenia jurisdicional ou bipolaridade extrema? Reconhece tudo isso e profere uma decisão completamente descomprometida com a situação apontada, agravando-a substancialmente?

Sem dúvida essa decisão constitui um marco, que agudizou a crise de (in)eficácia do regime de liberdade no processo penal e precisa ser urgentemente revisada.

## 5. Conclusões

Não se pode mais operar, exclusivamente, na matriz do princípio da necessidade. A ampliação dos espaços de consenso exige aperfeiçoamento normativo e também das práticas judiciais. Se, por um lado, nenhum sistema judicial será suficiente para dar conta do volume absurdo de julgamentos quando se pretende ter 80 a 90% dos casos penais processados, como ambiciona o modelo brasileiro (dada a limitação da transação penal e da suspensão condicional do processo), tampouco nos parece adequado que o



espaço negocial chegue a 90% das situações processadas (como no modelo americano de plea bargain). A experiência da “delação à brasileira” tem-se mostrado um desastre aos olhos da Constituição, da Convenção Americana de Direitos Humanos e do próprio direito penal/processual penal. Acordos sem controle, regimes de pena inexistentes, reduções para além dos casos previstos em lei, uso da prisão preventiva como instrumento de coação/pressão, enfim, toda uma gama de patologias que evidenciam a disfuncionalidade do instrumento. É preciso musculatura normativa e revisão das práticas judiciais para que o instituto não perca credibilidade e tampouco se transforme em distribuição diferenciada de impunidade por parte do Ministério Público, com indevidos espaços de discricionariedade. É o momento de se situar e definir que processo penal queremos. Sem esquecer que corremos um grande risco: de a Reforma do CPP (LGL\1941\8) já chegar velha e defasada, a continuar nos termos em que está o PL 8.045/2010.

O ponto mais grave da crise processual penal brasileira é a crise identitária da jurisdição penal. O juiz criminal brasileiro não tem uma visão clara de qual é o seu “lugar” no processo e tampouco a que expectativas deve corresponder. Assumem, não raras vezes e com “boas intenções”, o papel de justiceiros, comprometidos com a eficácia punitivista do processo e com o atendimento das expectativas sociais (de segurança pública) criadas. A equivalência axiológica da jurisdição (no sentido de que condenar ou absolver são valores equivalentes em termos de eficácia da jurisdição) e a importância do estrito respeito às regras do jogo, são vistas como obstáculos à efetivação do poder punitivo, subvertendo os postulados primários de legitimação da jurisdição penal. Por conta disso, não se rompe com a cultura inquisitória e não se consegue efetivar o projeto democrático-acusatório. A imparcialidade judicial, que precisa ser assumida como princípio supremo do processo, é incompatível com as práticas judiciais brasileiras, na medida em que o juiz brasileiro já entra no processo contaminado (pois a prevenção fixa a competência) e, uma vez no processo, posta-se como responsável pela “busca da verdade”. Não só precisamos abandonar esse critério, como é preciso consagrar a figura do juiz das garantias, excluir o inquérito de dentro do processo, e fazer com que os juízes tomem o “seu assento”, não como responsáveis pela limpeza social ou o (r)estabelecimento da “segurança pública” (anseio infantil e mitológico por segurança), mas sim como um terceiro em posição de estranhamento, alheamento em relação à arena das partes (onde defesa e acusação lutam pela captura psíquica do julgador, que precisa estar disponível à conquista e não contaminado e fechado diante dos pré-julgamentos elaborados na solidão da inquisição (como define Cordero), responsável pela máxima eficácia das regras do jogo e guardião da eficácia da Constituição.

Por fim, é preciso romper com o preconceito em relação à liberdade (especialmente, mas não apenas) no processo, restabelecendo a prisão preventiva como excepcional, provisória e provisional, além de clara e taxativamente prevista em lei (abandonando a anemia semântica da “garantia da ordem pública”). A execução antecipada da pena foi um dos maiores erros que o STF cometeu nessas últimas décadas, por qualquer ângulo que se mire, inclusive aos olhos do próprio STF, que no passado declarou o estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário e agora profere uma decisão dessa natureza. A esquizofrenia jurisdicional é (mais uma) consequência da crise denunciada.

## 6. Referências bibliográficas

ALONSO, Pedro Aragoneses. *Proceso y Derecho Procesal*. 2. ed. Madrid: Edersa, 1997.

CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. “Colaboração premiada e auxílio judiciário em matéria penal: a ordem pública como obstáculo à cooperação com a operação Lava Jato”. In: *Revista de Legislação e Jurisprudência*. Ano 146, n. 4000, setembro/outubro de 2016.

CARNELUTTI, Francesco. “Poner en su puesto al Ministerio Publico”. In: *Cuestiones sobre el proceso penal*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: El Foro, 1960.



CARNELUTTI, Francesco. Derecho Procesal Civil y Penal. Trad. Enrique Figueroa Alfonso. México: Episa, 1997.

CARNELUTTI, Francesco. Lecciones sobre el Proceso Penal. Trad. Santiago Santis Melendo. Buenos Aires: Editora Bosch, 1950. v. II. p. 75.

CARVALHO, Amilton Bueno de. "Lei, para que(m)?" In: Escritos de Direito e Processo Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CARVALHO, Amilton Bueno de. Direito Alternativo em movimento. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CORDERO, Franco. Procedimiento penal. Bogotá: Themis, 2000. v. 1.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. "Efetividade do Processo Penal e Golpe de Cena: Um Problema às Reformas Processuais". In: WUNDERLICH, Alexandre (Coord.). Escritos de Direito e Processo Penal em Homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. "Glosas ao Verdade, Dúvida e Certeza de Francesco Carnelutti, para os operadores do Direito". In: Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. "Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro". In: Separata do Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais, ITEC, Porto Alegre, 2000.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. "O papel do novo juiz no processo penal". In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DIAS, Jorge Figueiredo; COSTA ANDRADE, Manuel. Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena. Coimbra, 1992.

DIAS, Jorge Figueiredo. Acordos sobre a sentença em processo penal. Edição Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados. Porto, 2011

FERRAIOLI, Marzia; DALIA, Andrea Antonio. Manuale di diritto processuale penale. Padova: Cedam, 1997.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. 2. ed. Madrid, Trotta, 1997.

GOLDSCHMIDT, James. Problemas jurídicos y políticos del proceso penal. Barcelona: Bosch, 1935.

GOLDSCHMIDT, Werner. "La Imparcialidad como Principio Básico del Proceso". In: Revista de Derecho Procesal, n. 2, 1950.

GOLDSCHMIDT, Werner. Introducción Filosófica al Derecho. 6. ed. Buenos Aires: Depalma, 1987.

GOMES, Luiz Flávio. Há diferença entre colaboração e delação premiada? Disponível em: [[www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/ha-diferenca-entre-colaboracao--e-delacao-premiada/147](http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/ha-diferenca-entre-colaboracao--e-delacao-premiada/147)]

GUARNERI, José. Las partes en el proceso penal. México: Editorial José M. Cajica, 1952.

KHALED JR., Salah. A Busca da Verdade no Processo Penal. São Paulo: Atlas, 2013.

LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES JR., Aury. Fundamentos do Processo Penal. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.



- MANZINI, Vincenzo. Tratado de Derecho Procesal Penal. EJE, 1951. t. I.
- MARTINS, Rui Cunha. A hora dos cadáveres adiados. São Paulo: Atlas, 2013.
- MARTINS, Rui Cunha. O ponto cego do direito. São Paulo: Atlas, 2013.
- OST, François. O tempo do direito. Lisboa: Piaget, 1999.
- PALAO, Julio Banacloche. La libertad personal y sus limitaciones. Madrid: Mc Graw Hill, 1996.
- PRADO, Geraldo. "O trânsito em julgado da decisão penal condenatória". In: Boletim do IBCCrim, n. 277, dezembro de 2015.
- PRADO, Geraldo. Transação Penal. Elementos para uma análise crítica da transação penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- SANGUINÉ, Odone. "A Inconstitucionalidade do Clamor Público como Fundamento da Prisão Preventiva". In: Revista de Estudos Criminais, n. 10.
- SANTOS, Andrés de la Oliva. Jueces Imparciales, Fiscales Investigadores y Nueva Reforma para la Vieja Crisis de la Justicia Penal. Barcelona: PPU, 1988.
- SCHÜNEMANN, Bernd. Estudos de Direito Penal e Processual Penal e filosofia do direito. Org. Luís Greco. São Paulo: Ed. Marcial Pons, 2013.
- VASCONCELLOS, Vinicius G. Barganha e Justiça Criminal Negocial. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

---

1 O presente trabalho insere-se entre os resultados parciais do Grupo de Pesquisa "Processo Penal e Estado Democrático de Direito: a instrumentalidade constitucional como limitação do poder punitivo", registrado no CNPq e realizado no âmbito do Programa de Pós-graduação em Ciências Criminais da PUCRS.

2 OST, François. O tempo do direito. Lisboa: Piaget, 1999.

3 FIGUEIREDO DIAS, Jorge. Acordos sobre a sentença em processo penal. Edição Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados. Porto, 2011. p.16.

4 Para o estudo do Juizado Especial Criminal, composição dos danos civis, transação penal e suspensão condicional do processo, remetemos o leitor para nossa obra Direito processual penal, publicada pela Editora Saraiva.

5 Sobre o tema, imprescindível a leitura dos diversos escritos de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, especialmente: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. "Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro". In: Separata do Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais, ITEC, Porto Alegre, 2000. Também publicado na Revista de Estudos Criminais. Porto Alegre, Nota Dez, n. 01/2001. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. "O papel do novo juiz no processo penal". In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. "Efetividade do Processo Penal e Golpe de Cena: Um Problema às Reformas Processuais." In: WUNDERLICH, Alexandre (Coord.). Escritos de Direito e Processo Penal em Homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. "Glosas ao Verdade, Dúvida e Certeza de Francesco Carnelutti, para os operadores do Direito". In: Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.



6 Sobre a “pretensão acusatória” como objeto do processo penal: LOPES Jr., Aury. Fundamentos do Processo Penal. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. p. 229-259.

7 PRADO, Geraldo. Elementos para uma análise crítica da Transação Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 224.

8 São múltiplas as críticas à artificial construção jurídica da imparcialidade do promotor no processo penal. O crítico mais incansável foi, sem dúvida, o mestre Carnelutti (“Poner en su puesto al Ministerio Público”. Cuestiones sobre el proceso penal, p. 211 e ss.), que em diversas oportunidades pôs em relevo a impossibilidade “de la cuadratura del círculo: ¿No es como reducir un círculo a un cuadrado, construir una parte imparcial? El ministerio público es un juez que se hace parte. Por eso, en vez de ser una parte que sube, es un juez que baja”. Em outra passagem (Lecciones sobre el proceso penal, p. 99), Carnelutti explica que não se pode ocultar que, se o promotor exerce verdadeiramente a função de acusador, querer que ele seja um órgão imparcial não representa no processo mais que uma inútil e hasta molesta duplicidad. Para Goldschmidt (Problemas jurídicos y políticos del proceso penal, p. 29), o problema de exigir imparcialidade de uma parte acusadora significa cair “en el mismo error psicológico que ha desacreditado al proceso inquisitivo”, qual seja, o de crer que uma mesma pessoa possa exercer funções tão antagônicas como acusar, julgar e defender.

9 DIAS, Figueiredo; ANDRADE, Costa. Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena, p. 484 e ss.

10 VASCONCELLOS, Vinicius G. Barganha e Justiça Criminal Negocial. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

11 Parte da doutrina é rigorosa na distinção dos institutos. Luiz Flavio Gomes, por exemplo

[[www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/ha-diferenca-entre-colaboracao--e-delacao-premiada/147](http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/ha-diferenca-entre-colaboracao--e-delacao-premiada/147)] explica que a colaboração é gênero, subdividindo-se em cinco espécies: delação premiada; colaboração reveladora da estrutura e funcionamento da organização; colaboração preventiva; colaboração para localização e recuperação de ativos; colaboração para libertação de pessoas.

12 CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. “Colaboração premiada e auxílio judiciário em matéria penal: a ordem pública como obstáculo à cooperação com a operação Lava Jato”. In: Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 146, n. 4000, setembro/outubro de 2016. p. 24-25.

13 A expressão é de Pedro Aragoneses Alonso, na obra Proceso y Derecho Procesal, p. 127. Werner Goldschmidt também leciona na mesma dimensão, mas denominando de “Princípio Básico do Processo” (no magistral trabalho “La Imparcialidad como Principio Básico del Proceso”. In: ALONSO, Pedro Aragoneses. Revista de Derecho Procesal, n. 2, 1950. p. 208 e ss.).

14 Entre outros, na nossa obra “Direito Processual Penal”, 14. ed., São Paulo: Saraiva, 2017. p. 62 e ss.

15 CARNELUTTI, Francesco. Derecho Procesal Civil y Penal. Trad. Enrique Figueroa Alfonzo. México, Episa, 1997. p. 342.

16 No magistral trabalho: GOLDSCHMIDT, Werner. La Imparcialidad como Principio Básico del Proceso. Revista de Derecho Procesal, n. 2, 1950, p. 208 e s.

17 Para Ferrajoli (Derecho y Razón, cit., p. 580), é a ajenidad del juez a los intereses de las partes en causa.



18 COUTINHO, Jacinto. O Papel do Novo Juiz no Processo Penal. In: Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal, Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 11.

19 GOLDSCHMIDT, W. Introducción Filosófica al Derecho, p. 321.

20 SCHÜNEMANN, Bernd. Estudos de Direito Penal e Processual Penal e filosofia do direito (Org. Luís Greco). São Paulo: Ed. Marcial Pons, 2013.

21 A jurisprudência brasileira engatinha neste terreno, mas há decisões interessantes e que precisam ser estudadas. Conforme o Informativo do STF 528, de novembro de 2008, o Supremo Tribunal Federal, no HC 94.641/BA, Rel. orig. Min. Ellen Gracie, Rel. p/ o acórdão Min. Joaquim Barbosa, julgado em 11.11.2008, “a Turma, por maioria, concedeu, de ofício, habeas corpus impetrado em favor de condenado por atentado violento ao pudor contra a própria filha, para anular, em virtude de ofensa à garantia da imparcialidade da jurisdição, o processo desde o recebimento da denúncia. No caso, no curso de procedimento oficioso de investigação de paternidade (Lei n. 8.560/92, art. 2º) promovido pela filha do paciente para averiguar a identidade do pai da criança que essa tivera, surgiram indícios da prática delituosa supra, sendo tais relatos enviados ao Ministério Público. O parquet, no intuito de ser instaurada a devida ação penal, denunciara o paciente,  vindo a inicial acusatória a ser recebida e processada pelo mesmo juiz daquela ação investigatória de paternidade. Entendeu-se que o juiz sentenciante teria atuado como se autoridade policial fosse, em virtude de, no procedimento preliminar de investigação de paternidade, em que apurados os fatos, ter ouvido testemunhas antes de encaminhar os autos ao Ministério Público para a propositura de ação penal” (grifo nosso). Verifica-se que o ponto fundamental para a anulação foi: viola a garantia da imparcialidade o fato de o juiz ter realizado atos de natureza instrutória de ofício, apurando fatos e ouvindo testemunhas. No mesmo processo, o voto-vista do Min. Cezar Peluso, concluiu que, “pelo conteúdo da decisão do juiz, restara evidenciado que ele teria sido influenciado pelos elementos coligidos na investigação preliminar. Dessa forma, considerou que teria ocorrido hipótese de ruptura da denominada imparcialidade objetiva do magistrado, cuja falta, incapacita-o, de todo, para conhecer e decidir causa que lhe tenha sido submetida. Esclareceu que a imparcialidade denomina-se objetiva, uma vez que não provém de ausência de vínculos juridicamente importantes entre o juiz e qualquer dos interessados jurídicos na causa, sejam partes ou não (imparcialidade dita subjetiva), mas porque corresponde à condição de originalidade da cognição que irá o juiz desenvolver na causa, no sentido de que não haja ainda, de modo consciente ou inconsciente, formado nenhuma convicção ou juízo prévio, no mesmo ou em outro processo, sobre os fatos por apurar ou sobre a sorte jurídica da lide por decidir. Assim, sua perda significa falta da isenção inerente ao exercício legítimo da função jurisdicional. Observou, por último, que, mediante interpretação lata do art. 252, III, do CPP (‘Art. 252. O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que: [...] III – tiver funcionado como juiz de outra instância, pronun-ciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão;’), mas conforme com o princípio do justo processo da lei (CF, art. 5º, LIV), não pode, sob pena de imparcialidade objetiva e por consequente impedimento, exercer jurisdição em causa penal o juiz que, em procedimento preliminar e oficioso de investigação de paternidade, se tenha pronunciado, de fato ou de direito, sobre a questão” (grifo nosso). Interessante, ainda, como o voto do Min. Cezar Peluso menciona exatamente os mesmos fundamentos, de imparcialidade objetiva e subjetiva, empregados pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos desde o Caso Piersack, de 1982, e constantemente por nós referidos, inclusive neste tópico.

22 GOLDSCHMIDT, J. Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal. Barcelona: Bosch, 1935. p. 29.

23 COUTINHO, Jacinto. O Papel do Novo Juiz no Processo Penal, cit., p. 12.

24 Sobre a “batalha das expectativas”, a qual o Direito é lançado, recomendamos a



leitura de Rui Cunha Martins, na obra "A hora dos cadáveres adiados", São Paulo: Atlas, 2013.

25 Sobre a "ambição da verdade no processo penal" e suas nefastas consequências, veja-se a obra "A Busca da Verdade no Processo Penal", de Salah Khaled Jr. publicada pela Editora Atlas e também um dos capítulos do nosso livro "Direito Processual Penal", publicado pela Editora Saraiva.

26 OLIVA SANTOS, Andrés. Jueces Imparciales, Fiscales Investigadores y Nueva Reforma para la Vieja Crisis de la Justicia Penal. Barcelona: PPU, 1988. p. 30.

27 Sobre o tema, recomendamos a leitura das nossas obras "Prisões Cautelares" e "Direito Processual Penal", ambas publicadas pela Editora Saraiva.

28 Sobre o tema, remetemos aos trabalhos do ilustre professor português Rui Cunha Martins, especialmente nas obras "A hora dos cadáveres adiados" e "O ponto cego do direito", ambas publicadas pela Editora Atlas.

29 Também nesse sentido, Amilton Bueno de Carvalho, especialmente na obra "Lei, para que(m)?" In: Escritos de Direito e Processo Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

30 Para evitar repetições, remetemos o leitor para nossa obra "Direito Processual Penal", publicada pela Editora Saraiva, onde aprofundamos a análise da Presunção de Inocência.

31 CARVALHO, Amilton Bueno de. Direito Alternativo em movimento. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 29-30.

32 É verdade que o artigo veda a prisão preventiva de ofício na fase de investigação, somente permitindo no curso do processo. Mas o problema é: não interessa a "fase", o momento! O problema está no "de ofício". Prender sem pedido não é compatível com o lugar do juiz no processo penal acusatório e tampouco com a imparcialidade judicial (nas perspectivas objetiva, subjetiva e de estética de afastamento).

33 CARNELUTTI, Francesco. Lecciones sobre el Proceso Penal. Trad. Santiago Santis Melendo. Buenos Aires: Editora Bosch, 1950. v. II. p. 75.

34 SANGUINÉ, Odone. "A Inconstitucionalidade do Clamor Público como Fundamento da Prisão Preventiva". Revista de Estudos Criminais, n. 10, p. 114.

35 SANGUINÉ, Odone. "A Inconstitucionalidade do Clamor Público como Fundamento da Prisão Preventiva". Revista de Estudos Criminais, n. 10, p. 139.

36 Especialmente na obra "Prisões Cautelares", publicada pela Editora Saraiva.

37 PALAO, Julio Banacloche. La libertad personal y sus limitaciones, op. cit., p. 292.

38 FERRAIOLI, Marzia; e DALIA, Andrea Antonio. Manuale di diritto processuale penale, op. cit., p. 228 e s.

39 CORDERO, Franco. Procedimiento penal, v. 1, p. 410.

40 PRADO, Geraldo. "O trânsito em julgado da decisão penal condenatória". In: Boletim do IBCCrim, n. 277, dezembro de 2015.

41 Entre outros na obra: MANZINI, Vincenzo. Tratado de Derecho Procesal Penal, tomo I, EJE, 1951. p. 252.