

A CONSTITUIÇÃO BALZAQUIANA QUE NÃO VIVE EM PLENO AMOR COM O PROCESSO PENAL¹

Júlio César Duailibe Salem Filho²

Resumo: A Constituição brasileira de 1988 veio com o propósito de mudanças. Estava claro o objetivo de inauguração de um novo modelo de Estado com viés absolutamente democrático e tendente à valorização e proteção de direitos fundamentais à luz da dignidade da pessoa humana. Precede a ela o Código de Processo Penal de 1941 que, apesar de várias alterações legislativas, mantém núcleo que ainda remonta ao Estado Novo. Importa discutir em que medida a Constituição de 1988 foi capaz de democratizar o processo penal inquisitório e aproximá-lo do modelo acusatório, não apenas em teoria, mas na prática.

Palavras-chave: Constituição; democrático; direitos fundamentais; processo penal.

Abstract: The Brazilian Constitution of 1988 came with the purpose of changes. The objective of inaugurating a new state model with an absolutely democratic bias and aimed at valuing and protecting fundamental rights in the light of the dignity of the human person was clear. The Code of Criminal Procedure of 1941 precedes it, which, despite several legislative changes, maintains a nucleus that still goes back to the Estado Novo. It is important to discuss the extent to which the 1988 Constitution was able to democratize the inquisitorial criminal process and bring it closer to the accusatory model, not only in theory, but in practice.

Keywords: Constitution; democratic; fundamental rights; Procedure Criminal; accusatory.

1 A DEMOCRACIA NO BRASIL PÓS 1988 E SUAS PROMESSAS

Dia 5 de outubro de 1988. Nascia a Constituição Cidadã³, após uma gestação de 613 dias – tempo de duração da Assembleia Constituinte do Brasil⁴ –, e trazia consigo o propósito de redemocratizar o Brasil depois de duas décadas de Regime Militar. O sentimento de antagonismo ao período anterior foi traduzido no discurso do presidente da Constituinte, Ulysses Guimarães, por ocasião da Promulgação do Texto, ao proclamar que “a Nação quer mudar. A Nação deve mudar. A Nação vai mudar. A Constituição pretende ser a voz, a letra, a vontade política da sociedade rumo à mudança.”⁵

1 Honoré de Balzac, em *La Femme de Trente Ans*, retrata o “ápice poético da vida das mulheres” aos trinta anos, que mais experientes são capazes de viver plenamente o amor de forma amadurecida.

2 Defensor Público do Estado do Paraná, auxiliar do Núcleo de Política Criminal e Execução Penal – NUPEP.

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

4 A Mensagem nº 330, de 1985, da lavra do então Presidente da República José Sarney, enviava ao Congresso Nacional a Proposta de Emenda à Constituição contendo convocação da Assembleia Nacional Constituinte, em sintonia com o pacto democrático de onde surgiu uma carta de princípios da Aliança Democrática intitulada “Compromisso com a nação”, assinada, dentre outros, por Ulysses Guimarães e Tancredo Neves.

5 Íntegra do discurso disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/CAMARA->

O Brasil vivia um cenário político conturbado e, no âmbito socioeconômico, taxas elevadas de desemprego e inflação. O novo texto constitucional nutria a esperança de uma nova página no Brasil pela proposta de renovação de todos os segmentos, desde a estrutura dos Poderes ao tratamento da economia, da cultura, do meio ambiente e muitos outros temas. Merece destaque a ancoragem dos Direitos e Garantias Fundamentais em tópico frontal da Constituição com uma amplitude no trato dos Direitos Individuais e Sociais jamais vista.

Aliás, como ressalta Branco, o preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB)/88 prenunciava a relevância da matéria ao explicitar, como objetivo da Constituinte, a instituição de um Estado Democrático “destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais”. Ele afirma que “esse objetivo há de erigir-se como pilar ético-jurídico-político da própria compreensão da Constituição”⁶, logo, não há como compreender o Estado brasileiro pós 1988 com decisões políticas e jurídicas desgarradas dos direitos e garantias fundamentais.

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

Na expressão de seus desejos, Guimarães a anunciou por ocasião de sua promulgação como a luz na noite dos desgraçados.

Assim, o novo texto constitucional trouxe consigo os princípios fundantes exigidos pela moderna democracia e que passaram a nortear os Estados democráticos firmados após inspirações das Revoluções Inglesa, Americana e, por fim, Revolução Francesa: (a) a supremacia da vontade popular, (b) a preservação da liberdade e (c) a igualdade de direitos. Como afirma Dallari, a perseguição desses preceitos influenciou decisivamente a transformação do Estados entre os séculos XIX e XX. Segundo ele, “a preocupação primordial foi sempre a participação do povo na organização do Estado, na formação e na atuação do governo, por se considerar implícito que o povo, expressando livremente sua vontade soberana, saberá resguardar a liberdade e a igualdade”⁷.

O autor destaca, entretanto, a crise do Estado contemporâneo em razão dos conflitos em torno da concretização daqueles elementos fundamentais do Estado democrático. No tocante à supremacia da vontade popular, ele discorre sobre o aparecimento de dificuldades na tomada de decisões pelos representantes do povo explicando que, no início, a classe política era originária da burguesia, isto é, uma parcela social economicamente superior, porém, o posterior movimento de integração das classes operárias e sua ingerência da política fez com que os dissensos e as desconfianças entre umas e outras tornassem o ambiente político bastante conflituoso, gerando um processo legislativo demasiadamente lento e tecnicamente imperfeito, pois as soluções passavam por acordos e transigências desgastantes.

E-HISTORIA/339277--INTEGRA-DO-DISCURSO-PRESIDENTE-DA-ASSEMBLEIA-NACIONAL-CONSTITUINTE,--DR.-ULISSES-GUIMARAES-%2810-23%29.html>

6 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira, 2014, p. 135.

7 DALLARI, Dalmo de Abreu. 2003, p. 151.

A situação permite o discurso de que a crise está no povo, incapaz de compreender os problemas estatais e de escolher bem seus representantes. Então Dallari afirma que “esse é um dos impasses a que chegou o Estado Democrático: a participação do povo é tida como inconveniente, e a exclusão do povo é obviamente antidemocrática”⁸.

Quanto aos princípios da liberdade e da igualdade, o autor discorre sobre o dilema da convivência de ambos, pois levada a efeito a garantia da liberdade, onde vedada estava a ingerência do Estado na vida do indivíduo, o que se viu foi o incremento de uma forte desigualdade social, pois a liberdade somente era plenamente favorável àqueles que gozavam de poder econômico. O impasse estaria, portanto, em dar prevalência à liberdade, mantendo-se o fosso entre as classes sociais, ou permitir a interferência do Estado em busca da implementação da igualdade de todos, mas com isso sacrificar a esfera de liberdade dos indivíduos.

Assim, os críticos da democracia passaram a fomentar a ideia de que a participação popular nas decisões políticas e a liberdade dos indivíduos seriam um mal ao Estado, enquanto que a igualdade não deveria existir, pois os governantes, enquanto dotados de sabedoria e incumbidos de trabalhar para o bem do povo deveriam, de fato, receber tratamento diferenciado. Segundo Dallari, um discurso de rejeição à democracia e, ao mesmo tempo, de aceitação da ditadura.

Não é difícil notar a presença dessas circunstâncias na experiência brasileira. Com estrutura marcadamente democrática, a Constituição brasileira de 1988 convive ao longo dos seus trinta anos de existência com um cenário político de grave crise das instituições, onde a construção legislativa e as decisões políticas do Estado são realizadas num ambiente marcado por interesses classistas e/ou pessoais que se implementam em meio a conchavos, transigências e notícias de corrupção que tornam o resultado sempre mais demorado, tecnicamente ineficiente e de legitimidade questionável.

Pelo lado social, o Brasil ostenta um alto índice de desigualdade de renda. O acesso a serviços de educação, saúde e saneamento básico não atinge a todos os brasileiros, enquanto muitos são números da elevada taxa de desemprego⁹. Nesse contexto, surgem discursos oportunistas de reformulação do modelo de Estado.

Contudo, em rebate às críticas, Dallari afirma que não se pode pensar em democracia onde o governante, ainda que bem intencionado, coloque a sua vontade acima de qualquer outra, haja vista que o regime democrático exige autogoverno, isto é, o povo decidindo sobre seu próprio destino e escolhendo as diretrizes políticas de regência do Estado. Para ele, “o argumento de que o povo é incapaz de uma decisão inteligente não pode ser aceito, porque contém o pressuposto de que alguém está decidindo se a orientação será considerada boa ou má de acordo com as preferências de quem a estiver julgando”.¹⁰

Assim, para o aperfeiçoamento das decisões políticas, há de se construir caminhos para que a vontade popular seja livremente formada e externada, significando que devem ser proporcionados todos os meios para o acesso à informação e o debate de ideias

8 Ibid, p. 301.

9 IBGE. Síntese de Indicadores Sociais: Uma Análise das Condições de Vida da População Brasileira. 2014. disponível em: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv91983.pdf>>

10 Ob. cit., p. 304.

construtivo de uma opinião mais rica e livre de coação ou embaraços. Por óbvio, cada indivíduo tem seu modo de perceber as situações, conforme suas experiências pessoais e suas preocupações, devendo ser respeitados os pontos de vista que formam a consciência política geral, ainda que críticas possam ser postas em debate construtivo.

Ademais, resolver-se-ia o dilema entre a supremacia da liberdade ou da igualdade se a primeira fosse construída sobre as bases da solidariedade, ou seja, evitando-se a ideia individualista e egoísta reinante a partir do século XVIII para reconhecer que o sujeito livre interrelaciona-se com outros sujeitos de mesma condição e, por isso, precisam conviver sob compromissos sociais. A igualdade, por sua vez, não significa necessariamente que todos os indivíduos devem ser iguais, pois é sabido que num país continental de enorme miscigenação as divergências culturais e as escolhas do modo de ser e de viver são bastante variadas. O que deve ser igual é o ponto de partida, em outras palavras, deve haver “igualdade de possibilidades”, o que preservaria as diferenças posteriores, inclusive quanto ao mérito individual.

Portanto, a democracia brasileira enriquece-se pela proteção que a Constituição confere a valores atrelados à soberania popular, à liberdade e à igualdade, bem como pelo reconhecimento aos Direitos Humanos e o respeito ao pluralismo. A realidade, todavia, não acompanha esse novo cenário jurídico e mesmo após trinta anos da redemocratização do país ainda carrega o peso de ideais e comportamentos que marcaram as concepções de Estado do século XVIII ou que consubstanciaram períodos de autoritarismo.

Nesse cenário de mudanças e dilemas, resta adentrar o ponto central proposto: discutir em que medida o processo penal brasileiro sofreu ressignificação em suas bases e em seus preceitos e de que modo ele é delineado pelo Estado Democrático de Direito em que se constitui a República do Brasil.

2 O PROCESSO PENAL BRASILEIRO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DE 1988. PARA QUE ELE SERVE?

Conhecer as raízes do objeto de estudo auxilia na sua definição e compreensão das suas características. A origem da atual legislação base de processo penal remonta ao período do Estado Novo, que tinha por características marcantes o autoritarismo e a centralização do poder sob o manto de um discurso nacionalista.

O Código de Processo Penal (CPP) vigente é estabelecido pelo Decreto-Lei nº 3.689, de 1941. Contemporâneo a ele, o Código Penal tem base no Decreto-Lei nº 2.848, de 1940, portanto, suas leis inaugurais são da época em que o país se encontrava sob o império da Carta Constitucional de 1937, “ditatorial na forma, no conteúdo e na aplicação, com **integral desrespeito aos direitos do homem**”, como afirma Silva¹¹ (grifo nosso).

Essa contextualização temporal é de extrema relevância para a melhor compreensão da alma do processo penal brasileiro, afinal de contas, ver-se-á que apesar das inúmeras reformas legislativas que alvejaram o corpo do Código de 1941, a sua essência, o seu espírito e seu núcleo fundante permaneceram os mesmos. Nesse trilhar, é importante notar que a edição do Código de Processo Penal do Brasil teve profunda inspiração – para

11 SILVA, José Afonso da, 2004, p. 171.

não dizer reprodução – no *Codice Rocco*, o texto legal italiano da década de 1930 que representava a expressão fascista da matéria penal e sua processualística.

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

Observando bem essa realidade, Gloeckner aduz que:

apesar da relevante doutrina crítica no Brasil, sediada no âmbito da academia, doutrinas tradicionais e que interagem com a jurisprudência, num círculo vicioso, acabariam por despejar e esparramar conclusões no sentido da consolidação e concretização do sistema acusatório no Brasil. [...] a consolidação do regime democrático e as diversas alterações na legislação processual penal brasileira se encarregariam de fazer desfalecer os debates políticos acerca do processo penal, considerados despiciendos, fúteis ou meramente retóricos, relegados ao 'saber acadêmico'¹².

No entanto, a prática, muitas vezes afastada da teoria, demonstra frequentemente desatenção ao modelo piramidal das normas jurídicas proposto por Kelsen, baseado na ideia de que as normas inferiores retiram seu fundamento de validade das normas superiores numa escala hierárquica definida. No ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição Federal é a norma superior a todas as outras e, por isso, dá os limites e as diretrizes para a criação legislativa pelo parlamento.

Contudo, a crise jurídica que se instala também pode ser intitulada como crise da teoria das fontes, onde já não se sabe onde estão os valores supremos a serem protegidos, se na Constituição ou nas leis que, na teoria, lhes devem reverência.

Talvez colabore com isso a propensão da Constituição brasileira de 1988 ao modelo dirigente, pois além de traçar a estrutura do poder, dispôs também sobre metas e programas de ação nas áreas social, cultural e econômica. Há muitos dispositivos programáticos e tantos outros com eficácia limitada, dependentes da elaboração de atos normativos infraconstitucionais para lhes conferir plena efetividade.

Marco Maciel¹³, Senador que também subscreveu o “Compromisso com a Nação”, observa como um fator desafiador da Constituição de 1988 “a existência de muitos dispositivos a reclamar leis que lhes deem eficácia plena”, recordando que após a promulgação do texto constitucional, o Ministério da Justiça realizou levantamento em que foram relacionados 269 preceitos constitucionais que dependiam de regulamentação.

A par disso, analisando-se a estrutura do processo penal brasileiro, basta a leitura da Exposição de Motivos do Código de 1941 para entender a que ele veio. Francisco Campos, então Ministro da Justiça, revela a forte tendência utilitarista dessa produção legislativa contra a criminalidade. A instrumentalidade processual – servindo não à contenção do

12 GLOECKNER, Ricardo Jacobsen, 2018, p. 52.

13 MACIEL, Marco. Compromisso com a nação. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 47 n. 187 jul./set. 2010. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/198652/000836750.pdf?sequence=1>

poder punitivo do Estado, mas à segurança pública – externa-se em suas palavras, pelas quais “impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem”. Para ele,

as nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social¹⁴.

Nessa linha estruturante do processo penal brasileiro – ainda forte – a crise das fontes é bem acentuada, pois sobrevindo uma Constituição democrática em que se amadureceu a carta de direitos e garantias fundamentais, muitos deles atrelados à proteção contra os desvios e abusos do poder punitivo do Estado, criou-se um claro obstáculo à proposta legislativa de Campos. Para aqueles que veem o processo penal como instrumento de combate à criminalidade, as normas constitucionais que versam sobre direitos e garantias fundamentais passam a ser um entrave e devem ser reposicionadas à luz do ideal da segurança pública.

Atento à presença dessa crise jurídica, Lopes Jr. adverte que:

o processo penal deve ser lido à luz da Constituição e da CADH e não ao contrário. Os dispositivos do Código de Processo Penal é que devem ser objeto de uma releitura mais acorde aos postulados democráticos e garantistas da nossa atual Carta, sem que os direitos fundamentais nela insculpidos sejam interpretados de forma restritiva para se encaixar nos limites autoritários do Código de Processo Penal de 1941¹⁵.

A teorização de que o processo penal brasileiro é de todo democrático mostra-se escancaradamente desvinculada da realidade. A origem do atual Código de Processo Penal e a textualização de suas normas deixam evidente o arraigado autoritarismo que proporciona comportamentos inquisitoriais na persecução penal.

Gloeckner também observa a postura de Campos ao dizer que, em relação ao Código Penal, o ideal inspirador da novel legislação é o da defesa social, e “defesa social significa, para o autor, defender a sociedade contra aqueles sujeitos perigosos que ameaçam a segurança da sociedade”. Daí, portanto, ele conclui de forma lógica que esse “arquétipo normativo de instrumentalidade jamais poderia servir, simultaneamente, para a defesa de direitos e garantias fundamentais”¹⁶.

Eis, então, o conflito político-jurídico posto em debate: de origem marcadamente inquisitório, afastado da orientação de servir ao indivíduo contra o arbítrio e os desvios do poder punitivo do Estado, como o processo penal brasileiro pode, simultaneamente atender ao programa constitucional democrático de 1988?

Quanto à utilidade do processo penal, Lopes Jr. cita questionamento de Goldschmidt que conduz a um aprofundamento metafísico do debate: “por que supõe a imposição da pena a existência de um processo? Se o *ius puniendi* corresponde ao Estado, que tem

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

15 LOPES JR. Aury, 2018, p. 33-34.

16 Ob. cit., p. 131-132.

o poder soberano sobre seus súditos, que acusa e também julga por meio de distintos órgãos, pergunta-se: por que necessita que prove seu direito em um processo?”

Essa indagação provocativa conduz à compreensão de que, na esteira de Lopes Jr., a uma Constituição democrática necessariamente deve corresponder um processo penal de mesma índole, de caráter instrumental a serviço da máxima eficácia do sistema de garantias constitucionais do indivíduo, de modo que o processo penal brasileiro, na atualidade, somente se legitima à medida que se encorpar dos princípios democráticos e for constituído a partir da Constituição¹⁷.

3 PRÁTICAS AUTORITÁRIAS NO PROCESSO PENAL SOB A VIGÊNCIA DE UM REGIME DEMOCRÁTICO

A Constituição de um país é a norma estruturante fundamental do Estado e deve ser a origem de toda a legislação. Dela se retira validade dos atos infraconstitucionais, apresentando-se como paradigma para o controle de constitucionalidade das demais normas.

O alerta feito pela doutrina quanto ao fluxo hermenêutico que deve conduzir a interpretação do processo penal à luz da Constituição, sofrendo os dispositivos do Código de Processo uma releitura para se adaptarem aos postulados democráticos, é extremamente oportuno diante de uma prática contrária que apresenta, inclusive, mutações das normas constitucionais para a adequação do Texto aos anseios punitivistas fundamentados em argumentos de segurança pública.

Fica evidente, numa análise histórica, que não somente o processo de produção legislativa, mas a forma como são interpretadas e aplicadas as leis, estão umbilicalmente atrelados ao sistema e as ideias políticas predominantes em cada época. No Estado democrático prevalece o indivíduo e a dignidade humana como centro de proteção; no totalitarismo, o ser humano é apenas um fragmento do corpo estatal e que deve se curvar às razões de manutenção do Estado.

Segundo as lições de Tourinho Filho¹⁸, Lopes Jr., Gloeckner¹⁹, dentre outros, o processo penal expressa bastante a cultura e o grau de civilização de um povo e reflete o momento político vivenciado, demonstrando variações de aplicação e preponderância de princípios conforme a ternância de poder e o modelo de Estado adotado.

Destarte, o processo penal aplicado é o termômetro do grau democrático da respectiva sociedade ou, nas próprias palavras de Goldschmidt, *“los principios de la política procesal de una nación no son otra cosa que segmentos de su política estatal en general; Se puede decir que la estructura del proceso penal de una nación no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de sua Constitución”*²⁰.

O regime político do Estado, portanto, reflete em seu modelo processual penal, que pode ter, basicamente, características mais próximas do sistema acusatório ou do sistema inquisitivo. A sua aplicação prática demonstrará as ideias dominantes.

17 Ob. cit., p. 30.

18 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, 2010, p. 58.

19 LOPES JR. Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen, 2014, p. 85-86.

20 GOLDSCHMIDT, 1935, p. 67, apud LOPES JR. Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen, 2014, p. 31.

3.1 A GESTÃO DA PROVA E A PERSECUÇÃO JUDICIAL DA SUPOSTA VERDADE REAL NO PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO

Costuma-se afirmar doutrinariamente que no Brasil se adota um modelo processual misto entre o inquisitorial e o acusatório, onde a existência de uma fase de investigação – inquérito policial – com fortes características inquisitórias e outra fase processual com formato mais claro da separação das atividades de acusar e julgar e respeito ao direito de defesa, portanto, aproximando-se mais do modelo acusatório, seria o principal argumento dessa corrente. Há quem defenda, simplesmente, a adoção de um modelo acusatório, restringindo-se o olhar, com exclusividade, à fase processual propriamente dita, a partir do oferecimento da denúncia.

Porém, resumir a definição do modelo adotado no Brasil a essa dicotomia ou à existência de separação das atividades dos atores processuais, especialmente entre quem acusa e quem julga, é uma forma rasa de se analisar o perfil do processo penal brasileiro. Para além dessa separação, um dado que merece grande atenção é a gestão da prova ou como é conduzida a produção probatória no processo.

Como premissa, parte-se da ideia de que quanto maior a ingerência do órgão julgador na formação dos elementos de convicção, maior será a sua contaminação e, por conseguinte, a diminuição de sua isenção no momento próprio de julgar. Afinal, quem vai atrás de algo, sabe o que procura. E não se pode esperar imparcialidade de julgamento em quem busca a prova ou interfere ativamente e com protagonismo na produção da prova, pois como já advertiu Coutinho, “a tendência natural das pessoas é decidir primeiro e depois buscar o conhecimento suficiente para justificar as suas decisões”²¹.

A permissibilidade da forte intervenção judicial na atividade probatória, gerindo a prova e por vezes buscando-a, é um contrassenso ao princípio democrático constitucional. Conquanto não se possa encontrar expressamente na Constituição a afirmação de que o processo penal deve seguir o modelo acusatório, essa orientação é extraída implicitamente dos princípios, regras e valores ali contidos²², bem como da separação dos Poderes e da específica atribuição a órgãos diferentes as funções de acusação e julgamento.

Nessa toada, o aumento do poder instrutório do juiz significa a aproximação do modelo inquisitorial que predominou durante a Idade Média.

Apesar da reforma legislativa que trouxe ao processo penal um novo formato na produção da prova em audiência, passando a adotar o sistema do *cross examination*²³, ainda é possível perceber, seja no campo legislativo ou na prática, a impureza do pretense modelo acusatório pela abertura dada ao magistrado para imersão na persecução ativa da verdade.

De início, merece atenção o disposto no parágrafo único do art. 212. Conquanto o *caput* tenha conferido às partes a atribuição de perguntar diretamente às testemunhas, o dispositivo vem na sequência afirmar que “sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá

21 COUTINHO, Jacinto. Revista Consultor Jurídico, 10 de janeiro de 2010, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2010-jan-10/entrevista-jacinto-coutinho-especialista-processo-penal>.

22 FISCHER, Douglas, 2011, p. 5.

23 A Lei nº 11.690/08 deu nova redação ao art. 212 do CPP para determinar que as perguntas não mais seriam requeridas ao juiz que as fariam às testemunhas, mas agora serão formuladas diretamente pelas partes.

complementar a inquirição". Nesse ponto, o maior problema que se verifica está no campo prático, haja vista que alguns magistrados insistem em iniciar os questionamentos ao depoente, tornando-se perseguidor da prova, ou por vezes avançam para além dos limites das expressões "complementar" e "pontos não esclarecidos".

No primeiro caso, a iniciativa das perguntas põe o juiz na situação de órgão de perseguição/acusação na medida em que o ônus da prova é daquele que alega e, com isso, afasta-se da posição equidistante das partes. Ao juiz não interessa provar nada, não é dele essa tarefa proativa dentro de um modelo acusatório do processo penal, que exige uma postura isenta para um julgamento eminentemente imparcial.

Por outro lado, à luz do modelo acusatório, qualquer protagonismo judicial deve ceder e resumir-se à complementariedade para sanar pontos obscuros, que necessitam de um melhor esclarecimento. Vale observar que complementar a inquirição não significa campo aberto para toda e qualquer pergunta, mas apenas a possibilidade de se aparar arestas que podem dar margem à dúvidas pela imprecisão no tocante a pontos não esclarecidos.

A prática em contrário é tão recorrente e a inobservância do princípio acusatório é frequentemente negligenciada, não somente no primeiro grau de jurisdição, que a discussão já chegou ao Supremo Tribunal Federal, por meio de habeas corpus²⁴. Na ocasião o relator, ministro Marco Aurélio, assentou que "a ordem jurídica apenas prevê a possibilidade de o próprio juiz veicular perguntas se verificados pontos não esclarecidos". Por sua vez, o ministro Alexandre de Moraes textualizou em seu voto que "a legislação faz essa sequência para garantir o devido processo legal" e que a ideia do constituinte teria sido separar a figura do juiz do Ministério Público e evitar o juiz acusador.

Registra-se que a problemática por trás desse tipo de situação não é compreendida tão facilmente, por isso o debate teórico precisa ser levado à prática para que se perceba o prejuízo ao modelo democrático-acusatório exigido constitucionalmente. "Essa ordem dos fatores altera o produto?", perguntou o ministro Luís Roberto Barroso aos seus pares durante o referido julgamento, sobre quem inicia as perguntas aos depoentes. O ministro Marco Aurélio respondeu: "altera substancialmente. [...] fica difícil para o Estado-juiz, iniciando o interrogatório, manter equidistância. Eis a razão de ser da norma do art. 212 do Código de Processo Penal". O ministro Alexandre de Moraes também se manifestou:

Eu fiz milhares de audiências como promotor criminal, altera substancialmente a correlação de forças. Na verdade, dependendo de como é o magistrado instrutor, ele ignora, depois, totalmente as outras perguntas é já, como se fosse um ato... Não era nem presidencial antes, era ditatorial.

Portanto, nessa questão algumas situações parecem afrontar o modelo acusatório, à luz do princípio democrático: (a) o início da inquirição pelo juiz, dando-se na sequência a palavra à parte que a arrolou; (b) quando ausente o Ministério Público, o juiz faz as perguntas para as testemunhas de acusação, possibilitando na sequência as perguntas da defesa ou, (c) na mesma situação de ausência do órgão ministerial, dá-se a palavra à defesa para iniciar as perguntas, que nada pergunta, e o juiz faz todas as perguntas

24 HC nº 111.815/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 14/11/2017, DJe 14/02/2018. Ao final restou declarada insubsistente a oitiva das testemunhas cujo início se deu pelas perguntas do juiz, portanto, antes das partes.

que entende pertinente sobre o fato²⁵. Em todas essas hipóteses, não há respeito ao ordenamento jurídico.

Antes do depoimento ainda não se pode falar em pontos não esclarecidos, razão pela qual inaugurar o ato pelas perguntas do juiz afronta literalmente o parágrafo único do art. 212. Da mesma forma, não havendo perguntas da acusação e da defesa, não há o que ser complementado, logo, é contrário à norma o juiz fazer perguntas nessa situação.

O ponto crucial na gestão da prova, portanto, é evitar que o juiz tenha uma postura proativa na persecução penal, especialmente durante a instrução probatória, pois sob o pretexto da busca da pretensa verdade real²⁶ não lhe é dado suprir eventual ineficiência do Estado-acusador na produção das provas, passando a persegui-las. Observa Távora que “a busca da verdade, processual ou material [...] não pode levar o magistrado a refugar o seu papel constitucional, travestindo-se em juiz inquisidor e perdendo a necessária imparcialidade para apreciar o feito”²⁷. Assim, se ao final do processo não restou devidamente provado o fato ou sua autoria, cabe-lhe proceder à absolvição do acusado.

Importante perceber que à luz dos valores e princípios assumidos pela Constituição de 1988, a efetividade do processo penal não se resume à obtenção de resultados condenatórios, mas se torna evidente quando serve à proteção da dignidade da pessoa do acusado e de seus direitos individuais fundamentais, como mecanismos de controle do poder punitivo estatal. Nesse sentido, Badaró observa que

a verdade não é o fim último do processo penal e, sua busca não pode se dar a partir de uma premissa de que os fins justificam os meios. No caso em que uma limitação à descoberta da verdade se justifique para fazer prevalecer outro valor – como o respeito à dignidade humana, à proteção da intimidade, à preservação da imparcialidade do julgador – igualmente ou mais relevante para que se profira uma decisão justa, é de admitir a adoção de regras legais antiepistêmicas, desde que fundamentais para preservar o outro valor em jogo²⁸.

Além dessa discussão, também se põem à mesa todas as controvérsias em torno do art. 156 do CPP, segundo o qual faculta-se ao juiz agir de ofício para ordenar, mesmo antes de iniciada a persecução penal, a produção antecipada de provas ou para determinar a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante, no curso da instrução ou antes de proferir sentença.

Sem pretender esgotar o debate e as críticas sobre o tema, o ponto nevrálgico está na inevitável mácula na imparcialidade do juiz e a assunção de traços inquisitoriais pela proatividade na produção da prova, inclusive antes mesmo de qualquer denúncia. Como bem questionam Lopes Jr e Gloeckner, o juiz que determina a produção antecipada de prova na fase de investigação – por exemplo a busca e apreensão de objetos na residência do investigado – examinará também a admissibilidade da denúncia, instruirá o processo e

25 TALON, Evinis. O STF e o art. 212 do CPP: Juízes devem observar a ordem de inquirição das testemunhas. Disponível em: <<http://evinistalon.com/o-stf-e-o-art-212-do-cpp-juizes-devem-observar-ordem-de-inquiricao-das-testemunhas/>>. Acesso em: 25 nov. 2018.

26 Segundo FERRAJOLI, a “impossibilidade de formular um critério seguro de verdade das teses judiciais depende do fato de que a verdade ‘certa’, ‘objetiva’ ou ‘absoluta’ representa sempre a ‘expressão de um ideal inalcançável’” (FERRAJOLI, Luigi. 2006, p. 52, apud TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues, 2014, p. 530-531).

27 TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues, 2014, p. 531

28 BADARÓ, Gustavo Henrique, 2016, p. 385.

julgará o acusado, logo, que isenção poderá ter para o julgamento?²⁹

A convicção vai se formando no percorrer do caminho traçado pelo próprio destinatário das provas que as avaliará. E quem dirige a produção das provas, vai direcionando-as – ainda que de boa-fé – conforme as preconcepções que se formam, antes do momento próprio do julgamento. Ao final, não resta dúvida de que estará contaminado, perdendo a posição de equidistância das partes.

3.2 A VALORAÇÃO, COMO PROVA, DE ELEMENTOS COLHIDOS EM FASE INQUISITORIAL

Segundo o Código de Processo Penal, o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial e não poderá fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvando-se as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

A redação do art. 155 trazida pela Lei nº 11.690/08, conquanto aparenta restringir a utilização, pelo julgador, de elementos colhidos sem o contraditório, não se mostrou suficiente para afastar o processo penal de suas máculas inquisitoriais. E a realidade nos fóruns comprova isso.

Primeiramente, é oportuno registrar que o contato do julgador com todos os elementos de informação colhidos sem o crivo do contraditório, no ambiente policial-investigativo, já o conduz, liminarmente, a um ponto de partida afastado do centro de imparcialidade. As preconcepções e o direcionamento de suas crenças começam a se formar desde já, antecipando sua convicção pela cognição precoce de dados inservíveis – teoricamente, à luz do princípio democrático – para o juízo sentenciante, ficando o acusado cada vez mais vulnerável à logística procedimental que o põe como objeto da sanha punitivista do Estado.

Por outro lado, a expressão “exclusivamente” contida no dispositivo é a chave de acesso às práticas antigarantistas, pois é nela que se busca fundamentação para a permissibilidade de condenações amparadas substancialmente em elementos inquisitoriais. Não raramente, a produção dialética de provas não traz amparo à comprovação dos fatos ou da autoria, quando então os elementos de informação entram em cena para motivar a convicção do magistrado.

De todo modo, Távora e Alencar advertem que os elementos informativos colhidos em fase de inquérito “não devem ser valorados na sentença, afinal, não foram passíveis de contraditório nem ampla defesa, e sequer estão no altiplano das provas”³⁰. De fato, não sendo suficientes as provas produzidas contraditoriamente, na fase judicial, o caminho a seguir é a absolvição do acusado e não a utilização de elementos coletados à margem das garantias mínimas constitucionais, que estabelecem não ser possível a condenação penal de ninguém sem o devido processo legal, incluindo o resguardo do contraditório e da ampla defesa³¹.

Prática comum, outrossim, é a tentativa de burla à vedação da utilização de elementos

29 Ob. cit. p. 85-86.

30 Ob. cit., 533-534.

31 Art. 5º, LIV e LV da CRFB/88.

exclusivamente inquisitoriais ao se buscar legitimar os depoimentos colhidos no inquérito questionando-se ao depoente, em juízo, apenas se confirma o que constou de suas declarações no caderno investigativo, como se fosse possível transmudar, dessa maneira, a natureza do dado informativo em prova válida. Também é frequente questionar ao depoente que diz não se recordar dos fatos se ele sofreu algum tipo de constrangimento quando depôs em Delegacia, na vã e antidemocrática tentativa de demonstrar valor probatório de elemento que nasceu com finalidade restrita à *opinio delicti* do acusador.

A práxis já foi objeto de discussão no Superior Tribunal de Justiça, ocasião em que se reconheceu que:

a produção da prova testemunhal é complexa, envolvendo não só o fornecimento do relato, oral, mas, também, o filtro de credibilidade das informações apresentadas. Assim, não se mostra lícita a mera leitura pelo magistrado das declarações prestadas na fase inquisitória, para que a testemunha, em seguida, ratifique-a³².

Na doutrina, vale a crítica de BADARÓ:

[...] o juiz não deve permitir que a parte se limite a indagar se a testemunha ratifica o que disse anteriormente em seu depoimento policial. Também não pode aceitar que a testemunha se limite a dizer que não tem nada a acrescentar ao que já foi dito na fase policial, mantendo integralmente suas declarações anteriores. Em tais formas de indagação há evidente violação ao contraditório, impedindo que as partes e o juiz tomem contato direto com a narrativa da testemunha. Ao mais, contradições nas respostas, os acréscimos de fatos não mencionados anteriormente ou omissões de pontos relevantes que constaram do depoimento anterior podem ser indicadores seguros da falta de credibilidade das testemunhas³³.

São situações que revelam que a cultura inquisitorial está enraizada na instrução processual, revelando que apesar da superveniência de uma Constituição democrática, ainda vive corpo dos atores processuais o espírito do Código de 1941.

3.3 A DEFENSORIA PÚBLICA COMO ÓRGÃO ESSENCIAL NO MODELO ACUSATÓRIO-DEMOCRÁTICO DO PROCESSO PENAL CONTRA A PRÁTICA DE DEFESAS TÉCNICAS MERAMENTE FORMAIS

A Defensoria Pública como órgão de assistência jurídica é preexistente à Constituição de 1988, mas foi a partir desse Texto que ela se constitucionalizou e passou a ser prevista como essencial à função jurisdicional do Estado. Definiu-se, portanto, o modelo público de assistência jurídica no Brasil por meio de uma instituição específica e organizada para esse mister.

Ao longo desses trinta anos de Constituição, a Defensoria Pública passou por uma evolução e está hoje reconhecida constitucionalmente como instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, expressão e instrumento do regime democrático, incumbida fundamentalmente da orientação jurídica, da promoção dos direitos humanos e da defesa, em todos os graus, judicial e

32 HC 183.696/ES, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 14/02/2012, DJe 27/02/2012.

33 Ob. cit., p. 475.

extrajudicial, de forma integral e gratuita, dos direitos individuais e coletivos aos necessitados³⁴.

Na doutrina e na jurisprudência foi identificada sua missão de guardião dos direitos dos indivíduos e grupos em situação de vulnerabilidade – *custos vulnerabilis*³⁵ –, fortalecendo-se a sua posição primordial para o atingimento das metas da República.

No campo criminal, as lições de Ferrajoli já apontavam no sentido de que deve haver paridade de partes com a presença de um defensor público que denominou de Magistratura ou Tribuna da defesa, órgão estatal “antagonista e paralelo ao Ministério Público de Acusação”, com instrumental necessário e apto a fazer frente ao acusador³⁶.

Nesse contexto, a manutenção de um sistema de justiça que não atende à determinação constitucional de não somente implementar, mas também fortalecer a Defensoria Pública, na condição de órgão de Estado com a missão institucional de assistência jurídica a indivíduos e grupos vulneráveis, revela mais uma faceta da sub-rogação do acusado ao poder punitivo do Estado em detrimento dos princípios republicanos.

É precioso ressaltar que organismos internacionais, a exemplo da Organização dos Estados Americanos (OEA), reconhecem a importância do papel desempenhado pela Defensoria Pública na proteção aos direitos fundamentais do ser humano e no acesso à Justiça para todas as pessoas, especialmente as que se encontram em situação de vulnerabilidade, conforme restou expresso nas Resoluções nº 2.714/12³⁷ e nº 2.887/16³⁸ da Assembleia Geral da OEA.

A significação de ser uma expressão e instrumento do regime democrático alça a Defensoria Pública como coagente da atividade fim do Estado em busca da conquista de seus objetivos republicanos, a saber: construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais, promover o bem de todos, sem nenhum tipo de preconceito ou formas de discriminação, dentre outros. Afinal de contas, garantir direitos da população vulnerável e proteger a sua dignidade humana é fomentar o exercício da cidadania – em sua maior amplitude – por todos, viabilizando a concretização da democracia.

Nesse diapasão, a mitigação de política pública que valorize a ampliação estrutural e organizacional da Defensoria Pública também reflete negativamente na realização de um processo penal de perfil democrático. Na prática, a ausência de defensores públicos em todas as comarcas e de juízes e promotores implica a nomeação pontual de profissionais (advocacia dativa) pelo juiz para a atuação, muitas vezes, em atos

34 Art. 134 da CRFB/88, com redação conferida pela Emenda Constitucional nº 80/2014.

35 Najurisprudência, dentre outros: STFHC 143.641; TJSP, Agravo de Instrumento 200712558.2018.8.26.0000. Na doutrina encontram-se Luigi Ferrajoli, Alexandre Morais da Rosa, Cassio Sparpinela Bueno, Jorge Bheron Rocha, Maurilio Casas Maia, dentre outros.

36 FERRAJOLI, Luigi, 2002, p. 467.

37 LA ASAMBLEA GENERAL [...] RESUELVE: [...] 2. Apoyar el trabajo que vienen desarrollando los Defensores Públicos Oficiales de los Estados del Hemisferio, el cual constituye un aspecto esencial para el fortalecimiento del acceso a la justicia y la consolidación de la democracia; 3. Afirmar la importancia fundamental que tiene el servicio de asistencia letrada gratuita prestada por los Defensores Públicos Oficiales para la promoción y protección del derecho de acceso a la justicia de todas las personas, en particular de aquellas que se encuentran en una situación especial de vulnerabilidad en todas las etapas del proceso; 4. Reiterar una vez más a los Estados Miembros que ya cuentan con el servicio de asistencia letrada gratuita que adopten acciones tendientes a que los defensores públicos oficiales gocen de independencia, autonomía funcional, financiera y/o presupuestaria y técnica. [...]

38 [...] Hacia la defensa pública oficial autónoma como salvaguarda de la integridad y libertad personal. [...]

isolados (*ad hoc*) durante o processo. Assim, não raro se vê nomeações acontecendo por ocasião da instalação da audiência de instrução e julgamento, onde o advogado que recebe a incumbência jamais teve contato com a causa e/ou com o acusado, não conhece os autos e os elementos de informação. São nomeações que buscam legitimar o ato instrutório e dar seguimento à marcha tendente à provável condenação.

O sistema está formado assim, perpetrando-se um estado de consensualidade entre os atores do sistema de Justiça em que ninguém se rebela contra a total afronta a preceitos e garantias fundamentais ligados ao Estado Democrático de Direito e a um sistema acusatório de processo penal. Não se pode esquecer que o contraditório e a ampla defesa, como garantias de todo acusado, não se constituem apenas de defesa formal, mas de efetivo instrumento de contraposição à acusação com capacidade para interagir e reagir com eficiência e igualdade.

A propósito, Badaró defende a ideia de que o contraditório deve se apresentar efetivo e equilibrado, não podendo ser assim considerada a simples possibilidade de reação. Segundo ele, o processo dialético se aperfeiçoa por tese e antítese com “conteúdos e intensidades equivalentes” a fim de permitir uma síntese mais justa apoiada em bases simétricas³⁹. Grinover, por sua vez, sustenta que “a reação no processo penal, não pode ser meramente eventual, mas há de fazer-se efetiva. O contraditório, agora, não pode ser simplesmente garantido, mas deve ser estimulado. E a contraposição dialógica entre as partes há de ser real e não apenas formal”. E assevera que o Judiciário deve se portar como garantidor de direitos fundamentais ao enunciar que “o juiz cuidará da efetiva participação das partes no contraditório, utilizando para tanto seus amplos poderes, a fim de que não haja desequilíbrio entre os ofícios da acusação e defesa⁴⁰.”

Portanto, a sistemática de nomeação da defesa técnica pelo juiz, comumente de forma *ad hoc* para participação em atos processuais como a audiência de instrução, nega a possibilidade de um contraditório efetivo e uma defesa realmente ampla pela dificuldade do profissional inteirar-se do conteúdo do processo a tempo de preparar-se dignamente⁴¹. E “defesa sem tempo suficiente é ausência de defesa, ou, no mínimo, defesa ineficiente”⁴². Para além disso, há de se ter um órgão com capacidade de atuação defensiva na mesma intensidade das forças do Estado-acusação.

Há uma tendência natural de manter-se o *status quo* e facilitar o desenrolar da trilha processual. Por vezes, a autoconfiança do julgador ou a assunção de autossuficiência leva-o a se posicionar como protagonista no jogo e a acreditar que extrairá, por condução própria, a melhor interpretação dos fatos processuais, transformando-se, inconscientemente, em fonte de autoritarismo no processo penal⁴³. A defesa técnica, portanto, é relegada a uma

39 Ob. cit., p. 55.

40 GRINOVER, Ada Pellegrini, 1990, p.12, apud BADARÓ, Gustavo Henrique, 2016, p. 55.

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

42 Ob. cit., p. 59.

43 Notícia divulgada em 28/9/2016 na página virtual do CNJ textualiza que, segundo o Conselho, em decisão no Procedimento de Controle Administrativo 0000071-07.2015.2.00.0000, a ausência de membro do órgão de acusação (Ministério Público) não impede a realização da audiência de instrução e julgamento criminal (disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83558-ausencia-de-membro-do-mp-nao-obriga-adiamento-de-julgamento-decide-cnj-2>). Isso reforça a imagem de um Judiciário que se coloca em posição de protagonismo e autossuficiência na condução do processo penal.

posição de mero cumprimento de um *script* legal que exhibe na prática a presença das matrizes inquisitórias.

O procedimento cognitivo pelo qual são tomadas as decisões, outrossim, pode ajudar a entender esse comportamento. Como explica Rosa, “em geral o sujeito convence-se de que está certo, obliterando (invalida, distingue, excepciona, nega, evita etc) o que não convém”. Assim, é aparentemente mais fácil ao julgamento da causa uma defesa técnica conformada do que irresignada e questionadora, pois esta última fará contrapontos a serem superados motivadamente pelo julgador. E segundo o autor “o que contradiz as premissas entrincheiradas causa desconforto e inquietude, forjando-se mecanismos de defesa, capazes de manter a aparente coerência com o novo acrescentado”⁴⁴.

Assim, aquela lógica sequencial de tese, antítese e síntese não se acomodada com perfeição na mente do julgador, pois de acordo com o referido alerta de Coutinho, há uma tendência humana de primeiro decidir e somente depois procurar os fundamentos para justificar a tomada de decisão. Na prática, isso significa que o juiz formará o seu convencimento desde o início, ao ter contato com os primeiros elementos de informação. Evidentemente, a sua percepção poderá sofrer alterações, mas a tendência é que a sua impressão inicial norteie as suas posições e decisões no curso do processo, influenciando fortemente na sua condução até a sentença, inclusive em relação à produção de provas. Terá, certamente, mais dificuldade diante a dissonância cognitiva que balança a coerência interna estruturada pela experiência vivida e ideias formada no mapa mental.

Por isso, Rosa argumenta que deferir perguntas, acolher ou rejeitar pedidos de medidas cautelares, decretar prisões e outras decisões pressupõem antecipação cognitiva. O momento pós-decisão se constitui pela exposição de motivos com olhar retrospectivo, onde as justificativas são forçadamente consonantes com a posição já tomada, razão pela qual nesse processo há um comportamento ativo de fuga de contato com elementos de contraposição.

Portanto, para Gloeckner, o julgador tende à evitação de informações que infirmem as suas crenças e que poderiam conduzir a um caminho alternativo às hipóteses já construídas⁴⁵.

Fica claro nesse contexto que o processo penal dialético se enfraquece, reduzindo também a efetividade das garantias processuais próprias de um sistema penal acusatório iluminado por uma Constituição democrática.

3.4 A MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O princípio da presunção de inocência – para muitos, princípio da presunção de não culpabilidade⁴⁶ – tem exata previsão constitucional no rol dos direitos e garantias

44 ROSA, Alexandre Morais da, 2017, p. 15.

45 GLOECKNER, Ricardo Jacobsen, 2015, p. 276, apud ROSA, Alexandre Morais da, 2017, p. 18.

46 Há quem diga que ao enunciar que “ninguém será considerado culpado...”, a Constituição não explicitou a presunção de inocência, mas sim de não culpabilidade. Bastante significativa essa discussão, pois, para alguns, presumir-se não culpável tem abrangência menor do que presumir-se inocente, apesar da doutrina majoritária dar o mesmo significado para ambas as expressões. A ideia de distintas significações, como bem aponta Marina Haline de Souza em monografia sobre o tema (SOUZA, 2018, p. 28), tem origem na redemocratização italiana, onde os teóricos que defendiam a extrema amplitude da liberdade individual contra o sistema fascista de outrora pregavam a máxima intensidade da presunção de inocência no texto

fundamentais nos seguintes termos: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Apesar da clareza da norma, suas implicações não foram consensuais durante esses trinta anos da Constituição. No tocante à sua incidência sobre a viabilidade de prisão penal antes da definitividade do juízo condenatório, o cenário tem se mostrado bastante instável ao longo dos anos. O CPP, em sua redação original, previa a impossibilidade do réu recorrer da sentença condenatória sem recolher-se à prisão⁴⁷. Em outras leis extravagantes, instituídas na era democrática, havia dispositivos semelhantes, condicionando-se o exercício do direito recursal ao aprisionamento⁴⁸.

O Supremo Tribunal Federal foi instado a enfrentar por diversas vezes essas disposições, à luz do princípio da presunção de inocência, pois havia ali o comando de submissão a uma pena cujo pressuposto – culpabilidade/responsabilidade penal pelo cometimento de crime – ainda não estava definitivamente reconhecido.

Durante muito tempo foi se firmando uma posição majoritária no Tribunal com o entendimento de que o princípio da presunção de inocência “não inibe a execução penal provisória da sentença condenatória sujeita a recursos despidos de efeito suspensivo, quais o especial e o extraordinário⁴⁹”. Porém, sempre houve quem discordasse no âmbito do próprio órgão jurisdicional, a exemplo do ministro Sepúlveda Pertence, segundo o qual, não sendo prisão cautelar que exige decisão motivada, a prisão que decorre da sentença caracteriza execução antecipada da pena e, neste caso, a “antecipação de execução da pena, de um lado, com a regra constitucional de que ninguém será considerado culpado antes que transite em julgado a condenação, são coisas, data vênia, que *hurlent de se trouver ensemble* [coisas incompatíveis]⁵⁰”.

Também são de Pertence as palavras de advertência sobre os reflexos democráticos no processo penal: “creio que não é mais possível continuar brincando de que nada mudou, com o advento da Constituição. [...] estou absolutamente convencido de que mudou e de que não é mais possível fingir de que tudo continua a mesma coisa”.

Em 2008, o código de processo penal foi alterado mediante a revogação do dispositivo que exigia o recolhimento à prisão como pressuposto do recuso de apelação. E em 2009, finalmente, a orientação no Supremo Tribunal Federal sofreu brusca guinada quanto ao princípio da presunção de inocência, ocasião em que o plenário decidiu que a prisão antes do trânsito em julgado só poderia ocorrer a título cautelar – leia-se: prisão preventiva –, inadmitindo-se a execução antecipada da pena⁵¹.

Apesar do estreito elo com o princípio da presunção de inocência criado a partir

constitucional, enquanto teóricos capitaneados pela doutrina do jurista italiano Vincenzo Manzini buscavam pôr freios à previsão de uma presunção de inocência. Assim, a Constituição italiana de 1947 sofreu a resistência autoritária e enfatizou, assim como a brasileira, a não culpabilidade ao invés da inocência: “l'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva”.

47 Art. 594. O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se condenado por crime de que se livre solto.

48 Cite-se, p.ex., art. 9º da Lei nº 9.034/95, art. 3º da Lei nº 9.613/98 e art. 2º, §2º da Lei nº 8.072/90, em suas redações originais.

49 HC 82490, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 29/10/2002, DJ 29-11-2002. Muitas foram as decisões nesse sentido: HC 68726, HC 70662, HC 71723, HC 80174, HC 91.675, dentre outros.

50 HC 69964, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 18/12/1992, DJ 01-07-1993.

51 HC 84078, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, DJ 26/02/2010.

de então, ele foi novamente rompido em 2016, quando em habeas corpus, por maioria de votos, o STF decidiu ser possível a execução provisória da pena após condenação em segundo grau de jurisdição sem isso significar ofensa à Constituição⁵². Posteriormente foram ajuizadas duas Ações Diretas de Constitucionalidade⁵³ buscando-se a afirmação da validade do art. 283 do CPP⁵⁴, onde foram negadas as medidas cautelares pleiteadas de suspensão das execuções provisórias.

Tanto no caso concreto quanto nas ações de controle abstrato predominaram argumentos metajurídicos de conotação político-social, como por exemplo o aumento de recursos pela defesa, a efetividade do direito penal, expectativa de justiça e a sensação de impunidade, razoável duração do processo, segurança pública, dentre outros. Aliás, restou expresso no voto do ministro Gilmar Mendes que sua decisão levava em conta não somente o aspecto normativo, mas a realidade brasileira. Suas palavras:

a mim, me parece que não há nenhuma dúvida de que a realidade mostra que precisamos, sim, de levar em conta não só o aspecto normativo que, a meu ver, legitima a compreensão da presunção de inocência nos limites aqui estabelecidos, a partir do voto do Relator e aqueles que o acompanharam, como, também, levar em conta a própria realidade que permite que exigir o trânsito em julgado formal transforme o Sistema num sistema de impunidade⁵⁵.

Portanto, os votos denotam que os ministros têm consciência do contorcionismo interpretativo propositadamente realizado para afastar a única interpretação eminentemente técnico-jurídica cabível, tendo por fim fazer prevalecer os interesses e anseios da sociedade de momento. O que e viu, portanto, foi uma forte utilização do senso comum e do clamor social para o direcionamento de uma decisão com aspectos mais políticos do que jurídicos.

Como já se afirmou, na democracia as liberdades individuais prevalecem sobre argumentos de Estado e a dignidade da pessoa humana não cede ao suposto direito fundamental da sociedade. O posicionamento adotado atualmente pelo STF revigora, por coincidência de raciocínio, o pensamento prevalecente pelas autoridades do Estado Novo, a exemplo de Francisco Campos, para quem as garantias processuais eram consideradas favores que mais serviam de obstáculo à necessária repressão e estímulo ao aumento da criminalidade. Para ele, deveria ser “abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social”⁵⁶.

Portanto, a prática fomentada pela jurisprudência do STF, nesse ponto, também é um sinal da pecha autoritária, apesar do advento da Constituição cidadã, já balzaquiana⁵⁷.

3.5 OUTRAS PRÁTICAS ANTAGÔNICAS AO MODELO DEMOCRÁTICO-ACUSATÓRIO

Muitos outros dispositivos e comportamentos processuais reverberam a índole

52 HC 126292, Relator(a): Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, DJ 17/05/2016.

53 ADC nº 43 e ADC nº 44.

54 Art. 282. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

55 ADC 43 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 05/10/2016, DJe 07-03-2018.

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

57 Uma analogia à obra de Honoré de Balzac, A Mulher de Trinta Anos (tradução).

antidemocrática no processo penal. Sem a intenção de esgotar os traços marcadamente inquisitorial e/ou autoritário nesse sistema, apontam-se:

(a) **A previsão de instauração de inquérito policial por requisição (leia-se: determinação) da autoridade judiciária**⁵⁸. O magistrado que age dessa maneira se coloca como órgão propulsor da investigação e já parte de uma preconcepção, ainda que incipiente, sobre o fato a ser apurado, afastando-se do centro de imparcialidade.

(b) **A figura do julgador como instrumento de controle sobre o posicionamento do titular da ação (promotor natural) quando, ao contrário deste, entende não ser caso de arquivamento de inquérito policial e provoca a revisão do entendimento pelo órgão superior do Ministério Público**⁵⁹. Apesar de constar da Exposição de Motivos do CPP que o objetivo dessa fórmula foi “dirimir dúvidas” que costumam surgir no caso de recusa do promotor de justiça em oferecer a ação penal, há uma inequívoca quebra da imparcialidade e da inércia do órgão julgador, que demonstrando insatisfação pelo arquivamento toma partido sobre o tratamento a ser dado ao caso, imiscuindo-se na opinio delicti que, nessa fase, é exclusiva do Ministério Público.

(c) **Juiz que condena apesar do pedido de absolvição pelo Ministério Público, nas ações penais públicas**. Prática autorizada pelo art. 385, mas que fere o princípio acusatório, a inércia da jurisdição e a di visão orgânica que outorga ao Ministério Pública a pretensão acusatória. Sem esta última, perde o Estado o poder de punir, em razão da vinculação entre eles.

(d) **A decretação da revelia e conduções coercitivas do investigado/acusado**. Utiliza-se, no processo penal, de instituto típico do processo civil (a revelia), onde majoritariamente se trata de interesses privados disponíveis, reprovando-se (ainda que de forma atenuada em relação ao processo civil) o não agir do réu como se ele tivesse de ter comportamento ativo em processo no qual se presume, até prova em contrário reconhecida por decisão definitiva, a sua inocência, recaindo todos os ônus sobre à acusação. A prática das conduções coercitivas⁶⁰ – como se viu ocorrer até bem pouco tempo – transforma o imputado em objeto processual e fere o seu direito ao silêncio⁶¹ e à inatividade processual (*nemo tenetur se detegere*), lido como a “proibição de uso de qualquer medida de coerção ou intimidação ao investigado (ou acusado) em processo de caráter sancionatório para obtenção de uma confissão ou para que colabore em atos que possam ocasionar sua condenação”⁶². Eros Grau, enquanto ministro do STF, enfatizou alhures que “nas democracias, mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais”⁶³.

58 Art. 5º, inc. II do CPP.

59 Art. 28 do CPP.

60 O art. 260 dispõe que “se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença”. O dispositivo foi enfrentado na ADPF nº 444, julgada procedente em 14/6/2018 para pronunciar a não recepção da expressão “para o interrogatório”, constante do art. 260 do CPP, e declarar a incompatibilidade com a Constituição Federal da condução coercitiva de investigados ou de réus para interrogatório.

61 O CPP demonstra mesmo sua faceta autoritária ao ressaltar que, embora o silêncio do acusado não importe em confissão, “poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz” (art. 198).

62 LIMA, Renato Brasileiro, 2017, p. 69.

63 HC 84078, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, DJ 26/02/2010. Oportunas também as palavras de Badaró: “no modelo inquisitório, o acusado não era um sujeito de direito,

(e) **A relativização das nulidades.** Contrariando a premissa de que forma é garantia e limitação de poder, os tribunais pátrios vêm adotando mais um instituto civilista no processo penal, exigindo-se a comprovação de prejuízo na extensão da generalidade de significação do termo. O que se tem por prejuízo? Não se sabe, sempre dependendo da absurda discricionariedade de avaliação do órgão julgador.

(f) **Aplicações ampliativas da expressa “garantia da ordem pública” para fundamentar prisões preventivas.** Utiliza-se o processo penal como um instrumental a serviço da segurança pública e defesa social, por meio do sofisma de que se estaria, assim, respeitando-se a Constituição na medida em que esta trata a segurança e o bem estar como valores e direitos a serem protegidos. A maior falha está em utilizar o processo penal como mecanismo para esse fim.

(g) **Utilização indiscriminada da videoconferência para interrogatórios.** Argumentos que buscam embasar a medida em questões de economia, eficiência, segurança (sem apontar os riscos concretos da situação) ou de logística procedimental em detrimento da instrumentalidade das garantias individuais do acusado, com ênfase na ampla defesa, coloca razões de Estado acima das liberdades individuais fundamentadas na dignidade da pessoa humana. Conforme já demonstrado, em regimes autoritários, questões de Estado são usualmente arguidas como justificativas para restrições dos direitos e garantias individuais.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Fácil perceber que, na prática, o processo penal não se distanciou diametralmente da postura inquisitorial assumida sob a égide do Estado Novo, apesar das reformas por que passou o respectivo Código. Nesse contexto, a Constituição completa trinta anos sem poder comemorar a plena eficácia de seu programa democrático, pois enfrenta forte oposição de discursos autoritários, afinal, como preconizam Lopes Jr. e Gloeckner, os sistemas processuais passam pela questão cultural democrática, de modo que “de nada adianta mudar a ‘fachada’ [legislação] quando uma cultura floresce em seus recônditos interiores”⁶⁴.

A CRFB/88, como discursou o presidente da Constituinte, nasceu para mudar os rumos da Nação, ser a voz, a letra e a vontade política da sociedade. No entanto, em um ambiente multifacetário, de vontades distintas, ecoam vozes contra a estrutura democrática e a carta de direitos fundamentais. Trinta anos depois, o país continua soterrado em crises jurídica, política, econômica e social. De um grupo com 189 países, ocupamos a 79ª posição da lista em Índice de Desenvolvimento Humano; somos o 9º país mais desigual do planeta, em que nos últimos dois anos os 50% mais pobres sofreram redução de 3,5% em seus rendimentos e os 10% mais ricos obtiveram aumento em 6%; mulheres ganham, em média, apenas 70% do que ganham os homens, enquanto que negros ganham apenas

mas sim um objeto do processo, uma fonte detentora de toda a verdade a ser extraída, para não se dizer extorquida, pelo inquisidor, ainda que mediante tortura. [...]. Já no modelo acusatório o acusado é um sujeito de direito, a quem se assegura a ampla defesa, com o direito de produzir provas aptas a demonstrar a versão defensiva de um lado, e sendo-lhe assegurado, de outro, o direito ao silêncio, eliminando qualquer dever de colaborar com a descoberta da verdade” (ob. cit., p. 96).

64 Ob. cit., p. 63.

53% do que ganham os brancos; temos cerca de 15 milhões de pessoas abaixo da linha da pobreza, ganhando menos de US\$ 1,90/dia e 22% da população não auferindo mais do que US\$ 5,5/dia⁶⁵.

O Estado liberal com o discurso de minimização de sua estrutura e serviços se abstém de oferecer políticas públicas sociais de qualidade e de proteção das minorias, porém, cobra severamente da população vulnerável um comportamento ideal, modelado pelos interesses implícitos do direito penal. Cobram-se de indivíduos em situação de rua, de jovens frutos de uma infância de abandono pela família e sem apoio das estruturas do Estado, de seres mal nutridos e mal letrados, de mulheres vulneráveis pela violência doméstica e exploradas pelo tráfico, de pessoas sem emprego e sem condições sanitárias de manter-se em uma vida digna, enfim, cobram-se deles uma ética puritana sob pena de sofrerem os rigores da lei.

Tecendo oportuna crítica ao modelo de ensino dos cursos jurídicos no país, Shimizu e Strano advertem para as dificuldades que os futuros profissionais enfrentarão na aplicação do Direito em busca de soluções aos problemas reais, à luz de uma concepção hermética e legalista das sanções penais que adquiriram na graduação:

Os novos 'doutores', bacharéis em Direito, tentarão, então, ensinar o conceito de saúde pública a indivíduos que nunca foram decentemente atendidos em hospitais públicos; dissertarão sobre a importância do patrimônio a pessoas que não possuem renda; enaltecerão o respeito e a vida a indivíduos que sempre foram desrespeitados e que convivem com a morte desde a infância; pregarão a imponente da norma e do sistema de justiça àqueles que nasceram em situação de descaso estatal e social, dentre outros inúmeros exemplos que ilustram o distanciamento entre a operacionalização do sistema jurídico e a realidade que ele toca⁶⁶.

Como observa Pastana, conquanto as estatísticas demonstrem que o recrudescimento penal não diminui a criminalidade (mas, abarrota as penitenciárias permitindo a proliferação de organizações criminosas), “esse discurso ganha cada vez mais legitimidade e, de forma paradoxal, associa-se à defesa da democracia”⁶⁷.

E o que se vê hodiernamente é o desrespeito à Constituição, inclusive por aqueles que deveriam protegê-la, sob o frágil fundamento de defesa da sociedade e atendimento às vozes da rua. Mas a verdade é que desde a promulgação do Texto de 1988, o Brasil saltou de menos de 90 mil para mais de 720 mil presos, evidenciado que o discurso conflita com a prática, pois estudos comprovam que o aumento da taxa de encarceramento pouco ou nada contribui para a redução dos índices de criminalidade⁶⁸.

Após trinta anos, a Constituição sofre a resistência do “eu” autoritário que existe em cada um dos brasileiros, em alguns adormecido, em outros eufórico como nunca.

Calham nesta hora as palavras de Ulysses Guimarães por ocasião do renascimento jurídico da democracia. Dizia ele que “a Constituição certamente não é perfeita. Ela própria

65 OXFAM BRASIL. 2018. País Estagnado: Um Retrato das Desigualdades Brasileiras 2018. Disponível em: <https://www.oxfam.org.br/sites/default/files/arquivos/relatorio_desigualdade_2018_pais_estagnado_digital.pdf>

66 SHIMIZU, Bruno; STRANO, Rafael Folador, 2014, p. 380-381.

67 PASTANA, Debora Regina, 2009, p. 141.

68 LAPPI-SEPPÄLÄ, Tapio. Causes os prison overcrowding. UNITED NATIONS ASIA AND FAR EAST INSTITUTE, Report of the workshop Strategies and best practices against overcrowding in correctional facilities. 2011. Disponível em: <https://www.unafei.or.jp/publications/pdf/12th_Congress/12Tapio_Lappi-Seppala.pdf>.

o confessa ao admitir a reforma. Quanto a ela, discordar, sim. Divergir, sim. Descumprir, jamais. Afrontá-la, nunca”⁶⁹.

69 Discurso de Ulysses Guimarães na promulgação da CRFB/88, disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/CAMARA-E-HISTORIA/339277--INTEGRA-DO-DISCURSO-PRESIDENTE-DA-ASSEMBLEIA-NACIONAL-CONSTITUINTE,-DR.-ULISSES-GUIMARAES-%2810-23%29.html>>.

REFERÊNCIAS

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

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

SOUZA, Marina Heline de. **O retrocesso do princípio da presunção de inocência no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade** 43 e 44.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação). **Universidade Estadual de Ponta Grossa**, Ponta Grossa, 2018.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

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

FISCHER, Douglas. **O sistema acusatório brasileiro à luz da Constituição Federal de 1988 e o PL 156**. Custos Legis. Revista Eletrônica do Ministério Público Federal, 2011, p. 5. Disponível em: http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2011/2011_Dir_Penal_fischer.pdf

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

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**. 5. Ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

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

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

LOPES JR. Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processos penal**. 6. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

MACIEL, Marco. **Compromisso com a nação**. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 47 n. 187 jul./set. 2010. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/198652/000836750.pdf?sequence=1>

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 9. Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

OXFAM BRASIL. 2018. **País Estagnado: Um Retrato das Desigualdades Brasileiras 2018**. Disponível em: https://www.oxfam.org.br/sites/default/files/arquivos/relatorio_desigualdade_2018_pais_estagnado_digital.pdf

PASTANA, Debora Regina. **Justiça penal no Brasil contemporâneo: discurso**

democrático, prática autoritária. São Paulo: Editora Unesp, 2009.

ROSA, Alexandre Morais da. **Teoria dos jogos e processo penal**. 2. Ed. Florianópolis: Editora Empório Modara, 2017.

SHIMIZU, Bruno; STRANO, Rafael Folador. **O Defensor Público e a criminologia: da “desalienação” à resistência**. In: Temas aprofundados da Defensoria Pública. V.1. 2. Ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. V. 1. 32. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **A questão criminal**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2013.