

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA
DO RIO DE JANEIRO



Andrea Maria Nessralla Bahury

**A Ausência de Efetiva Ampla Defesa e o
Comprometimento do Devido Processo
Penal**

TESE DE DOUTORADO

Departamento de Direito

Programa de Pós-graduação em Direito

Rio de Janeiro

Novembro de 2016



Andrea Maria Nessralla Bahury

**A Ausência de Efetiva Ampla Defesa e o
Comprometimento do Devido Processo
Penal**

Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor pelo Programa de Pós-graduação em Direito da PUC-Rio. Aprovada pela Comissão Examinadora abaixo assinada.

Prof. Ilié Antonio Pele

Orientador

Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. João Ricardo Dornelles

Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof^a. Victória-Amália de Barros Carvalho Gozdawa de Sulocki

Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro

Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Prof. Jean-François Yves Deluchey

UFPA

Prof^a. Monica Herz

Vice-Decana de Pós-Graduação do Centro de
Ciências Sociais – PUC-Rio

Rio de Janeiro, 03 de novembro de 2016

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização da universidade, do autor e do orientador.

Andrea Maria Nessralla Bahury

Graduou-se em Direito na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) em 1986, mestrado em Sociologia no Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (IUPERJ). Professora de Direito Penal, Processual Penal I e II da Graduação na Escola Superior Dom Helder Câmara. Promotora de Justiça Titular da Comarca de Belo Horizonte - MG

Ficha Catalográfica

Bahury, Andrea Maria Nessralla

A Ausência de Efetiva Ampla Defesa e o Comprometimento do Devido Processo Penal / Andrea Maria Nessralla Bahury; Orientador: Ilié Antonio Pele – Rio de Janeiro PUC, Departamento de Direito, 2016.

v., 227f.: il. ; 29,7 cm

1. Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito.

Inclui referências bibliográficas.

1. Direito – Teses. 2. Devido Processo Penal, 3. Ampla Defesa, 4. Contraditório, 5. Garantias Processuais, 6. Acesso à Justiça, 7. Defensoria Pública. I. Pele, Ilié Antonio Pele. II Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito. III. Título.

CDD:340

À minha mãe e ao meu pai (*in memoriam*) por terem me despertado desde a mais tenra idade o olhar para o outro.

Aos meus filhos, Luísa e Antônio, desejando que pautem suas vidas pelo amor ao conhecimento e pela humildade que o dignifica.

Ao Mário, por me acompanhar no percurso da vida.

Agradecimentos

Durante todo esse percurso, questioneei-me se seria capaz de chegar até aqui. Horas de estudo, de solidão, de renúncia ao contato com familiares e amigos. Muitas leituras e a difícil missão de escrever. Criei um recanto na casa, isolado, com uma janela de onde se via uma árvore frondosa, folhas verdes e, por vezes, flores, e isso me acalmava.

Creio que o trabalho foi uma catarse, 18 (dezoito) anos atuando na área criminal me propiciaram desenvolver cada vez mais a minha humanidade. Não solicitei uma licença no Ministério Público por pudor e também pelo comprometimento com o labor cotidiano. Resultado, total esgotamento, exaustão e me pergunto: “Será que conseguirei fazer os agradecimentos?” Deles não posso prescindir e, ultimamente, sempre em meio às muitas anotações referentes aos ajustes finais da tese, escrevia “não esquecer os agradecimentos”.

Enfim, chegou o momento.

Ao meu orientador, Professor Antonio Pele, pela dedicação, paciência, disponibilidade, compreensão e, sobretudo, pela generosidade em transmitir o conhecimento e, ainda diria, pelo acolhimento. Serei eternamente grata por me permitir acreditar que seria capaz. Não somente lhe agradeço, quero também deixar registrada nessas linhas a minha profunda admiração. A admiração era tanta que sempre ficava encabulada e até mesmo com vergonha de mostrar os meus escritos. Que a amizade construída ao longo desse ano perdure no decorrer da vida.

À Jessica por ter desviado o olhar do Antonio para “mirar el cielo”, eles vão entender...

À Escola Superior Dom Helder Câmara, onde tenho o orgulho de fazer parte do corpo docente, pela valorização cotidiana que dispensa aos seus professores e por possibilitar a realização do Doutorado nesse convênio com a PUC/RIO.

Aos funcionários da biblioteca da Escola Superior Dom Helder Câmara, especialmente ao Anderson e sua equipe, Abraão, Camila, Cristialan, Gerson, Gianni, Lucas, Michelle e Reginaldo que sempre foram solícitos e prestativos, atendendo-me com tanto carinho que, não poucas vezes, deixei o meu recanto solitário para estar na biblioteca.

À equipe da Secretaria de Pós-Graduação em Direito da PUC/RIO, especialmente ao Anderson pelo carinho, zelo, cordialidade e profissionalismo.

À todos os colegas de Doutorado pela solidariedade no percurso e desejando que os vínculos criados perdurem.

Ao Élcio, meu amigo desde os tempos da Defensoria Pública e atualmente colega na Escola Superior Dom Helder Câmara, por ter me sugerido fazer o Doutorado e ainda por me dizer: “Você tem que falar sobre a defesa, isso é a sua cara”.

Ao amigo Eron, companheiro na Dom Helder, com quem divido a “solidão” dos tempos atuais, agradeço as valiosas sugestões e registro aqui a minha admiração.

Ao querido amigo Renato, à época de seleção para o ingresso no Doutorado, meu estagiário na Promotoria de Caeté/MG, por ter me incentivado a participar do processo de seleção do Doutorado; quando confusa e atordoada com a tecnologia, ele me dizia “escreve” e “deixa que eu cuido do resto” e foi assim que ele cuidou da transformação dos documentos necessários em PDF e do envio para a PUC/RIO, tendo feito também toda a formatação do projeto e literalmente “me metido nessa encrenca”.

Ao Henriquinho, meu ex-estagiário, que se tornou um grande amigo, pelo auxílio na pesquisa jurisprudencial, tarefa que desenvolveu com dedicação e, como sempre, com espírito crítico. Além de me dizer o tempo todo: “Calma, que tudo vai dar certo”, jamais esquecerei o seu carinho.

Agradeço à Lúcia Helena por me possibilitar ter uma relação melhor com o computador, sem me desesperar com os “piripagues”. Desde que passei a, literalmente, ter aulas, me tornei menos *stressada* com a tecnologia, melhor dizendo, passei a entrar menos vezes em “pane”.

Agradeço imensamente às minhas amigas Alexana, Fernanda, Flávia, Isabel, Márcia, Maria Emília, Roberta e Vanusa pelos vários momentos em que ouviram minhas lamentações, minha angústia e, não raras vezes, a vontade de desistir. Vocês são minhas eternas companheiras...

À Aline e Silvia, cada uma a sua maneira, me permitiram passar por esse processo, tornando tudo um pouco mais leve. Afinal, quem conta e canta, seus males espanta...

À minha equipe no Ministério Público do Estado de Minas Gerais, composta até janeiro desse ano por Anderson, Henriquinho e Letícia e, atualmente, também por Daniela, pela compreensão com o meu cansaço e pela dedicação e comprometimento com o trabalho. Eles sabem o quanto foi difícil conciliar o trabalho na Promotoria e o Doutorado, sobretudo, nesta etapa final. Mais do que uma equipe de trabalho, tenho verdadeiros amigos e a parceria estabelecida não se limita ao dia a dia no Fórum.

Ao meu irmão Wladimir, amigo e companheiro desde sempre, minha querida cunhada/irmã Ângela e meus amados sobrinhos, Natália e Lucas, por estarem sempre por perto e por sorrirem e não me deixarem prolongar a conversa quando eu falava “não aguento mais”, “estou muuuuito cansada”. Não esqueço os “risinhos” e o “calma tia, tudo vai dar certo”.

À minha madrinha, por sua fé, por me proteger desde a infância e por acompanhar cada passo e tropeço de minha vida.

À minha protetora e companheira desde adolescente, Augusta (Guguta), como é chamada por meus filhos até hoje. Foi essa senhora, hoje com 83 (oitenta e três) anos que dedicou sua vida não somente à sua família como também à minha, que deixou a ilha de São Luís para “ganhar a vida” na cidade maravilhosa que, posteriormente, deixou o mar do Rio e veio para este belo horizonte, onde cuidou dos meus filhos ainda pequenos para que eu pudesse trabalhar e estudar para os concursos. Hoje, de volta a São Luís, no aconchego de sua casa, tão merecidamente conquistada, perto de seu filho, nora e netos, quero te render essa homenagem... Você faz parte dessa história e tudo acompanhou...

À minha companheira no dia a dia em casa, Ângela (Angibaca), como os meninos a chamam, você que resolve tudo, que mal me vê em casa; o que seria de mim sem o seu apoio e o seu carinho. Você, de fato, é um “anjo”, com suas asas protetoras.

À minha admirada mãe, tão meiga e terna, forte e, ao mesmo tempo, frágil. Que acompanha todo o meu percurso. A ela que sempre incentivou e ajudou aqueles que desejavam estudar. Me recordo de suas palavras que desde pequena ouvia: “gosto de ajudar quem quer estudar...”. Hoje, minha amada mãe, que já não corre tanto para o trabalho, que fica “quietinha” em casa, quero te agradecer por ser quem és e pelos teus ensinamentos que não vieram em forma de lições, mas pelo exemplo de tua vida...

Ao meu amado e admirado companheiro nesses 25 (vinte e cinco) anos de percurso. Recordo a nossa primeira morada em Botafogo, a pequena varanda com vista para o Cristo Redentor, a esteirinha e a planta como decoração; depois o pequeno e aconchegante apartamento no final do Leblon, prédio pequeno, antigo e sem elevador e a nossa planta nos acompanhou e veio a pequena Luísa. Dez meses depois, partimos para este belo horizonte de montanhas e a saudade do mar se instalou... Veio o pequeno Antonio e a família se completou. Pautamos nossa vida pelo estudo e pelo trabalho e confesso que agora quero me dedicar mais a você... O que te causa risos, pois a gente sempre andou na correria... Sem você querido Mário nada disso teria sido possível e te agradeço por toda uma vida compartilhada, por tudo...

O trabalho é decorrente da experiência e do desejo de relatar e com humildade o apreseto. Nesse processo, ninguém passa incólume...

Resumo

Bahury, Andrea Maria Nessralla; Pele, Ilié Antonio. **A Ausência de Efetiva Ampla Defesa e o Comprometimento do Devido Processo Penal**. Rio de Janeiro, 2016. 227p. Tese de Doutorado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica.

A persecução penal foi analisada sob a ótica da incidência do princípio da ampla defesa na fase de inquérito policial e no curso do processo. A partir da observação das práticas dos órgãos estatais que atuam na persecução penal, foi possível inferir que apesar da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabelecer princípios garantistas, norteadores do processo penal, a atuação dos órgãos estatais ainda está pautada por um caráter repressivo/punitivo que inspirou a elaboração do Código de Processo Penal de 1941. Foram selecionados julgados do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais demonstrativos de uma interpretação que prima pela relativização das garantias processuais. Ainda que se realizem reformas no diploma processual penal, visando melhor adequá-lo à Constituição Federal, não há que se falar em respeito ao devido processo penal enquanto as decisões judiciais persistirem em flexibilizar os princípios constitucionais e as normas infraconstitucionais garantidoras dos direitos daqueles que estão sujeitos ao processo. O comprometimento do devido processo penal é evidenciado não somente por tais práticas judiciais, mas também pela ausência de efetiva ampla defesa, pois grande parte daqueles que estão submetidos ao processo não tem condições de contratar advogados e não há por parte do Estado o cumprimento do dever de prestar a assistência jurídica integral e gratuita a ser realizada pela Defensoria Pública. A ausência de efetiva ampla defesa macula o exercício da cidadania e o processo penal é visto como instrumento para “legitimar” uma exclusão que o antecede, assumindo o Estado brasileiro a postura do eficientismo penal em detrimento do respeito às garantias constitucionais. Nessa perspectiva, reconhece-se a necessidade de melhor estruturação da Defensoria Pública, para a defesa dos direitos dos hipossuficientes, pois em razão da capacidade técnico-jurídica de seus profissionais, pode se contrapor às práticas autoritárias, defendendo o *status libertatis* dos investigados e acusados.

Palavras-Chave

Devido Processo Penal; Ampla Defesa; Contraditório; Garantias Processuais; Acesso à Justiça; Defensoria Pública.

Abstract

Bahury, Andrea Maria Nessler; Pele, Ilié Antonio (Advisor). **The Absence of Effective Full Defense and the Jeopardizing of the Due Criminal Process**. Rio de Janeiro, 2016. 227p. Tese de Doutorado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica.

Criminal prosecution was assessed from the perspective of the principle of full defense during police investigation and along corresponding procedures. From the observation of state agency practices regarding criminal prosecution, it was possible to infer that, despite the fact that the 1988 Constitution of the Federative Republic of Brazil sets forth guarantee principles to guide criminal procedures, the performance of state offices is still ruled by a repressive/punitive characteristic that inspired the creation of 1941 Code of Criminal Proceedings. Decisions issued by the Federal Supreme Court, the Superior Court of Justice and the Court of Justice of the State of Minas Gerais were selected once they demonstrated an interpretation that excels in the relativizing procedural guarantees. Even if reforms are carried out to the criminal procedural diploma aiming at better adjusting it to the Federal Constitution, it is not possible to talk about respect for the due criminal procedure while legal decisions insist in softening constitutional principles and infra-constitutional standards that guarantee the rights of those who are subjected to the proceedings. The sacrifice of the due criminal procedure is evidenced not only by such legal practices, but also by the lack of effective full defense once most of those who are subjected to the procedure cannot engage lawyers and the Government fails to comply with the obligation to provide full and free legal assistance through the Public Defender's Office. The absence of effective full defense tarnishes the exercise of citizenship and the criminal procedure is seen as an instrument to "legitimate" an exclusion that precedes it. The Brazilian State assumes the posture of criminal efficiency to the detriment of respect for constitutional guarantees. From that stand point, is recognized the need to improve the structure of the Public Defender's Office to defend the rights of the disadvantaged ones, due to the technical and legal capacity of its professionals, they can fight authoritarian practices, defending the status libertatis of investigated and accused ones.

Keywords

Due Criminal Process; Full Defense; Adversarial Procedure; Procedural Guarantees; Access to Justice; The Office of Public Defender.

Sumário

Introdução	17
1 O Passado que permanece – A violência do Estado nas práticas penais	25
1.1 Foucault e a sociedade punitiva	25
1.1.2 Compreensão das práticas punitivas - O Inimigo Social	27
1.2 A Leitura nacional sobre o sistema punitivo	34
2 Ampla Defesa e Contraditório no Inquérito Policial	41
2.1 Persecução Penal	41
2.1.1 Órgãos encarregados da persecução penal na primeira fase	42
2.2 Investigação Preliminar	44
2.2.1 Inquérito Policial	45
2.3 Caráter inquisitivo - a discussão doutrinária a respeito da incidência do contraditório e da ampla defesa	46
2.3.1 A interpretação do artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal	48
2.4 Elementos informativos e a formação da <i>opinio delicti</i> do titular da ação penal	57
2.4.1 Da necessária distinção entre elementos informativos e provas	59
3 Ampla Defesa no Curso do Processo	62
3.1 Previsão Constitucional – Ampla Defesa e Assistência Judiciária e Jurídica	62
3.2 Cumpre o Estado o seu dever de prestar a assistência jurídica integral e gratuita?	64
3.3 Paradigma Autoritário X Paradigma Democrático	66
3.4 Ampla Defesa - Princípio, direito e garantia	71

3.4.1 Defesa técnica	74
3.4.2 Autodefesa	78
3.4.3 Ampla Defesa e Contraditório	82
4 A Formação do Convencimento do Órgão Julgador	86
4.1 Processo como procedimento em contraditório	87
4.2 Critérios para a formação do convencimento do juiz	88
4.2.1 Importância da atuação das partes em paridade de condições	92
4.2.2 A Precariedade da Atuação Defensiva e a Preponderância da Atuação Ministerial na Fase de Inquérito	94
4.3 Atuação do Órgão Jurisdicional	96
4.3.1 No Inquérito Policial	97
4.3.2 No Curso do Processo	99
4.4 A Crítica Doutrinária aos Poderes Instrutórios do Juiz	101
4.4.1 O Debate na doutrina	102
4.5 Livre Convencimento Motivado - Desmitificando a verdade dos fatos – Sentença como ato de convencimento	108
5 Atua o Poder Judiciário como garantidor do devido processo penal?	113
5.1 Impossibilidade de Aplicação da Pena sem Processo	114
5.1.1 Atos Procedimentais e Nulidades	115
5.1.2 Necessidade de Declaração Judicial para o Reconhecimento das Nulidades	117
5.2 A Defasagem entre o Sistema de Nulidades e a Constituição Federal de 1988 e as Alterações no Código de Processo Penal	119
5.3 A Exposição de Motivos do Código de Processo Penal e o Sistema de Nulidades	120
5.4 O Papel do Poder Judiciário Como Garantidor do Devido Processo Penal	121
5.4.1 Supremo Tribunal Federal – Guardião dos Direitos Fundamentais?	123
5.4.1.2 Utilização da Súmula nº 523 do Supremo Tribunal Federal	125

6 Acesso à Justiça como expressão da cidadania – O papel da Defensoria Pública	131
6.1 Direito de acesso à justiça – direito fundamental e garantia na Constituição Federal de 1988	131
6.2 A assistência jurídica integral e gratuita no processo penal	136
6.3 A não efetividade da norma referente ao acesso à justiça	140
7 Considerações finais	142
8 Referências bibliográficas	149

Introdução

“A função do poder-violência, na institucionalização do direito, é dupla no sentido de que, por um lado, a institucionalização almeja aquilo que é instituído como direito, como o seu fim, usando a violência* como meio; e, por outro lado, no momento da instituição do fim como um direito, não dispensa a violência*, mas só agora a transforma, no sentido rigoroso e imediato, num poder* instituinte do direito, estabelecendo como direito não um fim livre e independente de violência (Gewalt), mas um fim necessário e intimamente vinculado a ela, sob o nome de poder (Macht). A institucionalização do direito é institucionalização do poder e, nesse sentido, um ato de manifestação imediata da violência”¹

Walter Benjamin – Crítica da Violência – Crítica do Poder

O direito de defesa, em nosso ordenamento jurídico elevado à categoria de princípio constitucional, princípio da ampla defesa, previsto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República Federativa do Brasil, inserido em seu Título II, que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais, está previsto não apenas no ordenamento jurídico interno, mas também no ordenamento jurídico internacional². Entretanto, não é objeto do presente trabalho a abordagem do tema em sua repercussão na ordem internacional, sendo o recorte feito visando à análise tão somente no âmbito nacional.

Deve ser assegurada no processo penal a ampla defesa, e a falta de efetiva defesa compromete o princípio do devido processo legal, igualmente previsto na Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LIV, o que constitui desconformidade com o sistema instituído nacional e internacionalmente no sentido de respeito aos direitos humanos.

O tema sempre suscitou meu interesse, sobretudo, a partir do momento em que ingressei nos quadros da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais no ano de 1998. A atuação na Defensoria Pública permitiu verificar a distância entre

¹ O tradutor Samuel Sigman optou por utilizar asterisco quando a palavra “Gewalt” pudesse ser entendida em duas acepções “violência” ou “poder”.

² O Estado brasileiro é signatário de tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, como exemplo, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica, assinada, em San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, e entrada em vigor em 18 de julho de 1978, conforme artigo 74.2 da Convenção). O direito à defesa faz parte do rol de direitos ali elencados. Dispõe o artigo 8.2.d, do Pacto de San José da Costa Rica – Artigo 8º - Garantias Judiciais 2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada a sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor.

São países signatários do Pacto de San José da Costa Rica, entre outros, Argentina, Bolívia, Canadá, Chile, Colômbia, Estados Unidos, México, Peru e Uruguai.

a previsão constitucional e a efetiva aplicabilidade do princípio no dia a dia forense. Essa distância entre normatividade e efetividade pôde ser constatada porque a Defensoria Pública, à época, como também acontece atualmente, já com significativas melhorias, não estava devidamente estruturada.

A falta de estrutura das Defensorias Públicas se exterioriza no que diz respeito aos seus quadros uma vez que não há Defensores Públicos em número suficiente para atender todas as comarcas do país e, também, no que diz respeito ao instrumental propiciado pela instituição, salas adequadas para o atendimento ao público, biblioteca, computadores, número de servidores, estagiários, etc. Pode ser acrescentado, ainda, o tratamento diferenciado no recebimento da dotação orçamentária³ para o funcionamento da instituição, bastante inferior ao recebido pelo Poder Judiciário e pelo Ministério Público.

As dificuldades eram patentes, começando pelo próprio desprestígio da instituição, à época, vinculada ao Poder Executivo, sem recursos próprios, falta de material e de instalações adequadas à prestação do serviço. A remuneração dos Defensores era, como ainda acontece, inferior à dos membros do Poder Judiciário e do Ministério Público⁴ e de outras carreiras jurídicas, contribuindo, sobremaneira, para a migração dos profissionais da Defensoria Pública, como foi o meu caso ao realizar o concurso e ingressar no Ministério Público do Estado de Minas Gerais no ano de 2001.

Como Defensora Pública, pude constatar as dificuldades em manter contato com os investigados, os acusados e os sentenciados. A ausência de prévio contato impossibilitava saber os direitos reivindicados ou ter o conhecimento das suas versões sobre os fatos e também obrigava, no processo de conhecimento, no momento processual oportuno, arrolar as mesmas testemunhas do Ministério Público ou do querelante sem que se tivesse a possibilidade de arrolar testemunhas indicadas pelo assistido.

³ Pela Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei Complementar 101/2000, ao Poder judiciário é destinado 6% e ao Ministério Público 2% da arrecadação do Estado. Não há previsão legal de destinação de percentual da arrecadação do Estado para a Defensoria Pública. Em termos orçamentários a Defensoria Pública está ligada ao Poder Executivo, dependendo de negociação a cada ano da verba que lhe é destinada.

⁴ Juiz de primeira instância M05 R\$ 26.125,17 – Fonte <http://bit.ly/2ch0xYV>
Promotor de Justiça primeira instância - R\$ 26.125,17 – - Fonte <http://bit.ly/2bZDWEB>
Defensor Público de classe inicial – R\$ 17.607,06. Fonte: Projeto de Lei Complementar 57/14 e Projeto de Lei 4828/14. Fonte: <http://bit.ly/2c5WXqg>

A falta de conhecimento prévio do assistido, da sua versão sobre os fatos, da informação sobre as testemunhas ou demais provas que possam por ele ser indicadas, prejudica demasiadamente o exercício de uma defesa efetiva. Na maioria das vezes, o primeiro contato com o assistido é, justamente, o momento de seu interrogatório em juízo que, atualmente, coincide com o momento da realização da audiência de instrução e julgamento, sem a possibilidade, em termos de tempo, de construir uma defesa efetiva.

Como membro do Ministério Público, a constatação não é diferente. É possível perceber, em razão da atuação como Promotora de Justiça em comarcas do interior do Estado de Minas Gerais, onde sequer há Defensores Públicos, o desequilíbrio entre as partes.

A preconizada igualdade, a ideia de paridade de armas, a chamada *par conditio*, própria do princípio do contraditório, previsto igualmente na Constituição Federal, no mesmo artigo 5º, inciso LV, não existe para aqueles que não têm condições de contratar advogados, precisamente e não à toa, a grande parte da clientela do Direito Penal em nosso país.

Os princípios do contraditório e da ampla defesa, portanto, se encontram maculados, uma vez que a possibilidade de reação frente à pretensão punitiva do Estado resta prejudicada, o que acarreta o comprometimento do devido processo penal.

A ampla defesa deve ser entendida não somente como direito do indivíduo submetido à persecução penal como também uma garantia de um processo penal no qual seja assegurado o efetivo equilíbrio entre as partes a fim de que possa ser realizada a prestação jurisdicional de forma justa; interesse não somente do indivíduo processado como também de toda a sociedade.

A maioria dos que estão submetidos à persecução penal, seja em liberdade ou privados dela, em virtude de prisão provisória ou decorrente de sentença condenatória transitada em julgado, não possui advogados e sequer tem condições para a contratação desses profissionais.

Em tese, a esses indivíduos, deveria o Estado propiciar a assistência jurídica integral e gratuita, tal como previsto no artigo 5º, inciso LXXIV da Constituição Federal. No entanto, em várias comarcas do país não há a prestação dos serviços

da Defensoria Pública⁵ e, em alguns casos, os serviços são prestados de forma esporádica, sem continuidade.

Na maior parte dos casos, onde é patente a necessidade da prestação de tal serviço, para que seja possível cumprir a regularidade procedimental, que exige a presença de defesa técnica, faz-se necessária a nomeação, pelo juiz, de advogados para patrocinar a defesa. Na fase de execução da pena são bastante comuns os pedidos manuscritos pelos próprios sentenciados, visando algum benefício da Lei de Execução Penal.⁶

A observação das práticas dos órgãos jurisdicionais no que se refere ao seu dever de garantir o direito à ampla defesa permite constatar a flexibilização constante desse princípio constitucional. Não raras vezes predomina, em detrimento da observância do princípio da ampla defesa, o interesse em cumprir a regularidade formal do processo para que ele chegue ao seu termo com a prolação da sentença. Esse objetivo premente de finalização do processo a qualquer custo elide uma real atuação do órgão jurisdicional no sentido de assegurar a presença no processo de uma defesa técnica efetiva.

A prática no dia a dia forense suscitou o interesse pelo tema e propiciou, a partir de um olhar crítico, não meramente reprodutor do saber técnico-jurídico, o surgimento de questionamentos a respeito do processo penal de modo a tentar estabelecer associação entre a natureza jurídico-normativa do processo e o aspecto político no que se refere às relações de poder envolvidas na persecução penal.

Em sua maioria os indivíduos sujeitos à persecução penal são aqueles pertencentes aos estratos menos favorecidos da sociedade. São, sobretudo, os pobres, os negros, os desempregados, os marginalizados; o próprio meio forense faz referência a eles como sendo “a escória”. A etimologia da palavra escória, em grego, está associada à ideia de excremento e, em latim, a fezes de metal; miséria ou aflição.⁷

Trata-se, portanto, do lixo, dos dejetos, dos resíduos, indivíduos que sobram, que não fazem falta, não são absorvidos pelo mercado de trabalho e de

⁵ Segundo dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA)/Mapa da Defensoria Pública no Brasil, ano de 2013, o déficit total do Brasil era de 10.578 Defensores Públicos .

⁶São inúmeros os pedidos manuscritos feitos pelos próprios condenados visando benefícios previstos na Lei de Execução Penal (Lei 7210/84), tais como, saída temporária, progressão de regime, livramento condicional, entre outros. Não é objeto do presente trabalho a análise do processo de execução, mas tão somente a do processo de conhecimento.

⁷ Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa.

consumo. Faz-se necessário, então, expeli-los do meio social de forma mais eficaz; não bastando a privação dos direitos à moradia, ao saneamento básico, ao trabalho, à saúde, à educação, torna-se objetivo, em nome da segurança pública, de modo a evitar o perigo que representam à coletividade, a privação da liberdade.

O processo penal tem papel primordial, na medida em que constitui o “percurso legítimo” para uma exclusão que o antecede de modo a torná-la mais efetiva. A privação da liberdade para aqueles que não estão a merecê-la, as ditas classes perigosas, apaziguará os anseios de segurança e propiciará a crença na almejada paz social.

Cumprindo o Estado o seu dever de punir, ainda que não cumpra os seus deveres sociais, perversamente, em nome da segurança, retroalimenta a insegurança e a vulnerabilidade a que todos estamos sujeitos, principalmente, a população mais carente.

Mais do que com a defesa no processo penal, a preocupação do Estado é, de fato, com a punição. Assume o Estado o compromisso de punir, e a defesa fica relegada a plano secundário.

Estando a ampla defesa inserida no rol dos direitos e garantias fundamentais e considerando a cidadania como a condição de gozo dos direitos não somente políticos, mas também civis e sociais, a não efetivação do direito à ampla defesa para a população de baixa renda não constituiria a negação do *status* de cidadão para esses indivíduos?⁸

O não cumprimento desse preceito constitucional para a população de baixa renda, a grande clientela do Direito Penal é decorrente da permanência de uma tradição autoritária? O Estado, por meio do processo penal, permite a legitimação da exclusão que o antecede? Perpetua-se a exclusão da cidadania, permitindo-se a coexistência de um *estado de exceção* no próprio Estado Democrático de Direito?

Pensando na atualidade do conceito, e sua aplicação em nosso próprio país, Edson Teles identifica uma associação entre estado de exceção e ditadura militar, mas aponta para a necessidade de estudos que estabeleçam um vínculo entre estado de exceção e democracia: “No Brasil, há uma identificação quase

⁸ Sobre relações de poder, cidadania e direitos, ver a obra “Cidadania no Brasil. O longo caminho” de José Murilo de Carvalho.

automática entre estado de exceção e ditadura militar, e pouco se aprofunda nas pesquisas a questão do topos da exceção na política democrática”⁹

O processo penal é visto como um “microcosmo” para a análise dessas indagações. Por meio da forma como se estrutura a persecução penal em nosso país, pode-se vislumbrar a concepção de Estado vigente. A análise da persecução penal abarcará a fase preliminar, preparatória da ação penal, referente ao inquérito policial, e também a fase processual, no que diz respeito ao processo de conhecimento, sem que seja objeto do presente trabalho a execução da pena.

O princípio da ampla defesa será analisado sob três vertentes: I) a incidência das normas processuais penais, a partir das mudanças introduzidas pelas Leis 11.690/08 e 11.719/08, que constituem o conteúdo, dentre outras leis, do que se denomina reforma processual penal; II) as práticas dos órgãos jurisdicionais no que diz respeito à formação do convencimento e ao dever de garantir a efetivação de tal princípio e III) a deficiência de estrutura ou mesmo a própria ausência da Defensoria Pública em várias comarcas do país.

O trabalho está subdividido em seis capítulos. O primeiro contém breves considerações sobre as reflexões de Michel Foucault sobre o conceito de inimigo social, inserindo-se a persecução penal dentro do contexto da sociedade punitiva¹⁰. Tais reflexões são utilizadas para pensar a permanência de práticas autoritárias na persecução penal brasileira, cunhada em um ideário de índole repressivo/punitivo. Não se trata somente da atuação dos aparelhos de Estado na persecução penal, mas, sobretudo, de atuação calcada e permeada por relações de poder que transcendem a atuação meramente estatal; reflexo dos próprios anseios sociais que almejam a efetivação da ideia de ordem e segurança pública. Esses anseios nortearão a atuação dos órgãos incumbidos da persecução penal, suas posturas e práticas, e propiciarão menor preocupação e atribuição de menor respaldo à atuação defensiva.

O segundo e terceiro capítulo são pertinentes à persecução penal, respectivamente, na fase de inquérito policial e na fase processual, onde será

⁹ TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (orgs.). O que resta da ditadura: a exceção brasileira. São Paulo: Boitempo, 2010, p. 307

¹⁰ Apesar da obra “Vigiar e Punir”, de Michel Foucault ser uma importante referência para a compreensão dos métodos de punição, fez-se a opção pela utilização de seu Curso no Collège de France, “A Sociedade Punitiva”, ministrado sob a forma de conferências, nos anos de 1972-1973, especificamente suas lições dos dias 10, 17 e 24 de janeiro de 1973, onde constam suas reflexões sobre o conceito de “inimigo social”, porque mais adequada à abordagem do presente trabalho que não se ocupa da punição em si, mas tão somente da forma como se realiza a punição.

analisada a incidência do princípio/direito/garantia da ampla defesa e sua efetividade. Para permitir maior facilidade de leitura e não interromper a sequência desenvolvida no trabalho, a análise dos atos de investigação referentes à primeira fase da persecução penal será realizada no anexo 1.

O quarto capítulo é destinado a demonstrar como é formado, dentro dos parâmetros e critérios legais, o convencimento do órgão julgador que, em tese, não pode ser fundamentado exclusivamente nos elementos informativos obtidos na fase investigativa, devendo ser baseado nas provas produzidas no curso do processo.

O quinto capítulo põe em questionamento o papel do Poder Judiciário como garantidor do direito fundamental da ampla defesa, na medida em que são constantemente flexibilizados os princípios constitucionais do processo penal e as normas processuais penais de natureza infraconstitucional referentes à atuação defensiva por meio de decisões que maculam o princípio/garantia da ampla defesa. Para ilustrar a incongruência entre as decisões e os princípios processuais penais constitucionais foram selecionadas decisões do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, posteriores à reforma processual penal de 2008, que se encontram no anexo 2.

A abordagem da persecução penal estará permeada por análise comparativa entre a Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, datado de 1941, tendo entrado em vigor em um período ditatorial/autoritário, e a Constituição Federal de 1988, a chamada Constituição Cidadã, promulgada após mais de 20 (vinte) anos de ditadura militar, em pleno período de democratização do país, visando deixar vir à tona o quanto ainda estão presentes e prevalecem as práticas autoritárias no dito Estado Democrático de Direito.

O sexto e último capítulo tem por objetivo ressaltar a importância da Defensoria Pública como instituição a qual é atribuída pelo legislador constituinte a prestação da assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos e, por esta razão, o seu papel primordial no processo penal de modo a assegurar o exercício efetivo da ampla defesa e conseqüentemente da cidadania.

Trata-se de um *status* de cidadania democrática, utilizando a linguagem de Habermas¹¹, o pertencimento a uma comunidade política-institucional, deve ser entendido não somente no seu aspecto político; indivíduo como agente da soberania na medida em que exerce o seu direito de voto, ideia de eleição/representação, mas também em um sentido mais amplo que implica o exercício efetivo dos demais direitos.

Por fim, entende-se não ser possível falar em justo processo penal, em persecução penal democrática, quando se constata que para grande parte da população sujeita ao processo penal não é propiciado o efetivo direito à ampla defesa. Para os indivíduos hipossuficientes, a cidadania não é plena uma vez que não têm acesso a vários direitos e, entre eles, a ampla defesa, direito fundamental, relacionado ao *status libertatis* do indivíduo.

O olhar sobre o processo penal permite constatar que temos a presença de cidadãos e não cidadãos e que o Estado Democrático de Direito absorve essa coexistência, podendo ser inferido que para alguns setores da população prevalecem ainda concepções autoritárias e de caráter repressivo.

Essa distância entre normatividade e efetividade no que se refere ao direito fundamental à ampla defesa compromete o devido processo penal e pode ser compreendida pela permanência de uma tradição autoritária que ainda se faz bastante presente no sistema penal e trata-se da criminalização da pobreza, do racismo. A garantia constitucional de igualdade entre as partes, de modo a possibilitar um processo penal justo, não se realiza para aqueles que não têm condições de contratar advogados e, conseqüentemente, comprometido o reconhecimento da cidadania para tais indivíduos, o que se evidencia também pela própria atuação do Poder Judiciário.

Reconhece-se, contudo, que uma atuação defensiva a ser realizada por meio da Defensoria Pública, seria um grande passo para propiciar uma participação mais igualitária no processo penal com atuação mais eficaz na defesa dos direitos fundamentais. No entanto, enquanto prevalecer a lógica autoritária dos órgãos de Estado relacionados à persecução penal e até mesmo da própria sociedade, a defesa, ainda que eficiente, estará fadada a sucumbir diante do massacre final que se expressa no processo penal, o lugar de legitimação da exclusão.

¹¹ HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 4. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. v. 1 e 2

1

O Passado que permanece – A violência do Estado nas práticas penais

Para a melhor compreensão do tema, será exposto o pensamento de Michel Foucault, utilizando as suas observações sobre o conceito de inimigo social, extraídos do seu Curso no Collège de France, “A Sociedade Punitiva”, nos anos de 1972-1973, especificamente as lições datadas de 10, 17 e 24 de janeiro de 1973.

O próprio Foucault expõe que seu pensamento deve ser visto como uma caixa de ferramentas¹² e aqui será utilizada a ferramenta “inimigo social” para o auxílio na exposição do que se pretende dizer sobre a persecução penal.

Realizada essa abordagem teórica inicial, passar-se-á a análise dos estudiosos nacionais sobre a permanência das matrizes autoritárias na persecução penal em nosso país, mostrando o quão distante estão as práticas persecutórias do ideal democrático almejado por nossa Constituição.

1.1

Foucault e a sociedade punitiva

A compreensão da penalidade de Michel Foucault não se limita a uma concepção de resposta ao ato cometido, mas como penalidade dirigida a determinadas pessoas. Segundo Bernard Harcourt, a relevância do pensamento de Foucault nessa temática diz respeito à maneira como ele compreendeu que não se julga propriamente o ato, mas a pessoa.¹³

Trata-se de um pensamento que se contrapõe à concepção predominante nas teorias de cunho jurídico-normativas e também no senso comum das pessoas, ou seja, a ideia de que a pena é resposta ao crime cometido. A um ato criminoso deve necessariamente corresponder uma pena, que deve ser aplicada como resposta de modo a não tornar a sociedade vulnerável às ações delituosas.

Contrariamente à ideia da penalidade como resposta ao ato criminoso, Foucault, mais uma vez, segundo Bernard Harcourt, problematiza: “Suponhamos

¹² Foucault. M. Gerir os Ilegalismos In Michel Foucault entrevistas a Roger Pol-Droit. São Paulo:Graal, 2006.p.41-52.

¹³ As observações de Bernard Harcourt utilizadas foram extraídas de entrevista no link: <http://bit.ly/2cpMk0U>

que a penalidade não seja uma resposta ao crime, que ela se desenvolva de maneira diferente (...) A pena não está necessariamente ligada à criminalidade, pode estar também ligada à economia-política (...)”¹⁴. É em razão desse tipo de raciocínio que se pode dizer, como o faz Bernard Harcourt, que o pensamento de Foucault é contraintuitivo, “o problema será então descobrir que papel a sociedade capitalista faz seu sistema penal desempenhar, que objetivo é buscado, que efeitos produzem todos esses procedimentos de castigo e exclusão”¹⁵.

Essa visão da penalidade supera a concepção de mera resposta ao ato ilegal praticado, pois “se tivermos de entender e analisar um interdito em relação àquilo que ele proíbe, também será preciso analisá-lo em função daqueles que proíbem e daqueles sobre os quais incide a proibição”.¹⁶

Para a compreensão de um ato ilícito, portanto, se faz necessário saber além do que é proibido, quem o proíbe e sobre quem irá recair as consequências da prática da conduta.

A prisão deve ser entendida em uma dupla acepção, tanto no sentido da privação da liberdade, exclusão e isolamento a ser imposto aos ditos delinquentes e, também, como sistema em que a delinquência deve ser vista como se fosse um fenômeno social autônomo, encerrado em si mesmo, de modo a permitir a leitura da delinquência como existindo por si só, merecendo essa denominação as pessoas que oferecem perigo à ordem social¹⁷.

A oposição entre delinquentes e não delinquentes constitui um poderoso instrumento ideológico para que seja efetivamente estabelecida uma hostilidade real entre esses dois grupos. O delinquente é visto como aquele que se opõe a ordem social estabelecida, aquele que está em guerra com cada membro da sociedade, é o inimigo social. “Já não era aquele que lutava contra a lei, que queria escapar ao poder, mas aquele que estava em guerra com cada membro da sociedade”¹⁸.

A ideia e o temor do inimigo social vão contribuir para uma construção do sistema penal de caráter eminentemente repressivo e punitivo dirigido a um determinado grupo social, a determinada categoria de pessoas, os pobres, os

¹⁴A associação entre pena e estrutura social foi realizada anteriormente por Georg Rusche e Otto Kirchheimer na obra “Punição e Estrutura Social”, cuja primeira edição é datada de 1939.

¹⁵FOUCAULT, Michel A sociedade punitiva. São Paulo: Martins Fontes, 2015, p. 246.

¹⁶FOUCAULT, Michel A sociedade punitiva, op cit, p. 134.

¹⁷FOUCAULT, Michel A sociedade punitiva, op cit, p. 139

¹⁸FOUCAULT, Michel A sociedade punitiva, op cit p. 138

vagabundos, os mendigos, os ébrios; enfim, aqueles que estão à margem da sociedade de mercado. Os marginalizados serão os ditos delinquentes, a eles, portanto, um direito penal máximo, privação da liberdade/prisão, exclusão. A todos os demais, os não delinquentes, todos os direitos e o tão clamado direito à segurança.

Pode-se associar o conceito de inimigo social à ideia do criminoso como alguém que tem uma dívida para com a sociedade. A concepção do criminoso como devedor é assim sintetizada por Nietzsche em sua obra “A Genealogia da Moral”, onde também é expressa a forma de reação da sociedade em relação àquele que deixa de merecer as suas benesses em razão da infração cometida:

(...) A comunidade, o credor traído, exigirá pagamento, pode-se ter certeza. **O dano imediato é o que menos importa no caso: ainda sem considerar esse dano, o criminoso é sobretudo um “infrator”, alguém que quebra a palavra e o contrato com o todo**, no tocante aos benefícios e comodidades da vida em comum, dos quais ele até então participava (...) **A ira do credor prejudicado, a comunidade, o devolve ao estado selvagem e fora da lei do qual ele foi até então protegido: afasta-o de si – toda espécie de hostilidade poderá então se abater sobre ele**¹⁹.

Romper o pacto torna justificável a ira do credor, a sociedade pode e deve, então, tratar o infrator como fora da lei, inimigo social, e sobre ele fazer recair toda espécie de hostilidade. Se o delinquente/inimigo social, usando a linguagem de Nietzsche, “quebra a palavra e o contrato” estará justificada a reação da sociedade infligindo punição.

1.1.2 Compreensão das práticas punitivas - O Inimigo Social

Na concepção de Foucault, expressa em seu curso “A Sociedade Punitiva”, o infrator não surge dessa concepção de rompimento com o pacto social. Para tratar do conceito “inimigo social”, Foucault se reporta as formas de classificação das sociedades nos séculos XIX e XX como sendo feita de acordo com o tratamento conferido aos mortos e propõe que possa ser estabelecida uma classificação das sociedades não dessa forma, mas de acordo com o tratamento dado aqueles seres viventes dos quais a sociedade deseja se livrar, em razão deles

¹⁹ NIETZSCHE, Friedrich. Genealogia da moral. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 55-56

escaparem ao poder. As sociedades poderiam ser classificadas considerando a maneira como reagem em relação àqueles que atuam em desconformidade com a lei, com a ordem estabelecida.

Constrói seu argumento, citando Levi-Strauss, em uma passagem de “Tristes Trópicos”, quando ele analisa os meios utilizados pelas sociedades para se livrar daqueles indivíduos considerados perigosos, capazes de causar um mal à ordem social, sendo dois esses meios: o primeiro consistiria em assimilar, absorver essa energia e neutralizá-la em tudo que ela tem de perigoso, de hostil, seria essa a solução antropofágica e o segundo meio seria vencer a hostilidade. Não se trata de assimilar ou absorver a energia; tampouco neutralizá-la, mas de vencê-la e dominá-la. Na linguagem de Foucault, poder-se-ia dizer discipliná-la.

Essa segunda forma apresentada por Levi-Strauss consiste na expulsão daqueles que estão à margem da sociedade, mantendo-os em estabelecimentos apropriados para assegurar o isolamento, a falta de contato com outros membros da coletividade.²⁰

Segundo Foucault, nossa sociedade é classificada como sendo a que faz a opção pelo segundo modo apresentado por Levi-Strauss; trata-se de excluir os indivíduos perigosos, e cita como exemplo de tal prática o tratamento conferido aos loucos e aos criminosos, realizando a exclusão pela morte, pelo exílio ou pela internação/encarceramento. “Essa prática da exclusão é chamada (por Lévi-Strauss) de “antropoemia” (do grego emein, vomitar), controlar as forças perigosas de nossa sociedade não é assimilá-las, mas excluí-las”²¹.

E a noção de exclusão “serviu para caracterizar (...) o estatuto conferido, numa sociedade como a nossa, a delinquentes, minorias étnicas, religiosas e sexuais, a doentes mentais, a indivíduos que ficam fora do circuito de produção ou consumo”²².

Mas o que importa para Foucault não é a exclusão em si, mas sim saber como se opera a exclusão. Como se realiza a exclusão? Esse é o seu questionamento, concluindo que “a exclusão seria o efeito representativo geral de várias estratégias e táticas de poder (...)”.^{23 24}

²⁰As ideias reproduzidas nos últimos três parágrafos estão expostas na Aula de 3 de janeiro de 1973 do Curso no Collège de France – A Sociedade Punitiva (FOUCAULT, 2015, p.3/4)

²¹FOUCAULT, Michel A sociedade punitiva, op cit p. 4

²²FOUCAULT, Michel A sociedade punitiva, op cit p. 4

²³FOUCAULT, Michel A sociedade punitiva, op cit p. 5

Foucault retoma o pensamento exposto por Lévi-Strauss, no que se refere à classificação das sociedades pela forma como tratam os perigosos, os desviantes, e realiza a crítica afirmando que não pode com ele concordar nessa oposição dos meios de tratamento, assimilação ou rejeição, porque para ele “não há exílio, reclusão que, além daquilo que caracterizamos de modo geral como expulsão, deixe de comportar uma transferência, uma reativação desse mesmo poder que se impõe, coage e expulsa”.^{25 26}

O mesmo tipo de análise é realizado no que diz respeito aos estabelecimentos prisionais como locais destinados a receber aqueles que foram excluídos do convívio social em decorrência das transgressões cometidas. Dentre as diversas formas e funções da punição, o que interessa a Foucault não é a punição em si, mas sim as táticas, as estratégias penais que conduzem à aplicação das penalidades.

Tais estratégias estão além dos aspectos jurídico-normativos, estão situadas nas relações de poder. Poder não entendido tão somente como o poder estatal, como realizado pelo aparelho de Estado, mas sim como aquele que é exercido em suas capilaridades, em todas as instâncias sociais, se espalhando por todas as relações sociais e interindividuais e, nesse sentido, faz-se a associação do pensamento de Foucault com o que será apresentado quando tratarmos das abordagens dos autores brasileiros sobre o tema.

Para Foucault, o sistema punitivo adotado por uma sociedade está intimamente relacionado ao poder e, repita-se, não ao poder entendido como encerrado no aparelho estatal, pois o seu conceito de poder transcende o mero aparato de Estado, sendo este apenas uma de suas expressões que, por sua vez, é reveladora das relações de poder que existem no meio social.

Pensar sobre um sistema punitivo significa, portanto, saber quais são as relações de poder que estão em jogo em uma dada sociedade, muito mais do que

²⁴ Nos manuscritos consta: “A exclusão é efeito representativo geral de estratégias e táticas muito mais finas. São elas que devemos determinar”.(FOUCAULT, 2015, p.5)

²⁵ FOUCAULT, Michel A sociedade punitiva, op cit p. 5

²⁶ Complementando o seu pensamento, utiliza Foucault como exemplo o que sucede no hospital psiquiátrico: “Assim, o hospital psiquiátrico é realmente o lugar institucional no qual e por meio do qual se dá a expulsão do louco; ao mesmo tempo e pela própria ação dessa expulsão, ele é um núcleo de constituição e reconstituição de uma racionalidade autoritariamente instaurada no âmbito das relações de poder no interior do hospital e que será reabsorvida no exterior do hospital na forma de discurso científico que circulará no exterior como saber sobre a loucura, cuja condição de possibilidade de sua racionalidade precisa é o hospital” (FOUCAULT, 2015, p.5/6)

se ater às normas proibitivas ou permissivas ou as regras dos procedimentos a serem adotados para a aplicação da penalidade, importa saber como se operam as relações de poder na sociedade. Em suas palavras, “para fazer a análise de um sistema penal, o que se deve depreender em primeiro lugar é a natureza das lutas que, numa sociedade, se desenrolam em torno do poder”.²⁷

Tornando mais claro o que deseja dizer, consta em seu manuscrito o que deve estar em primeiro plano “serão as formas de luta entre o poder político, tal como exercido em uma sociedade, e aqueles – indivíduos ou grupos – que procuram escapar a esse poder (...) que contrariam suas ordens ou suas regras”²⁸.

Segundo Foucault, a partir do século XVIII começa a se pensar sobre o crime de forma diversa daquela que se pensava até então; o crime passa a ser visto não como uma falta, uma infração que causa dano, prejuízo a uma vítima determinada, mas como um ato que atinge a sociedade como um todo.²⁹

A ofensa decorrente do ato criminoso não mais diz respeito unicamente ao indivíduo atingido ou seus familiares, é ofensa dirigida contra toda a coletividade.³⁰

Por não mais ser tratada como ofensa tão somente ao particular, a resposta à ação criminosa não mais dependerá da vítima ou de seus familiares, mas ficará a cargo da autoridade pública. A persecução penal será realizada por meio de ação penal pública, a ser promovida pelos procuradores ou advogados do rei. Essa forma de persecução penal, por meio da ação pública, se substitui à antiga concepção de uma vingança privada ou da própria busca de eventual reparação do dano a ser realizada pela própria vítima.

²⁷ FOUCAULT, Michel A sociedade punitiva, op cit p. 13

²⁸ FOUCAULT, Michel A sociedade punitiva, op cit p. 12

²⁹ FOUCAULT, Michel A sociedade punitiva, op cit p. 31

³⁰ São os fisiocratas que realizam, a partir da segunda metade do século XVIII, uma análise da delinquência estabelecendo-se associação com os processos econômicos. Sendo considerada a situação do delinquente em relação à produção o que lhe definiria como o inimigo social. Inimigo social seria aquele que pautasse sua vida pela recusa ao trabalho. Como ilustração cita LeTrosne, autor fisiocrata da obra “*Mémoire sur les vagabonds et sur les mendiants*”, publicada em 1764: “Le Trosne não quer dizer que as pessoas começam por vaguear, e que essa vagabundagem conduz ao roubo e depois ao crime, mas sim que a vagabundagem é o elemento a partir do qual os outros crimes se especificarão. É a matriz geral do crime, que contém eminentemente todas as outras formas de delinquência”(FOUCAULT, 2015, p. 43) Assim, na concepção fisiocrata “(...) O vagabundo, portanto, é alguém que perturba a produção, e não só um consumidor estéril. Logo, ele se encontra em uma posição de hostilidade constitutiva em relação aos mecanismos normais de produção (...) Há, pois, uma identidade primordial e fundamental entre vagar e recusar trabalho: é nisso que, para os fisiocratas, reside o crime do vagabundo”. (FOUCAULT, 2015, p.44/45)

O ato criminoso é compreendido como ofensa ao pacto social e, por essa razão, aquele que o pratica deve necessariamente ser punido em razão de ter afrontado o consenso estabelecido. Infringir a ordem é se colocar em situação de guerra, não a guerra de todo contra todos, mas a guerra do autor do ato criminoso contra toda a sociedade. É a sociedade, como um todo, que tem de reagir, afinal foi atingida pelo crime cometido.

A penalidade é a reação. E a aplicação da pena ao criminoso passa a ser compreendida como uma medida necessária para a proteção da sociedade e não mais como castigo ou penitência.

Aquele que exerce a autoridade pública (rei/soberano/Estado) vai igualmente, na sua atuação defensiva da ordem, instaurar a guerra contra o criminoso/inimigo social: Portanto, “ele vai declarar uma guerra ao mesmo tempo pública e judiciária na forma de ação pública em juízo”³¹.

E realizando a associação do conceito de inimigo social com as teorias de Hobbes e Rousseau, Foucault faz a seguinte observação:

É verdade que esse tema do crime como ruptura do pacto, do criminoso como (alguém) em guerra contra a sociedade, inimigo social, foi transcrito no vocabulário de uma teoria política mais ou menos derivada de Hobbes. Seja como for, digamos que o enunciado do crime como ataque à sociedade civil inteira é perfeitamente derivável de certa teoria política do pacto social.³²

Para Foucault, essa concepção do criminoso como inimigo social, como aquele que rompe o pacto, não se subordinando às normas estabelecidas, faz com que se criem uma série de conhecimentos, outros saberes a serem aplicados na atividade persecutória, tais como os saberes relacionados à psicopatologia, à psiquiatria e às técnicas de segurança referentes à vigilância que, conseqüentemente, irão originar outros poderes a serem exercidos.

O criminoso é visto como alguém que não se submete às regras; pessoa com comportamento desviante a merecer não somente a reprimenda, mas também tratamento. Tem de ser isolado do meio social e submetido a constante e ininterrupta vigilância e, ao mesmo tempo, deve ser recuperado para que possa estar apto a voltar ao convívio com os outros membros da coletividade.

³¹ FOUCAULT, Michel A sociedade punitiva, op cit p. 32

³² FOUCAULT, Michel A sociedade punitiva, op cit p. 32

Essa concepção de recuperação do criminoso, de torná-lo apto a reingressar na sociedade é originária da vertente teórica que considera o crime uma patologia social, um mau funcionamento do corpo social; como visto pela sociologia da criminalidade de Durkheim e é objeto da crítica de Foucault que, apesar de não fazer menção expressa a esse autor, questiona-se sobre o crime “como doença social, pela qual a sociedade se decompõe, cria aquilo mesmo que se opõe a ela, que a atacará. Ou, ao contrário, o nível de criminalidade pode ser analisado como indicador de um limiar baixíssimo para o intolerável: uma sensibilidade muito aguda”.^{33 34}

Para Foucault é possível pensar de outra forma, até que ponto não seria a própria sociedade que produz os seus inimigos? Como pode ocorrer que uma sociedade chegue a certo grau de criminalidade, de decomposição tal que produza em grande quantidade os seus próprios inimigos?³⁵

Sua postura é bastante crítica em relação à construção do discurso do inimigo social e da sua utilização nas práticas penais como justificativa para a ideia de defesa social e para a concepção de que o indivíduo criminoso é alguém que deve ser tratado, deve ser recuperado com o objetivo de possibilitar o seu retorno ao meio social do qual foi retirado.

A criação do inimigo está associada às relações de poder entre os grupos sociais, de modo que o grupo dominante repassa esse discurso para a sociedade e essa o apreende como se fosse realmente dela. “É na realidade um instrumento por meio do qual a classe que está no poder transfere para a sociedade (...) a função de rejeitar o criminoso”.³⁶

E esse inimigo criado nada mais é do que aquele indivíduo que está fora das relações de produção, que não participa da produção. E aí está o caráter peculiar da análise de Foucault, reconhecer a criação do discurso do inimigo social para justificar as práticas penais em relação àqueles que, de alguma forma, não se inserem no ambiente da produção capitalista. Seu olhar para a criação de um novo sistema punitivo que se anuncia no final do século XVIII lhe permite fazer a

³³ FOUCAULT, Michel A sociedade punitiva, op cit p. 34

³⁴ Faz-se necessário se reportar ao conteúdo da nota 32 referente à Aula de 10 de janeiro de 1973 que esclarece que a menção ao “limiar baixíssimo para o intolerável” foi extraída das entrevistas com os prisioneiros realizadas pelo Groupe d’ Informations sur les Prisons (GIP), fundado por Foucault e outros estudiosos em 1971. (FOUCAULT, 2015, p.40)

³⁵ FOUCAULT, Michel A sociedade punitiva, op cit p. 34

³⁶ FOUCAULT, Michel A sociedade punitiva, op cit p. 34

seguinte observação: “(...) dispõe-se de um critério que possibilita designar o inimigo da sociedade: qualquer pessoa que seja hostil ou contrária à regra da maximização da produção”³⁷.

A construção do discurso do inimigo social permanece e tem bastante eco atualmente. Como explicitado, dessa noção criminoso/inimigo social deriva a ideia de que a sociedade é atingida e que a pena é medida de proteção, de defesa social. Daí a ênfase e a preponderância das políticas criminais que priorizam a ideia de segurança pública. E se o criminoso/inimigo social deflagra a guerra contra a sociedade, ela, por sua vez, em defesa da ordem, também declarará guerra ao criminoso³⁸.

O crime como ato hostil à sociedade e o criminoso como inimigo social. A sociedade devendo se defender da lesão sofrida por meio da punição, que passa a ser a privação da liberdade, e será imposta por meio de uma ação penal pública a ser promovida por um representante do soberano (o procurador), a quem incumbe esse *munus* público.

Trata-se da constituição efetiva de um estado de hostilidade entre os criminosos e a totalidade do corpo político; uma frente de guerra, toda uma empreitada de segregação por meio da qual os criminosos, por um lado, e a sociedade, por outro, vão encontrar-se frente a frente. E é aí que deparamos com a reclusão.³⁹

Os estabelecimentos prisionais devem cumprir determinadas funções, manter o inimigo social entre seus muros sem que ele tenha qualquer possibilidade de praticar novos atos contrários à ordem; recuperação/reeducação/ressocialização, de modo que após o cumprimento da pena, ao sair, possa retomar o convívio social. Há necessidade da vigilância contínua e sem interrupção e, sobretudo, a pena deve ter o caráter de prevenção geral, deve servir como fator inibidor de novas condutas criminosas. E para o cumprimento desse objetivo tem de haver a certeza da punição e também a sua publicidade.

³⁷ FOUCAULT, Michel A sociedade punitiva, op cit p. 53

³⁸ Isso pode ser observado pela nomenclatura utilizada: “guerra ao crime organizado”, “guerra ao tráfico”, “guerra à pirataria”, “guerra aos terroristas”, “guerra à impunidade” etc. Sobre o tema ver a obra de Günther Jakobs e Manuel Cancio Meliá “Direito Penal do Inimigo – Noções e Críticas”, onde se estabelece uma distinção entre o direito penal do cidadão e o direito penal do inimigo; sinteticamente, o direito penal do cidadão se pauta pelo respeito à vigência da norma e o direito penal do inimigo “combate perigos”, a ser utilizado em relação aos terroristas. .

³⁹ FOUCAULT, Michel A sociedade punitiva, op cit p. 58

O pensamento de Foucault em seu curso “A Sociedade Punitiva” é um questionamento sobre a punição. Será que a penalidade é realmente dirigida ao ato criminoso? É a penalidade tão somente resposta ao crime cometido? “Para quais punições reais e concretas se orienta essa penalidade (...) ligada às necessidades de proteção social?”⁴⁰

A penalidade, a repressão, a hostilidade em relação ao “inimigo social”, repita-se, não se restringe tão somente à ideia de uma resposta à infração penal cometida; está intimamente imbricada com as relações de poder que se estabelecem no meio social. E não é somente o Estado por meio de seu aparato institucional/burocrático que exerce a pretensão punitiva; a atuação do Estado está intimamente relacionada à própria postura da sociedade punitiva. A lógica da atuação do Estado reproduz o que está latente nas relações de poder na sociedade.

A análise da persecução penal em nossa sociedade permite verificar a atualidade do conceito de modo que tal ferramenta tem utilidade para a compreensão do tema.

1.2

A Leitura nacional sobre o sistema punitivo

Muito se tem falado sobre o Brasil como o país da impunidade, informação constantemente veiculada na imprensa falada e escrita, difundida não somente pelos meios de comunicação de massa, mas também por algumas vertentes da academia e, sobretudo, dos órgãos públicos relacionados à persecução penal, que incorporam o discurso norte-americano da tolerância zero⁴¹ e propagam a ideia da necessidade de maior segurança pública.

Contrariamente à imagem criada da impunidade, prevalece a repressão e o caráter punitivo em relação a alguns segmentos sociais. O Brasil tem a quarta população carcerária do mundo, perfazendo atualmente um total de mais de 622 (seiscentos e vinte e dois mil) presos.⁴² Indivíduos que foram privados de sua liberdade em decorrência da chamada prisão provisória ou em razão de prisão

⁴⁰ FOUCAULT, Michel A sociedade punitiva, op cit p. 63

⁴¹ Sobre o tema ver James Q. Willen e George L. Kelling, Broken Windows. Ver também George Kelling e Catherine Coles, Fixing Broken Windows: Restoring Order and Reducing Crimes in our Communities.

⁴² <http://bit.ly/2cJ3nri>

decorrente de condenação já transitada em julgado e, portanto, nesse último caso, já privados da liberdade em decorrência do cumprimento da pena que lhes foi imposta por decisão judicial.

Essa “falsa imagem de uma realidade assustadora”, termo utilizado por Maria Lúcia Karam, propicia a crença na associação impunidade/aumento da criminalidade, incute na população a ideia do perigo, aflora o medo e a insegurança, justificando, em seus dizeres, “a “venda” da reação punitiva, da maior intervenção do sistema penal, como “produtos” destinados a fornecer as almeçadas tranquilidade e segurança”.^{43 44}

As tragédias exploradas e amplamente divulgadas pela mídia revigoram o anseio pelo recrudescimento da lei penal, com demandas por pena de morte, prisão perpétua, redução da maioria penal, penas mais elevadas, criação de novos tipos penais, etc.⁴⁵ Para Vera Regina Pereira de Andrade, essas “demandas encontram na mídia e no revigoração das pesquisas etiológicas sobre violência (notadamente as baseadas na Neurociência) uma assustadora regressão “atávica” lombrosiana”.⁴⁶

Vera Malaguti Batista considera que a mídia tem sido um obstáculo a uma discussão mais aprofundada sobre a questão criminal, produzindo o que se tem chamado de um “populismo criminológico” que só faz ampliar o “espectro punitivo”, com punições mais severas e flexibilização de garantias. Em sua concepção, uma subjetividade punitiva é criada na medida em que a política não tem como reduzir a violência que o modelo econômico produz. Faz-se, então, necessário mais do que um discurso, é preciso um espetáculo.⁴⁷

⁴³ KARAM, Maria Lúcia. Punição nas sociedades pós-modernas. Ensaio jurídicos. Disponível em: <https://ensaiosjuridicos.wordpress.com/2013/04/01/punicao-nas-sociedades-pos-modernas-maria-lucia-karam/>. Acesso: 16/06/2016

⁴⁴ Vale a pena reproduzir aqui a análise de Zaffaroni sobre as leis dos autoritarismos de entre-guerras. “Isso não significa que pelo fato de se dirigirem ao público as leis fossem democráticas, posto que respondiam ao que desde então se chama *volkish* (...) uma técnica presente há séculos na fabricação do inimigo. A técnica *volkish* (ou popularesca) consiste em alimentar e reforçar os piores preconceitos para estimular publicamente a identificação do inimigo da vez”. (ZAFFARONI, 2007, p.57)

⁴⁵ Sobre o tema ver a tese de doutorado MENDES, André Pacheco Teixeira. Por que o legislador quer aumentar penas? Populismo penal legislativo na Câmara dos Deputados Análise das justificativas das proposições legislativas no período de 2006 a 2014. (Tese de Doutorado). PUC-RIO, 2015. Disponível em: < <http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/26913/26913.PDF> > Acesso: 13/09/2016

⁴⁶ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Horizonte de projeção do controle penal no capitalismo globalizado neoliberal, 2016, p. 11

⁴⁷ BATISTA, Vera Malaguti. Introdução crítica à criminologia brasileira. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

E ainda alerta para o fato da perda do espírito crítico, no sentido de que hoje em dia ações que antes seriam consideradas atentatórias contra direitos são toleráveis e, até mesmo, louvadas, como se fossem realmente necessárias. “Perdemos a mordida crítica que tínhamos contra o autoritarismo na saída da ditadura e hoje aplaudimos a tortura e o extermínio dos inimigos de plantão. O importante é traduzir toda a conflitividade social em punição”⁴⁸.

A disseminação do medo e da insegurança atua como fator que justifica e legitima as práticas autoritárias de controle social. O sistema penal é conclamado a exercer o papel de protagonista na manutenção da ordem, e nele são depositadas as expectativas para a solução dos conflitos existentes na sociedade. A concepção de segurança pública fica reduzida à sua acepção de repressão e punição; uma lógica policiaesca de contenção e verdadeiro controle social em relação aos menos favorecidos. Essa pretensão de solucionar os conflitos sociais pela via repressão/punição justifica “métodos (...) que além de fomentar o arbítrio, a truculência e a impunidade policial (junto com a impotência ou a complacência do Judiciário), só reconhecem como alvo principal as classes mais populares e os setores mais excluídos da sociedade, vistos mais uma vez como “classes perigosas” (...).”⁴⁹

Reconhece José Maria Pereira da Nóbrega Junior que, apesar dos avanços da Constituição Federal de 1988, em seu ideário democrático, “a estrutura de Segurança Pública brasileira (...) se preocupa mais com a defesa dos interesses do Estado que da cidadania, onde o processo de militarização dessas instituições é a prova dessa hiperdimensionamento do Estado (...)”⁵⁰

Para o cumprimento de tal finalidade, qual seja, garantir a segurança pública, sob a ótica de sua associação com a redução da criminalidade, o discurso é o da ampliação de verbas públicas destinadas à segurança, seja no que se refere ao aparato policial, seja no que concerne à construção de mais estabelecimentos prisionais ou, ainda, é estabelecida como crença a necessidade de maior recrudescimento das leis penais e processuais penais para que se possa efetivamente “punir os criminosos” e livrar a ordem social desses “elementos

⁴⁸ BATISTA, Vera Malaguti. Introdução crítica à criminologia brasileira. Op cit, p.

⁴⁹ DORNELLES, João Ricardo W. Conflito e segurança. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2ª ed. 2008, p. xvii.

⁵⁰ NÓBREGA JR. José Maria Pereira da. A semidemocracia brasileira: autoritarismo ou democracia? Sociologias. Porto Alegre, ano 12, n. 23, jan./abril. 2010, p. 113

perniciosos”, de modo a propiciar a dita segurança, paz, ordem e respeito à coletividade, ao ordenamento jurídico vigente, ao próprio Estado.

Nessa concepção, a repressão deve se impor de forma infalível e não se deve dar crédito à “falácia” dos que se dizem defensores dos direitos humanos porque entendem que “direitos humanos só existem para os bandidos” e realizam a crítica questionando “e os direitos humanos das vítimas?”.

Tal concepção se espalha por toda a sociedade que, atemorizada em decorrência do constante e disseminado discurso midiático do império da violência, da insegurança e da impunidade, clama por maior repressão e conseqüentemente por punição mais rigorosa aos “infratores da lei e da ordem social”. Para Débora Pestana, a impunidade e a insegurança permeiam o imaginário social e exige-se atuação do Poder Judiciário mais condizente com os anseios sociais. Em sua reflexão, constata que “essa insatisfação difusa com a Justiça Penal no Brasil coincide com a abertura política (...). O fato é que a transição democrática, ainda em curso, tem esbarrado numa enorme dificuldade em inserir a atuação penal nesse paradigma político”.⁵¹

E não se trata somente da atuação dos órgãos de Estado, Polícia Militar, Polícia Civil, Ministério Público e Poder Judiciário; não são raros os casos em que, diante de situações concretas, indivíduos atuam com sua gana punitiva independente e previamente à atuação estatal, como ocorreu com o adolescente negro que foi amarrado em um poste na cidade do Rio de Janeiro e lá permaneceu exposto até a chegada dos policiais, numa flagrante demonstração da ideia de sociedade punitiva.⁵²

Essa violência latente na formação da sociedade brasileira e que perdura até os tempos atuais foi bem sintetizada por Victoria Sulocki:

O Brasil de 1500 nasce sob o signo da violência. Violência essa que se incorporará, desde então, como elemento constitutivo da realidade social brasileira. Extermínio de nações indígenas, escravidão dos povos africanos, submissão dos trabalhadores, brasileiros e imigrantes, desclassificação da pessoa humana, marginalização dos pobres, exclusão social: a violência sempre esteve presente nas relações sociais, econômicas e políticas de nossa sociedade (...) E, na história brasileira, o que permanece é a violência, o autoritarismo, o extermínio, embora estes tenham se

⁵¹ PESTANA, Débora. Justiça penal autoritária e consolidação do Estado punitivo no Brasil. Revista de Sociologia e política, fev. 2009, v. 17, n. 32, p 121

⁵²O fato ocorreu no dia 03 de fevereiro de 2014, uma noite de sexta-feira, na Avenida Rui Barbosa, no bairro Flamengo, na cidade do Rio de Janeiro. O jovem negro foi agredido a pauladas por “justiceiros” e acorrentado em um poste pelo pescoço com trava de bicicleta.

revestido das mais diferentes roupagens, embora tenham sido embalados pelos mais diferentes discursos políticos ou jurídicos.⁵³

Relacionado ao pensamento apresentado, Vera Malaguti sustenta que as estruturas jurídico-policiais do sistema penal brasileiro à época da colonização nunca foram desfeitas, tampouco se amenizaram e continuam presentes, sendo por ela explicitado que “é como se a memória fosse constituída por uma arquitetura penal genocida cuja clientela-alvo se fosse metamorfoseando infinitamente entre índios, pretos, pobres e insurgentes”.^{54 55}

A ordem social brasileira permanece, nessa ótica, com traços de rigidez e hierarquia, recaindo a criminalização e a consequente atuação penal sobre as camadas populares.⁵⁶ Esse controle social militarizado e verticalizado permanece e nos períodos ditatoriais de nossa história (1930/1937 e 1964/1985) atuou de forma bastante intensificada em relação ao inimigo criado como sendo aquele que se insurgisse contra o regime estabelecido, com a ideologia de uma sociedade mais justa e igualitária; tendo recaído sobre o dito inimigo da ordem violenta repressão do Estado que se utilizou, sem nenhum acanhamento, de perseguições, agressões, torturas, prisões, provocando, inclusive, desaparecimento e morte.

Mas esse passado ainda se faz presente na violenta atuação do Estado em relação aos inimigos de sempre, negros, índios, pobres, desocupados, enfim, os desfavorecidos, os marginalizados, os que estão fora do mercado de consumo, os que não são absorvidos pelo mercado de trabalho, a “escória”, a clientela do sistema penal.⁵⁷

Se na época ditatorial essa atuação nos parecia tão assustadora e repugnante, atualmente em razão do poder da mídia que incorpora e constrói o discurso dos

⁵³ SULOCCI, Victoria-Amália de Barros, Carvalho Gozadawa. Museu de novidades: discursos da ideologia da defesa social nas decisões judiciais neste início de século XXI. (Tese de Doutorado). Rio de Janeiro: PUC-RIO, 2010, p. 55-56.

⁵⁴ BATISTA, Vera Malaguti. O Medo na Cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história. Rio de Janeiro: Rivan, 2003

⁵⁵ Vale a pena registrar os dados da população carcerária brasileira no ano de 2014 – (cor negra 67%, cor branca 31%, amarela 1%, índio 0%) escolaridade (53% ensino fundamental incompleto, 12% ensino fundamental completo, 11% ensino médio incompleto, 7% ensino médio completo, 6% analfabeto, 9% alfabetizados sem recursos regulares, ensino superior completo e incompleto 1%. Fonte: Infopen, junho/2014.

⁵⁶ Zaffaroni, ao analisar a situação do penalismo latino-americano, observa que os órgãos do sistema penal são encarregados de um controle social militarizado e verticalizado, de uso cotidiano, exercido sobre a grande maioria da população. (ZAFFARONI, 2015, p.23)

⁵⁷ Vale a pena reproduzir o que diz a Zaffaroni em sua obra O inimigo no Direito Penal : “é preciso entender que na América Latina quase todos os prisioneiros são tratados como inimigos no exercício real do poder punitivo.” (ZAFFARONI, 2015, p.82)

grupos dominantes, essa mesma violência brutal do Estado é justificada e legitimada porque se propõe a combater o “avanço desenfreado da criminalidade” e, dessa forma, propiciar a dita segurança pública; segurança para quem? Total insegurança e vulnerabilidade para o inimigo social, no dizer de Maria Lúcia Karam, “o outro, o perigoso, o inimigo, o mau”, aquele que pertence às ditas classes perigosas.⁵⁸

É justamente sobre os menos favorecidos que recai a violência e não somente a violência do Estado. Como observado por João Ricardo Dornelles, são os mais pobres, os mais vulneráveis “(...) que suportam o ônus da violência (...) Os excluídos da cidadania são mais vulneráveis aos efeitos mais cruéis da criminalidade violenta”.⁵⁹

Para esses, não são garantidos os direitos à segurança, trabalho, moradia, educação, saúde, e tantos outros; para eles é o sistema penal que se impõe. Como constatado por Marcelo Semer que assim sintetiza: “Ao contrário do pensamento social-democrata, a onda neoliberal que se espalhou pelo planeta (sobretudo nas ordens marginais, como diria Zaffaroni) (...) produziu outro monstro público: O Estado mínimo no social, mas grande no Direito Penal”.⁶⁰

Há mais eficiência do Direito Penal e menos observância aos direitos individuais e sociais. Como explicitado por Vera Malaguti Batista, “o sistema penal tornou-se o território sagrado da nova ordem socioeconômica, atualizando a reflexão de Rusche: sobram braços e corpos no mercado de trabalho, aumentam os controles violentos sobre a vida dos pobres”⁶¹.

No presente trabalho, permeia uma constante indagação: Como considerar a República Federativa do Brasil um Estado Democrático de Direito diante da precariedade do exercício de efetiva defesa para aqueles que, submetidos ao processo penal, necessitam da prestação jurídica integral e gratuita e dela são privados?

O próprio acesso à devida prestação jurisdicional, não no sentido da ação, mas no sentido da reação, como igualmente previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal resta prejudicado, o que pode ser considerado como uma

⁵⁸ KARAM, Maria Lúcia. Punição nas sociedades pós-modernas. Ensaio jurídicos. Op. Cit. 2013.

⁵⁹ DORNELLES, João Ricardo W. Conflito e segurança. Op. Cit. 2008, p. 11

⁶⁰ SEMER, Marcelo. Direito penal e Direitos humanos: uma história de paradigmas e paradoxos. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 15, n. 69. 2007, p. 111

⁶¹ BATISTA, Vera Malaguti. Introdução crítica à criminologia brasileira, op. Cit.

mácula à ideia de segurança jurídica. É evidenciada na prática forense a disparidade de armas e a desigualdade processual, sendo visível a prevalência da pretensão punitiva do Estado frente ao indivíduo a quem é imputada a prática de uma infração penal.

A disseminação da ideia do perigo e a decorrente sensação de medo e insegurança aliada à crença no Direito Penal como solução acarreta uma tendência a flexibilizar as garantias penais e processuais penais. É difundido o pensamento de que é necessário o combate à criminalidade e à impunidade, é preciso reinstaurar a ordem.

“E é precisamente porque desordem e criminalidade estão embaralhadas, que o controle penal contemporâneo precisa produzir assepsia social, justificada em nome do controle do “risco” ou do “perigo” do crime”.⁶² Para Vera Andrade, “a pena de prisão, desde sempre violência institucional, também se transmuda, mais do que nunca, de mecanismo executório em mecanismo exterminador, ou seja, em risco de pena de morte indireta”.⁶³

A ideia de um passado que se perpetua no presente está relacionada à manutenção das tradições. No caso brasileiro, é a tradição autoritária que ainda permanece nas relações sociais e, sobretudo, no que diz respeito às práticas do sistema punitivo. E é o que se pretende analisar nos capítulos subsequentes referentes à persecução penal no Brasil sob o enfoque da não efetividade do princípio constitucional referente à ampla defesa.

⁶² ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Horizonte de projeção do controle penal no capitalismo globalizado neoliberal, op. cit. p. 10

⁶³ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Horizonte de projeção do controle penal no capitalismo globalizado neoliberal, op. cit. p. 12

2

Ampla Defesa e Contraditório no Inquérito Policial

“O inquérito é precisamente uma forma política, uma forma de gestão, de exercício do poder que, por meio da instituição judiciária, veio a ser uma maneira, na cultura ocidental, de autenticar a verdade, de adquirir coisas que vão ser consideradas como verdadeiras e de as transmitir. O inquérito é uma forma de saber-poder”

Michel Foucault – A Verdade e as Formas Jurídicas

Para melhor analisar a incidência dos princípios da ampla defesa e do contraditório na fase de inquérito policial far-se-á uma breve exposição sobre o conceito de persecução penal e, em seguida, serão apontados os órgãos que podem ser incumbidos da persecução penal nessa fase. A opção do constituinte brasileiro foi a de deixar a cargo da autoridade policial a atuação investigativa para apurar a prática da infração penal e de sua autoria e esse capítulo tem como objetivo colocar em foco o questionamento sobre a incidência ou não dos princípios do contraditório e da ampla defesa nessa fase preliminar da persecução penal.

2.1

Persecução Penal

Quando o legislador, em razão dos valores sociais que determinam a seleção dos bens jurídicos penalmente tutelados, descreve condutas passíveis de sanções, configura-se a pretensão punitiva *in abstracto*. A pretensão punitiva *in abstracto* é dirigida a todos nós, genericamente, indistintamente, e somente se transmuta em pretensão punitiva *in concreto* a partir do momento em que é praticada conduta que se amolda à descrição legal.

O Estado Democrático de Direito impõe a observância do princípio da legalidade, também chamado de princípio da anterioridade da lei penal, no sentido de que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, conforme expresso no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal.

Tendo conhecimento da prática de uma infração penal deve o Estado atuar para, se for o caso, aplicar a pena àquele que transgrediu a norma, comportando-se de modo contrário ao estabelecido no ordenamento jurídico. Praticada conduta

definida na lei como infração penal, a aplicação da sanção/pena estabelecida no preceito secundário da norma somente será efetivada por meio do processo.

O processo penal é, assim, um instrumento de realização do direito penal, *nulla poena sine iudicio*, o que se encontra expresso no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

O princípio do devido processo legal, no que diz respeito ao estudo específico, princípio do devido processo penal, abarca em si uma série de outros princípios e somente se realiza quando os princípios dele decorrentes são efetivados. Para se falar em devido processo penal, portanto, devem ser respeitados os princípios do juiz natural, do promotor natural, do contraditório, da ampla defesa, da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, da presunção de inocência, da publicidade, da razoável duração do processo, da motivação das decisões judiciais, todos igualmente previstos na Constituição Federal.⁶⁴

A atividade exercida pelo Estado em relação àqueles que praticaram uma infração penal é denominada persecução penal e terá início a partir do momento em que o Estado, por meio de seus órgãos, tenha conhecimento da *notitia criminis*. No sistema processual penal brasileiro, a persecução penal ocorre em duas fases: a primeira é destinada à investigação, antecede ao processo, e a segunda, se inicia com a propositura da ação penal.

2.1.1

Órgãos encarregados da persecução penal na primeira fase

São órgãos de Estado que atuam na persecução penal: as Polícias Federal e Civil, que exercem a função de polícia judiciária; o Ministério Público, como titular da ação penal pública e o Poder Judiciário com a incumbência de julgar o fato delituoso levado ao seu conhecimento por meio da ação penal, aplicando a pena, se for o caso.

⁶⁴ O princípio do devido processo legal está expresso no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal e os demais citados no mesmo artigo 5º, incisos LIII, LV, LVI, LVII, LX, LXXVIII, sendo que o princípio da motivação das decisões judiciais se encontra no artigo 93, inciso IX, da CF. Importante a posição topográfica do artigo 5º, que inaugura o Capítulo I, referente aos direitos e deveres individuais e coletivos, dentro do Título II que trata dos direitos e garantias fundamentais.

Em nosso sistema processual, a persecução penal é exercida em duas fases bastante distintas. A primeira tem caráter investigativo, visando apurar o fato e a autoria, está a cargo da autoridade policial (Polícia Federal ou Civil). A segunda tem início com a propositura da ação penal, sendo que o órgão de Estado que tem atribuições para promovê-la é o Ministério Público e a finalização ocorrerá com a decisão do Poder Judiciário; absolvendo, condenando, ou, ainda, extinguindo a punibilidade daquele a quem foi imputada à prática de uma infração penal.

Entre as funções do Estado está a de atuar na persecução penal por meio de seus órgãos. A Constituição da República Federativa do Brasil em seu Título V – Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas, no Capítulo III, que trata da Segurança Pública,⁶⁵ elenca os órgãos de Estado aos quais incumbe o dever de zelar pela segurança pública, que é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, e entre esses órgãos estão as Polícias Federal e Civil, previstas, respectivamente, no artigo 144, incisos I e IV, da Constituição Federal.

Entre as atribuições da Polícia Federal, está a apuração das infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei, como estatuído no artigo 144, § 1º, inciso I, da Constituição Federal.

E, ainda, é estatuído que a Polícia Federal destina-se a exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União, como preceituado no mesmo artigo 144, § 1º, inciso IV, da Constituição Federal.

No que se refere às Polícias Cíveis, a Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 144, § 4º, estatui: “Às polícias cíveis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares”.

⁶⁵ Deve se notar que o capítulo pertinente à segurança pública está inserido dentro do Título V referente à Defesa do Estado e das Instituições Democráticas. Importante a observação de José Maria Pereira da Nóbrega Junior já reproduzida no capítulo precedente no sentido de que a estrutura de Segurança Pública brasileira se preocupa mais com a defesa dos interesses do Estado que da cidadania. (NÓBREGA JR., 2010, p.113)

Verifica-se, portanto, que as atribuições da polícia civil são estabelecidas de forma residual; o que não for de atribuição da polícia federal (a quem são atribuídos os casos de interesse da União) e também excetuando-se os crimes militares, todos os demais serão de incumbência da polícia civil.⁶⁶

Ademais, o texto constitucional estabeleceu uma distinção entre funções de polícia judiciária e de apuração das infrações penais. De qualquer forma, cabe a ambas as polícias, federal e civil, cada uma em seu âmbito de atuação, exercer tanto as atividades referentes à realização das diligências determinadas pelos órgãos judiciais (função de polícia judiciária) como também as relacionadas à apuração das infrações penais (função de investigação criminal).⁶⁷

São as polícias Federal e Civil os órgãos de Estado encarregados de apurar as infrações penais com todas as suas circunstâncias e a autoria, de modo a fornecer os elementos informativos necessários para eventual propositura de ação penal ou mesmo, se for o caso, para o arquivamento do inquérito policial.

2.2 Investigação Preliminar

A investigação preliminar é entendida como uma fase que antecede o processo penal, cujo objetivo é fornecer informações sobre a infração penal e a sua autoria para, se for o caso, desde que haja indícios suficientes de autoria ou participação e prova da existência do crime, ser proposta a ação penal.

Trata-se de um procedimento preparatório para uma possível ação penal, que somente deverá ser proposta se houver um suporte probatório mínimo que permita a imputação de uma conduta delituosa a determinada(s) pessoa(s).

Segundo os sujeitos que a presidem, a investigação preliminar poderá ficar a cargo de um órgão do Poder Judiciário (juiz instrutor), do Ministério Público ou da autoridade policial.

⁶⁶ As atribuições das polícias Federal e Civil seguem os mesmos moldes das competências das Justiças Federal e Estadual. À Polícia Federal incumbe a investigação dos crimes da competência da Justiça Federal (art.109 da CF) e não se tratando de crimes da competência da Justiça Federal ou de crimes militares, a atribuição será da Polícia Civil que, tal como ocorre com a Justiça Estadual, em termos de competência, será estabelecida residualmente.

⁶⁷ O texto constitucional distingue as funções de polícia judiciária e de investigação criminal. O artigo 144, § 4º, da Constituição Federal atribui às polícias civis ambas as funções e em relação à polícia federal a Constituição prevê tais funções em preceitos distintos. No § 1º, inciso I, a função de investigação criminal (apurar as infrações penais) e neste mesmo parágrafo, inciso IV, estabelece o exercício, com exclusividade, das funções de polícia judiciária da União, que tem o sentido do cumprimento das determinações provenientes dos órgãos jurisdicionais.

Investigação preliminar é gênero do qual o inquérito policial é espécie e a opção do constituinte brasileiro no que diz respeito à investigação preliminar foi a adoção do inquérito policial. Inquérito policial é, portanto, apenas uma das modalidades de investigação preliminar que pode também ser realizada por um Juiz Instrutor ou pelo Ministério Público.

2.2.1 Inquérito Policial

Na legislação infraconstitucional a atribuição da polícia judiciária está prevista no artigo 4º, do Código de Processo Penal, que estabelece: “A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria”.⁶⁸

Tal artigo inaugura o Título II do Código de Processo Penal referente ao tema inquérito policial cuja finalidade é a apuração das infrações penais e da sua autoria, visando fornecer ao titular da ação penal, pública ou privada, os elementos informativos necessários para que seja possível promover a ação penal, exercendo a pretensão acusatória diante daquele que lesou ou ameaçou lesionar bem jurídico penalmente tutelado.⁶⁹

Nos crimes de ação penal pública incondicionada, o inquérito será instaurado pela autoridade policial, quando em razão de sua própria atividade venha a ter conhecimento da prática delituosa, por requerimento da própria vítima ou, ainda, em razão da *notitia criminis* de qualquer do povo (art. 5º, § 3º, do CPP). Nos crimes sujeitos à ação penal pública condicionada à representação da vítima

⁶⁸ O termo “polícia judiciária” foi aí utilizado no sentido de função de investigação criminal, apuração das infrações penais e de sua autoria. No entanto, as atividades concernentes ao cumprimento das determinações oriundas dos órgãos jurisdicionais, tais como, mandados de buscas e apreensão, interceptações telefônicas, quebras de sigilo bancário, decretação de prisão temporária etc., também fazem parte das atribuições das polícias civis.

⁶⁹ Em relação à ação penal pública, há a incidência do princípio da obrigatoriedade, devendo o Ministério Público propor a ação penal. No que se refere aos crimes sujeitos à ação penal pública incondicionada, não há necessidade de manifestação de vontade da vítima para que o Ministério Público possa promover a ação penal, ao passo que nos crimes em que se exige a representação da vítima ou de seu representante legal, ou requisição do Ministro da Justiça, sem a representação, a ser exercida no prazo decadencial previsto no artigo 38 do Código de Processo Penal, ou sem a requisição (não há prazo estabelecido), não poderá o órgão ministerial oferecer a denúncia. Os crimes de ação penal privada são regidos pelo princípio da oportunidade ou conveniência, ficando a critério do ofendido oferecer ou não a queixa-crime, incidindo também em relação à queixa o prazo decadencial previsto no artigo 38 do Código de Processo Penal (seis meses a contar da data do conhecimento de quem seja o autor do fato).

ou de seu representante legal, a instauração do inquérito depende da representação (art.5º, § 4º, do CPP). E nos crimes de ação penal privada, a instauração do inquérito depende de requerimento de quem tenha qualidade para intentá-la (art.5, § 5º, do CPP).

Pode ainda o inquérito policial ser instaurado mediante requisição do Ministério Público ou da autoridade judiciária, como previsto no artigo 5º, inciso II, do Código de Processo Penal, sendo que a possibilidade de instauração mediante requisição da autoridade judiciária é bastante criticada pela doutrina, uma vez que não se coaduna com o sistema acusatório, não devendo o juiz ter tal iniciativa, em razão do comprometimento da sua imparcialidade; não devendo se imiscuir na fase de investigação. De qualquer forma, ainda que prevista tal possibilidade na lei processual penal, tal atitude não faz parte da rotina das práticas judiciárias em nosso país.

O inquérito policial é conceituado pela doutrina como procedimento administrativo. Trata-se de um procedimento preliminar, preparatório de uma possível ação penal. Se a doutrina é unânime quanto à sua conceituação, há, contudo, entendimentos divergentes sobre a incidência ou não dos princípios do contraditório e da ampla defesa nessa fase pré-processual.⁷⁰

2.3

Caráter inquisitivo - a discussão doutrinária a respeito da incidência do contraditório e da ampla defesa

Em relação ao tema referente à incidência ou não do contraditório e da ampla defesa na fase de inquérito policial há acirrado debate entre os estudiosos do processo penal.

A concordância com aqueles que admitem a incidência de tais princípios na fase de inquérito se impõe a partir do reconhecimento de que todos os dispositivos

⁷⁰ Dentre os doutrinadores que têm o entendimento no sentido da não incidência dos princípios do contraditório e da ampla defesa na fase de inquérito podemos citar Guilherme de Souza Nucci, Denilson Feitosa, José Frederico Marques, Marcellus Polastri Lima, Vicente Greco Filho, Fernando Capez, Tourinho Filho e Julius Fabrini Mirabete, entre outros. E os que sustentam que tais princípios devem incidir na fase de inquérito, por julgarem ser esta a interpretação em maior conformidade com o texto constitucional estão Aury Lopes Junior, Rogério Lauria Tucci, José de Assis Santiago Neto, Adauto Suannes, entre outros.

do Código de Processo Penal, e não seria diferente em relação ao tema “inquérito policial”, merecem uma releitura à luz do texto constitucional.

É necessária a releitura não somente porque a Constituição é a Lei Maior, a ela devendo observância todas as demais normas, mas também porque o Código de Processo Penal foi elaborado em plena época de governo autoritário (1941)⁷¹ e a Constituição Federal de 1988, pelo contrário, é decorrente de trabalho incansável do legislador constituinte, visando dar nova forma ao Estado brasileiro, atendendo aos anseios e reivindicações dos mais diversos segmentos sociais rumo à redemocratização do país.

Foi objetivo do legislador constituinte o de conferir prioridade aos direitos e garantias individuais e coletivos, de modo a limitar a atuação do Estado, o que também deve se refletir no âmbito da persecução penal. Essa leitura é possível porque o que se almejava era estabelecer um contraponto com o período ditatorial que imperou no Estado brasileiro, entre 1964 e 1984, 20 (vinte anos) de sucessivos governos militares, sem possibilidade de intervenção popular na escolha dos governantes, com sérias restrições a direitos individuais e, inclusive, perseguições de cunho político aos opositores do regime.⁷²

A partir da promulgação da Constituição de 1988, que instaura um novo paradigma, conferindo primazia aos direitos e garantias individuais; até então, priorizavam-se os interesses do Estado; as normas processuais penais passam a exigir uma releitura à luz do texto constitucional.

As normas processuais penais previstas no Decreto-Lei 3689, de 3 de outubro de 1941, o Código de Processo Penal, permaneceram com o caráter de presunção de culpabilidade até a promulgação da Constituição, em 05 de outubro de 1988, mas a partir daí tais normas não mais se coadunavam com os princípios de uma persecução penal democrática almejada pelo constituinte, impondo-se uma releitura do processo penal, entendendo-o em sentido amplo, tanto a fase de inquérito quanto a fase processual propriamente dita.

A despeito da necessária mudança de foco, de presunção de culpabilidade para presunção de inocência, não somente as normas referentes ao processo em si,

⁷¹ O Código de Processo Penal entrou em vigor em 1941, no período denominado Estado Novo, sob o governo do Presidente Getúlio Vargas, marcado por políticas autoritárias.

⁷² Sobre o período recomenda-se a leitura da obra: CHIRIO, Maud. *A política nos quartéis: revoltas e protestos de oficiais na ditadura militar brasileira*. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

mas também as normas pertinentes ao inquérito policial estão a merecer reforma ou, no mínimo, interpretação em conformidade com a Constituição Federal.

Se em relação à fase processual houve reformas pontuais referentes aos procedimentos (Lei 11.689/08 e 11.719/08), às provas (Lei 11.690/08) e à temática da prisão provisória (Lei 12.403/11), no que diz respeito ao inquérito policial não houve qualquer mudança, estando em vigor os mesmos dispositivos, com a redação determinada à época de sua elaboração, o que, certamente, exige a releitura à luz dos princípios processuais penais expressos na atual Constituição.

Esse entendimento, contudo, não se expressa de forma unânime na doutrina; tampouco na prática dos órgãos jurisdicionais que continuam tratando o inquérito policial na forma estabelecida na legislação infraconstitucional.

É justamente a redação do artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República Federativa do Brasil que permite a divergência na interpretação doutrinária a respeito da incidência ou não dos princípios do contraditório e da ampla defesa na fase de inquérito.

2.3.1

A interpretação do artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal

Pretende-se colacionar argumentos favoráveis e desfavoráveis à incidência dos princípios do contraditório e da ampla defesa na primeira fase da persecução penal, relativa ao inquérito policial, mostrando como os diferentes posicionamentos se articulam no seio da dogmática jurídica. A finalidade é demonstrar que é possível e desejável a interpretação no sentido de que tais princípios devem estar presentes na fase investigativa porque é essa a interpretação que está em conformidade com uma persecução penal democrática almejada pelo legislador constituinte.

É comum⁷³ o entendimento doutrinário no sentido de que na fase de inquérito policial não incidem os princípios do contraditório e da ampla defesa por se tratar de procedimento administrativo, fase que antecede a propositura da ação penal, tendo ele uma natureza inquisitiva, realizado sob a forma escrita e

⁷³Entre os autores que não admitem a incidência do contraditório e da ampla defesa na fase de inquérito estão Fernando Capez, Denilson Feitoza, Tourinho Filho, Eugênio Paccelli, Fauzi Hassan Choukr e Antônio Scarance Fernandes não admitem o contraditório, mas admitem atuação defensiva. Deve ser ressaltado que Denilson Feitoza e Eugênio Paccelli reconhecem a necessidade da contraditoriedade na fase de inquérito no que diz respeito às perícias.

considerado o investigado mais como objeto de investigação do que como sujeito de direitos, sendo possível que a autoridade policial assegure o sigilo necessário à elucidação do fato.⁷⁴

O posicionamento referente à não incidência do contraditório e da ampla defesa na fase de inquérito é decorrente, a nosso entender, de uma interpretação equivocada do disposto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, que estatui: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Segundo essa corrente doutrinária o constituinte tratou do “processo” judicial ou administrativo e como o inquérito não é “processo”, mas mero procedimento, não seria nessa fase da persecução penal assegurado o contraditório e a ampla defesa.

Ademais, os partidários de tal entendimento ainda possuem outro argumento: a expressão utilizada pelo legislador constituinte foi “aos acusados” e acusados, propriamente ditos, só se tem após a instauração da ação penal, mais especificamente, após o recebimento da denúncia ou queixa pelo juiz e, dessa forma, os princípios do contraditório e da ampla defesa só teriam incidência na fase processual.

Em sua obra *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*, Alexandre de Moraes faz o seguinte comentário:

“O contraditório nos procedimentos penais não se aplica aos inquéritos policiais, pois a fase investigatória é preparatória da acusação, inexistindo, ainda, acusado,

⁷⁴A possibilidade do sigilo na fase de inquérito está expressa no artigo 20 do Código de Processo Penal que tem a seguinte redação: “A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade”. No entanto, tal sigilo não atingirá a figura do advogado, conforme expresso no artigo 7º, inciso XIV, da Lei 8906/94 (Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil). Deve ser ressaltado que a fim de assegurar a efetividade da própria investigação, tais como nos casos em que haja necessidade de interceptação telefônica, quebra de sigilo bancário, mandado de busca e apreensão, só para citar alguns exemplos, o advogado ou defensor público somente terá acesso a tais informações depois de devidamente documentadas nos autos de inquérito, sendo possibilitado o exercício do contraditório apenas posteriormente, o que a doutrina denomina contraditório diferido. Entendimento este, inclusive, já sumulado, Súmula vinculante nº 14 do Supremo Tribunal Federal. “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, **já documentados** em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa” (grifo nosso)

constituindo, pois, mero procedimento administrativo, de caráter investigatório (...)”⁷⁵

Além do entendimento esposado pelo constitucionalista, não são poucos os estudiosos do processo penal que compartilham desse ponto de vista e aqui, para ilustrar, permitimo-nos reproduzir alguns posicionamentos acerca das características do inquérito policial.

Segundo Fernando Capez, o inquérito policial tem natureza inquisitiva e, portanto, nessa fase da persecução penal não há aplicação dos princípios do contraditório e da ampla defesa: “(...) É secreto e escrito, e não se aplicam os princípios do contraditório e da ampla defesa, pois, se não há acusação, não se fala em defesa”⁷⁶.

Esse também é o entendimento de Denilson Feitoza, “(...) o inquérito policial é um procedimento inquisitivo e, portanto, não se aplicam os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, pois o inquérito não é processo judicial ou administrativo (art.5º, LV, CR)”⁷⁷

Para Tourinho Filho, o inquérito policial tem natureza administrativa e não admite o contraditório, “(...) primeiro porque no inquérito não há acusado; segundo porque não é processo”⁷⁸.

O mesmo posicionamento, no sentido de que não há contraditório na fase de inquérito, em razão de sua própria natureza, destinado à prática de atos investigativos, é esposado por Renato Brasileiro de Lima, “(...) fossem os atos investigatórios precedidos de prévia comunicação à parte contrária, seria inviável a localização de fontes de prova acerca do delito, em verdadeiro obstáculo à boa atuação do aparato policial”.⁷⁹

O ponto de vista exposto por Fauzi Hassan Choukr é interessante, porque não se atém somente às expressões “processo” ou “acusados” para desenvolver o seu argumento, mas adverte que não há contraditório em razão do não conhecimento por parte do suspeito dos atos de investigação, “ (...) o contraditório,

⁷⁵ MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. 7.ed.. São Paulo: Atlas, 2011, p. 283

⁷⁶ CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal . 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 119.

⁷⁷ FEITOZA, Denilson. Direito processual penal: teoria, crítica e práxis. 5. ed. Niterói: Impetus, 2008, 171

⁷⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de processo penal. 15 ed.. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 115

⁷⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal. Niteroi: Impetus, 2 ed., v. 1, 2012, p. 130

quer pleno, parcial ou “mitigado” (...) ainda não está lá. Porque, para sua caracterização, é necessário que o suspeito tenha ciência dos atos de investigação e possa exercer sua participação”⁸⁰.

Também é bastante relevante a sua observação a respeito da não incidência de tal princípio na fase pré-processual, “(...) basicamente por faltar uma característica fundamental do contraditório, que é a capacidade de influenciar quem detém o poder decisório neste momento”.⁸¹

E ainda que admita a atuação defensiva no inquérito policial, questiona sobre a possibilidade de influência na decisão para a prática de algum ato relevante para a defesa uma vez que os atos de investigação ficam a critério da autoridade policial: “Mesmo que se permita a presença do defensor técnico nos incidentes já preconizados, resta em aberto a capacidade de influenciar a decisão de quem detém a persecução penal em suas mãos para exigir a realização de um determinado ato nessa etapa”⁸².

Sobre essa observação é importante mencionar que apesar do investigado poder requerer diligências na fase de inquérito, ficará a cargo da própria autoridade policial investigante decidir se há ou não necessidade das diligências requeridas, conforme expresso no artigo 14 do Código de Processo Penal.

Em contrapartida, a corrente doutrinária que se posiciona pela aplicação de ambos os princípios na fase de inquérito, sustenta que o argumento da utilização da expressão processo em vez de procedimento, a impedir a incidência de tais princípios na fase pré-processual, é um argumento frágil, pois em situações que o legislador deveria usar o termo procedimento utiliza processo e vice-versa.⁸³

Além desse argumento, aduzem que o constituinte não utilizou a palavra “acusados” isoladamente, a ela juntou a expressão “em geral”. Qual a razão da utilização da expressão “acusados em geral”? Quem são os “acusados em geral”?

⁸⁰ CHOUKR, Fauzi Hassan. Garantias constitucionais na investigação criminal .2.ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 130

⁸¹ CHOUKR, Fauzi Hassan. Garantias constitucionais na investigação criminal. 2.ed..op. cit., p. 130-131.

⁸² CHOUKR, Fauzi Hassan. Garantias constitucionais na investigação criminal. 2.ed..op. cit., p. 131

⁸³Esse argumento é utilizado por Aury Lopes Junior e Gloeckner, em sua obra “Investigação Preliminar no Processo Penal” e assim o expõe: “(...) a postura do legislador foi claramente garantista e a confusão terminológica (falar em processo administrativo quando deveria ser procedimento) não pode servir de obstáculo para sua aplicação no inquérito policial, até porque o próprio legislador ordinário cometeu o mesmo erro ao tratar do “Processo Comum”, do “Processo Sumário”etc..., quando na verdade queria dizer “procedimento”. (LOPES JUNIOR, GLOECKNER, 2014, p. 467/468)

Se fosse desejo do constituinte restringir o âmbito de incidência do contraditório e da ampla defesa teria usado tão somente a palavra “acusados”.

É de se notar que nas constituições que antecederam a Constituição de 1988, foi utilizada somente a palavra “acusados” e não a expressão “acusados em geral”.⁸⁴ E tal fato demonstra que a intenção do legislador constituinte foi a de ampliar o sentido da palavra acusados ao acrescer a expressão “em geral”.

Ao fazer a opção pelo uso da expressão “acusados em geral” pretendeu o legislador constituinte, justamente, ampliar o seu conteúdo para abranger qualquer pessoa a quem é imputada a prática de uma infração penal, seja na condição de investigado ou indiciado, na fase de inquérito, seja na condição de acusado propriamente dito, após o recebimento da denúncia pelo juiz, seja ainda como condenado, na fase de execução penal, quando já houve o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Dentre aqueles que admitem a aplicação dos princípios do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial, argumentando que essa interpretação é condizente com o texto constitucional e com a concepção de uma persecução penal democrática estão Aury Lopes Junior e Ricardo Jacobsen Gloekner, para eles o artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, não pode ser objeto de interpretação restritiva.

A interpretação a ser realizada deve ser aquela que possibilite maior garantia ao indivíduo sobre o qual recai a imputação de um fato delituoso, em qualquer momento da persecução penal, seja na fase de investigação preliminar/inquérito policial, seja no curso do processo penal, “(...) qualquer forma de imputação determinada representa uma acusação em sentido amplo. Por isso o legislador

⁸⁴Como explicitado por J.J. Gomes Canotilho, Gilmar Ferreira Mendes, Ingo Wolfgang Sarlet e Lenio Luiz Streck ao comentar o inciso LV, do artigo 5º, da Constituição Federal, em “Comentários à Constituição do Brasil: “A Constituição de 1891, art.72, § 16, estabelecia: “Aos **acusados** se assegurará na lei a mais ampla defesa, com todos os recursos e meios essenciais a ela”. A Constituição de 1934, art. 113, inciso 24: “A lei assegurará aos **acusados** ampla defesa, com meios e recursos essenciais a ela”. A Constituição de 1937, art. 122, inciso 11, 2ª parte, dispunha que a instrução criminal seria contraditória, asseguradas, antes e depois da formação da culpa, as necessárias garantias da ampla defesa. A Constituição de 1946, art.141, § 25. Assegurava aos **acusados** plena defesa, com todos os meios e recursos essenciais a ela, e que a instrução criminal seria contraditória”

empregou acusados em geral (...), com o claro intuito de proteger o sujeito passivo (...).⁸⁵

Fazem os autores, no entanto, relevante observação no que diz respeito ao contraditório na fase de investigação preliminar, aduzindo que não se trata de um contraditório com todas as características referentes à fase processual uma vez que, de fato, não há que se falar no inquérito policial em relação jurídica processual, faltando assim a inerente dialeticidade própria do processo. O contraditório nessa fase se limitaria à possibilidade de informação, “não pode existir contraditório pleno no inquérito porque não existe uma relação jurídico-processual (...). Contudo, esse direito à informação (...) adquire relevância na medida em que através dele que será exercida a defesa”.⁸⁶

Realizando a crítica a essa concepção da existência de um contraditório na fase de inquérito restrito ao primeiro momento de informação, Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro sustenta que o direito à informação nessa fase de investigação que antecede ao processo é decorrente do próprio direito de defesa, “ou o contraditório existe e, assim, a simétrica participação, com igualdade de armas, de partes envolvidas, ou não existirá; não há meio contraditório ou parcela dele. O direito de informação é, em sede de inquérito, manifestação do direito de defesa (...).⁸⁷

Rogério Lauria Tucci é enfático sobre a necessidade da incidência dos princípios do contraditório e da ampla defesa, “à evidência que se deverá conceder ao ser humano enredado na *persecutio criminis* todas as possibilidades de efetivação da ampla defesa (...) marcada pela contraditoriedade (...) desde a fase pré-processual até o final do processo de conhecimento (...)”⁸⁸. E, segundo ele, essa contraditoriedade é necessária “a fim de que o órgão jurisdicional competente, devidamente formado o seu convencimento possa pronunciar-se o mais corretamente possível e com justiça”⁸⁹.

⁸⁵ LOPES JR., Aury, GLOECKNER, Ricardo Jacobsen Investigação preliminar no processo penal. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 468.

⁸⁶ LOPES JR., Aury, GLOECKNER, Ricardo Jacobsen Investigação preliminar no processo penal. Op. cit. p. 468.

⁸⁷ RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves. Persecução Penal Democrática. Belo Horizonte: ESDHC, 2010, p. 99.

⁸⁸ TUCCI, Rogério Lauria. Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 148.

⁸⁹ TUCCI, Rogério Lauria. Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro. Op. cit. 160-161.

Explicitada por Rogério Lauria Tucci a imprescindibilidade da contraditoriedade, tanto na fase de inquérito quanto na fase processual, como sendo meio útil para melhor formar o convencimento do órgão julgador a fim de que possa proferir decisões mais justas e equilibradas; pois, assim, se tem, desde o início da persecução penal, informação e possibilidade de reação.

Especificamente sobre a ampla defesa é enfático ao afirmar que deve ser assegurada a qualquer pessoa sobre a qual recaia uma imputação criminal, ainda que anteriormente à propositura de uma ação penal ou mesmo após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, “é a garantia da ampla defesa (...) uma das exigências em que se consubstancia o *due process of law*, e especificada no processo penal em favor dos “acusados em geral”, ou seja, do indiciado, do acusado e do condenado”⁹⁰.

Eugênio Pacelli, por sua vez, analisando os princípios do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial, reconhece a maior projeção que vem tomando na doutrina o entendimento que admite a incidência de tais princípios nessa fase da persecução penal, mas também se posiciona no sentido de não admiti-los uma vez que nessa fase preliminar não há que se falar na imposição de uma sanção penal; “(...) não vemos como acolher a ideia. Embora a instauração de investigação criminal, por si só, já implique uma afetação no âmbito do espaço da cidadania plena do investigado (...) não podemos nela identificar um gravame que, sob a perspectiva do direito positivo, possa ser equiparado a uma sanção”⁹¹.

Seu ponto de vista é no sentido de que como no inquérito não haverá imposição de sanção, o que somente ocorrerá no curso do processo, não há razão para a aplicação de tais princípios. No entanto, reconhece a importância e necessidade de atuação defensiva, mas alerta para o risco de perturbação dos trabalhos investigativos, caso seja permitida a atuação da defesa técnica, o que poderia também acarretar a protelação do procedimento investigatório:

De se ver que o contraditório na fase de investigação, em tese, pode até se revelar muito útil, na medida em que muitas ações penais poderiam ser evitadas pela intervenção da defesa, com a apresentação e/ou indicação de material probatório suficiente a infirmar o juízo de valor emanado da autoridade policial ou do

⁹⁰ TUCCI, Rogério Lauria. Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro. Op. cit. p. 147.

⁹¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 16.ed.. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 54-55.

Ministério Público por ocasião da instauração da investigação. O risco, evidente e concreto, é a perturbação da regular tramitação da investigação pela intervenção técnica protelatória. Não há como recusar essa realidade, se bem examinadas as coisas do cotidiano de nosso Judiciário.⁹²

Com o devido respeito ao posicionamento acima esposado, não é razoável a crítica à possibilidade de incidência de atuação da defesa na fase pré-processual por temor ao risco de maior lentidão nas investigações uma vez que medidas de ordem prática para a devida tramitação do inquérito deveriam ser efetivadas a fim de impedir intervenções de caráter meramente protelatório.

Da mesma forma que existe a atuação do órgão jurisdicional no que diz respeito à apreciação de quaisquer medidas que acarretem restrições a direitos individuais, tais como necessidade de autorização judicial relativas às representações da autoridade policial ou requerimentos do Ministério Público por expedição de mandados de busca e apreensão, interceptações telefônicas, quebra de sigilo bancário, prisão temporária, etc., também ao órgão jurisdicional incumbiria avaliar e decidir sobre os requerimentos da Defesa, de modo a evitar a atuação com o objetivo de retardar a investigação, evitando-se a produção de elementos informativos irrelevantes, impertinentes ou de caráter meramente protelatório.⁹³

No entanto, quanto à produção de provas periciais no curso do inquérito, Eugenio Pacelli é contundente ao se posicionar pela aplicação do princípio do contraditório e também pela necessidade de participação da defesa na elaboração do laudo, “o contraditório já deveria ser realizado, particularmente para aquelas hipóteses em que o objeto da perícia (corpo de delito) corra o risco de perecimento no tempo ou de alteração substancial (...). Por que não a participação da defesa, desde logo, na elaboração do laudo técnico?”^{94 95}

Entendimento também partilhado por Denilson Feitoza, “alguns atos, contudo, são propriamente provas no futuro processo penal, como é o caso das

⁹² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. Op. cit. p. 55.

⁹³ Na atual sistemática é permitido o requerimento de diligências do investigado, como previsto no artigo 14 do Código de Processo Penal que, contudo, serão realizadas ou não a critério da autoridade policial.

⁹⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. Op. cit. p. 55.

⁹⁵ Esse tema, possibilidade de intervenção da defesa técnica na produção de provas periciais no curso do inquérito, será abordado com mais profundidade no capítulo referente à formação do convencimento do órgão julgador, quando trataremos do tema “valor probatório do inquérito policial” para o qual remetemos o leitor.

perícias. Assim, seria conveniente que houvesse algum contraditório especificamente quanto a tais atos”⁹⁶.

Apesar de não admitir o contraditório na fase investigatória, Antonio Scarance Fernandes argumenta ser necessária uma atuação defensiva. “Há, sem dúvida, necessidade de admitir a atuação da defesa na investigação, ainda que não se exija o contraditório (...). Não se trata de defesa ampla, mas limitada ao resguardo dos interesses mais relevantes do suspeito. (...)”⁹⁷. Entre os interesses relevantes do investigado, podem ser citados o requerimento de diligências, os pedidos de relaxamento da prisão em flagrante, de liberdade provisória e a impetração de habeas corpus.

E ainda acrescenta, “importante norma para assegurar a atuação da defesa na fase pré-processual foi inserida no CPP pela Lei 11.449/2007: em caso de o preso não indicar defensor, deve ser encaminhada cópia do auto de prisão em flagrante à Defensoria Pública, conforme redação dada ao art. 306, § 1º, parte final.”^{98 99}

Tal norma é de fundamental importância uma vez que anteriormente a sua vigência não havia o encaminhamento da cópia do auto de prisão em flagrante à Defensoria Pública, de modo que essa instituição a qual incumbe a defesa dos hipossuficientes não era dada ciência dos inúmeros casos de prisão em flagrante de pessoas que não tinham condições de contratar advogados.

Por essa razão, impossibilitados de obter eventual relaxamento de prisão em flagrante, no caso de ilegalidade, ou mesmo o benefício da liberdade provisória, caso inexistentes os motivos autorizadores da prisão preventiva, os indivíduos presos em flagrante que não indicassem defensor, em sua maioria, por não possuir condições financeiras para a contratação de advogados, acabavam permanecendo presos quando, eventualmente, poderiam ter direito ao relaxamento da prisão ou ao benefício da liberdade provisória.¹⁰⁰

⁹⁶ FEITOZA, Denilson. Direito processual penal: teoria, crítica e práxis. Op. cit. p. 171

⁹⁷ FERNANDES, Antônio Scarance. Processo Penal Constitucional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 69-70.

⁹⁸ FERNANDES, Antônio Scarance. Processo Penal Constitucional. Op. cit. p. 70.

⁹⁹ A Lei 13.245/2016 que alterou o Estatuto da OAB também permite inferir um maior reconhecimento ao contraditório e à ampla defesa na fase de inquérito, na medida em que ampliou o direito de acesso dos advogados aos autos de inquérito policial e assegurou o direito de acompanharem o interrogatório do cliente/ investigado e as declarações de vítimas e os depoimentos de testemunhas.

¹⁰⁰ Importante inovação no que diz respeito ao direito fundamental à liberdade, em consonância com os princípios processuais penais previstos na Constituição Federal de 1988, visando melhor efetivar o princípio da presunção de inocência, foi a implementação das chamadas audiências de

Para melhor compreensão sobre o questionamento quanto à incidência ou não do contraditório e da ampla defesa na fase de inquérito, faz-se necessária a análise crítica dos atos que são realizados pela autoridade policial no curso da investigação. Tais atos constituirão os elementos informativos para a formação da *opinio delicti* do Ministério Público, órgão ao qual incumbe promover a ação penal pública, ou do particular, no caso da ação penal privada. A análise desses atos de investigação é realizada no anexo 1 para o qual remetemos o leitor.

2.4

Elementos informativos e a formação da *opinio delicti* do titular da ação penal

Os elementos informativos¹⁰¹ obtidos por meio da realização das diligências previstas nos artigos 6º e 7º do Código de Processo Penal (anexo 1), além de outras que podem ser realizadas a critério da autoridade policial e, se for o caso de ingerência em algum direito fundamental, faz-se necessária ordem judicial para a sua realização, são destinados ao órgão titular da ação penal.

Tais diligências devem ser realizadas pela autoridade policial, de modo a possibilitar a futura propositura de ação penal ou o requerimento de arquivamento do inquérito policial.¹⁰² Como observado por Aury Lopes Junior e Gloeckner, “o

custódia. Nas audiências de custódia é possibilitado, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, o contato da pessoa presa em flagrante com a autoridade judiciária. Nas audiências estarão presentes também o Ministério Público e o advogado constituído do acusado ou a Defensoria Pública, e se procederá como previsto no artigo 310 do Código de Processo Penal, decidindo-se pelo relaxamento da prisão (no caso de ilegalidade), conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva ou concessão do benefício da liberdade provisória.

“A audiência de custódia está prevista em pactos e tratados assinados pelo Brasil, como a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose) e Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos. Ambos dispõem que a pessoa detida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada. O projeto foi lançado em fevereiro de 2015, pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG) aderiu ao projeto por meio da Resolução 796/2015, que regulamenta o projeto Audiência de Custódia no âmbito da justiça comum de 1ª Instância do Estado de Minas Gerais.” Fonte: <http://www.tjmg.jus.br/portal/acoes-e-programas/audiencia-de-custodia/>

¹⁰¹A expressão “elementos informativos” é utilizada no artigo 155 do Código de Processo Penal se referindo as provas obtidas na fase de inquérito para diferenciá-las daquelas produzidas no curso do processo sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. A distinção entre elementos informativos e provas será estabelecida de forma mais pormenorizada no item 2.4.1.

¹⁰²O requerimento de arquivamento do inquérito policial somente é necessário quando se trata de crime sujeito à ação penal pública. Se o crime for de ação penal privada basta deixar transcorrer o prazo decadencial previsto no artigo 38 do Código de Processo Penal. Após o transcurso de tal prazo será declarada extinta a punibilidade do agente, em razão da decadência, com fundamento no artigo 107, inciso IV, do Código de Processo Penal.

inquérito policial tem como finalidade o fornecimento de elementos para decidir entre o processo ou o não processo, assim como servir de fundamento para as medidas endoprocedimentais que se façam necessárias no seu curso”¹⁰³.¹⁰⁴

Os elementos informativos produzidos na fase pré-processual não são destinados ao órgão julgador, devendo ser apreciados pelo titular da ação penal, Ministério Público ou querelante, conforme o crime praticado seja sujeito à ação penal pública ou privada.

Tratando-se de ação penal privada, finalizado o inquérito policial e remetido ao Juízo, deve ser aguardada a iniciativa do ofendido ou de seu representante legal que, poderá, pois aqui impera o princípio da oportunidade ou conveniência, no prazo de 06 (seis) meses a contar da data do conhecimento de quem seja o autor do fato, oferecer a queixa crime (art.38 do CPP).

No caso de ação penal pública, o Ministério Público, órgão de Estado que tem como uma de suas funções institucionais promover a ação penal pública (art.129, I, CF e art.24 do CPP), ao receber os autos de inquérito policial, verificará se há indícios suficientes de autoria ou participação no fato criminoso e prova da existência do crime e, nesse caso, deverá ingressar com a ação penal.

Se os elementos informativos forem insuficientes, ou seja, não havendo suporte probatório mínimo para a propositura da ação penal, o membro do Ministério Público pode requerer o retorno dos autos de inquérito à autoridade policial para a realização de diligências imprescindíveis ao oferecimento da denúncia (art.16 do CPP).

E deverá requerer o arquivamento do inquérito, nas situações em que os elementos informativos obtidos na investigação preliminar não permitirem o exercício da pretensão acusatória, entre outros casos, quando não foi apurada a autoria ou no caso de atipicidade da conduta.

Pode-se aferir, portanto, que os elementos informativos obtidos na fase pré-processual podem servir de base tanto para a propositura de ação penal como para eventual requerimento de arquivamento do inquérito policial.

¹⁰³São consideradas medidas endoprocedimentais, a busca e apreensão, a interceptação telefônica, a quebra de sigilo de dados ou bancário, a decretação de prisão preventiva ou temporária, enfim qualquer medida no curso do procedimento administrativo/pré-processual que vá acarretar alguma restrição dos direitos fundamentais e que, portanto, necessita a intervenção do órgão jurisdicional na sua função de garante, ou seja, garantidor dos direitos individuais, de modo que não sejam violados.

¹⁰⁴ LOPES JR., Aury, GLOECKNER, Ricardo Jacobsen Investigação preliminar no processo penal. Op. cit. p. 222.

2.4.1

Da necessária distinção entre elementos informativos e provas

Diz-se elementos informativos e não provas, porque o próprio legislador ordinário estabeleceu a distinção, como possível aferir pela redação dada ao artigo 155 do Código de Processo Penal, pela Lei 11.690/08: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da **prova** produzida em **contraditório judicial**, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos **elementos informativos** colhidos na **investigação**, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”.

A análise do texto permite constatar que em relação às provas, entendidas genericamente, foi realizada uma classificação, segundo o momento de produção durante a persecução penal. Àquelas produzidas no curso da investigação/fase pré-processual foi utilizado o termo elementos informativos; reservando-se o termo provas, em sentido estrito, à prova produzida no curso do processo, como diz o legislador, em contraditório judicial.

Ao que parece, o legislador ordinário, em flagrante dissonância com o texto constitucional, não admitiu a possibilidade de contraditório na fase de inquérito, tanto é que utilizou o termo contraditório judicial, de forma a explicitar que o contraditório está presente tão somente na fase processual.

E, justamente, por entender que na fase de investigação preliminar, em nosso sistema processual penal, a fase de inquérito policial, não há o contraditório ou a efetiva ampla defesa, estabeleceu-se que a convicção do juiz não poderá ser baseada exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação.

A razão de tal distinção é no sentido de estabelecer que as provas produzidas no inquérito, por não estarem sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, devem servir tão somente como elementos informativos a ser analisados pelo titular da ação penal, Ministério Público ou querelante, para eventual oferecimento de denúncia ou queixa-crime.

No caso de crime de ação penal pública, pode ainda o órgão ministerial requerer diligências à autoridade policial, desde que imprescindíveis ao oferecimento da denúncia ou, ainda, o arquivamento do inquérito policial.

Os elementos informativos obtidos na fase de inquérito não podem, portanto, servir de fundamento para a formação do convencimento do órgão julgador porque não são a ele destinados e sim ao titular da ação penal.

Se houver nos autos de inquérito elementos informativos a ensejar a propositura de uma ação penal, suporte probatório mínimo no que se refere aos indícios suficientes de autoria ou participação e prova da existência do crime, os legitimados ativos, Ministério Público e querelante atuarão de forma distinta. O Ministério Público, em razão do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, deverá oferecer a denúncia, e o querelante, em decorrência do princípio da oportunidade ou conveniência da ação penal privada, poderá oferecer a queixa-crime. A atuação do órgão jurisdicional é, assim, provocada, pelo exercício do direito de ação, por meio do qual se leva ao conhecimento do Poder Judiciário a prática de infração penal, exercendo-se a pretensão acusatória.

Ainda que alguns considerem a possibilidade do exercício do contraditório e da ampla defesa na fase de inquérito, na prática, não há que se falar em qualquer paridade de condições entre a atuação, de um lado, do órgão estatal/polícia judiciária, e do outro, o investigado e a defesa técnica, até porque a natureza do inquérito permite que se justifique a realização de alguns atos sem o prévio conhecimento do investigado e de sua defesa, porque, do contrário, redundaria em óbice para a própria atividade investigativa.

A atuação da defesa técnica é bastante restrita antes de instaurada a ação penal e será bastante distinta caso o investigado tenha ou não condições de contratar advogado. Quando possui condições financeiras para a contratação de advogado, a defesa técnica se fará mais presente e efetiva, procurando se informar sobre os atos da investigação (art. 7º, inciso XIV, da Lei 8906/94), requerendo diligências (art.14 do CPP), estando presente no ato de interrogatório e zelando pelo *status libertatis* do investigado.

Se o investigado necessita dos serviços da Defensoria Pública, em razão do reduzido número de defensores¹⁰⁵, torna-se impossível o acompanhamento do inquérito de forma mais ativa. A atuação desse órgão de Estado, na maior parte dos casos, limita-se à tutela da liberdade do investigado, pedidos de relaxamento da prisão ou impetração de *habeas corpus*, no caso de ilegalidades das prisões em flagrante, temporária ou preventiva, ou requerimentos de liberdade provisória, quando não presentes as hipóteses que autorizam a decretação da prisão preventiva.

¹⁰⁵Conforme dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), Mapa da Defensoria Pública no ano 2013 havia um déficit de 10.578 defensores públicos.

Se na primeira fase da persecução penal ainda prevalece o entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido de que não há a incidência dos princípios do contraditório e da ampla defesa, predominando o caráter inquisitivo; na segunda fase, há a aplicação desses princípios, sendo possível ao acusado a reação diante da pretensão estatal, o que será analisado no próximo capítulo.

3 Ampla Defesa no Curso do Processo

Pretende-se no presente capítulo estabelecer a associação entre o princípio da ampla defesa e o dever do Estado de prestar assistência jurídica integral e gratuita àqueles que comprovarem insuficiência de recursos. Será feita uma retrospectiva da previsão desse princípio nas Constituições brasileiras e, em seguida, uma abordagem comparativa entre a atual previsão constitucional e o conteúdo da exposição de motivos do Código de Processo Penal de 1941, ainda em vigor, visando demonstrar a incongruência entre o paradigma democrático da Constituição Federal de 1988 e o paradigma autoritário do Código de Processo Penal.

Também será realizada uma abordagem da incidência do princípio no curso do processo, utilizando como referência o procedimento ordinário, com as modificações advindas da chamada reforma processual penal, perpassando pelos atos procedimentais de modo a demonstrar a imperiosa necessidade de uma efetiva atuação defensiva.

É reconhecido que a reforma processual penal contribuiu, em muito, para tentar dar maior efetividade ao princípio da ampla defesa, no entanto, sem que seja prestada a assistência jurídica integral e gratuita aos que dela necessitam, comprometido estará esse objetivo e, conseqüentemente, a adequação do processo penal à Constituição Federal.

3.1 Previsão Constitucional – Ampla Defesa e Assistência Judiciária e Jurídica

A Constituição da República Federativa do Brasil em seu artigo 5^a, inciso LV, assegura aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

O princípio da ampla defesa não foi inovação da Constituição Federal vigente, promulgada em 05 de outubro de 1988; excetuando a Constituição de 1824, chamada de Constituição Monárquica, na qual não constava previsão referente à defesa. Nas constituições subsequentes tal princípio se encontrava

estatuído: na de 1891, no artigo 72, § 16; na de 1934, no artigo 113, inciso 24; na de 1937, no artigo 122, inciso 11, segunda parte; na de 1946, no artigo 141, § 25; na de 1967, no artigo 150, § 15 e, posteriormente, com a Emenda de 1969, no artigo 153, § 15.

Assegurar o direito à ampla defesa foi, portanto, preocupação do legislador constituinte, mesmo em períodos ditatoriais. Mas a mera previsão do direito não é suficiente para efetivá-lo, fazendo-se necessário atrelar ao mesmo o direito à assistência judiciária àqueles que não possuem condições de contratar advogados.

Segundo Celso Ribeiro Bastos, a assistência judiciária tem suas raízes nas ordenações filipinas, e a incumbência de prestar tal assistência recaía sobre os advogados (BASTOS, 1989, p.374). Somente no primeiro governo de Getúlio Vargas, quando foi promulgada uma Constituição com diretrizes sociais é que foi estatuído o direito de acesso gratuito à justiça no texto constitucional, previsto no artigo 113, inciso 32, da Constituição de 1934. No entanto, com a Constituição outorgada em 1937, em decorrência do golpe liderado pelo próprio Presidente Getúlio Vargas, foram restringidos direitos individuais, sendo excluída do texto constitucional a previsão de assistência judiciária.

Após a queda de Getúlio Vargas e fim do período denominado Estado Novo, em um período de redemocratização, promulga-se a Constituição de 1946 e nela havia previsão expressa referente à assistência judiciária em seu artigo 141, § 35.

Entretanto, o que constitui um marco significativo para o reconhecimento do direito à concessão de assistência judiciária aos necessitados foi a Lei 1060/50, ainda em vigor, que estabelece em seu artigo 1º: “Os poderes públicos, federal e estadual, independentemente da colaboração que possam receber dos municípios e Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, concederão assistência judiciária aos necessitados nos termos desta lei”.

Na Constituição Federal de 1967, o direito à assistência judiciária estava previsto no artigo 150, § 32 e a emenda constitucional de 1969 manteve inalterada tal disposição.

Somente com a atual Constituição Federal é que, além de assegurado o direito à ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes, foi também estatuído como dever do Estado a prestação de assistência jurídica integral e gratuita, de modo a propiciar maior efetividade a tal direito.

A previsão constitucional do princípio da ampla defesa e do dever do Estado de prestar a assistência jurídica integral e gratuita se encontram no Título II, que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo I, referente aos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos. A ampla defesa, como já explicitado, está prevista no artigo 5º, inciso LV e a prestação de assistência jurídica integral e gratuita como dever do Estado, no mesmo artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição da República Federativa do Brasil, o que significa dizer que tanto a ampla defesa como a assistência jurídica integral e gratuita são consideradas direitos e também garantias fundamentais.¹⁰⁶

O *status* de direito e garantia fundamental conferido tanto à ampla defesa quanto à prestação de assistência jurídica integral e gratuita pelo Estado é de suma relevância uma vez que integram as chamadas cláusulas pétreas, o núcleo intangível, não podendo ser objeto de emenda constitucional, como previsto no artigo 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal, indicando a preocupação do legislador constituinte em impor limites materiais às mudanças na Constituição pelo poder constituinte reformador.

Não é por outra razão que a atual Constituição é chamada de Constituição Cidadã, dada a primazia dos direitos e garantias individuais que, além de constituírem parte do núcleo imutável da Constituição Federal, foram tratados pelo legislador constituinte, antes mesmo da própria organização do Estado, que encontra previsão no Título IV da Carta Magna.

3.2

Cumpra o Estado o seu dever de prestar a assistência jurídica integral e gratuita?

Apesar da importância conferida pelo legislador constituinte ao princípio da ampla defesa e ao dever do Estado de prestar assistência jurídica integral e gratuita; dever este que se impõe para que seja possível a realização de um processo justo, pressupondo igualdade entre as partes de modo a possibilitar o

¹⁰⁶A própria distinção entre direitos e garantias, por sua vez, não pode mascarar a circunstância de que, em termos gerais, as garantias, embora evidentemente tenha uma função de natureza assecuratória e, nesta perspectiva, instrumental, atuam também como direitos (tanto na dimensão subjetiva quanto na objetiva), pois investem o seu titular de uma posição subjetiva no sentido de invocar a garantia em seu favor. É por esta razão que muitos preferem utilizar, em relação às garantias a expressão “direitos-garantia”, ou mesmo, a depender da estrutura normativa, “princípios-garantia”. (CANOTILHO, 2013, p. 187).

contraditório em paridade de condições; não se verifica, no dia a dia forense, a efetividade da ampla defesa.

A ampla defesa consiste na autodefesa realizada pelo investigado, acusado ou, até mesmo, o condenado, e também na defesa técnica, a ser patrocinada por profissional habilitado, ou seja, com capacidade postulatória, advogados ou defensores públicos.

O Estado, em tese, deve cumprir o seu dever de prestar assistência jurídica integral e gratuita por meio da Defensoria Pública, órgão ao qual incumbe a defesa daqueles que comprovarem insuficiência de recursos nos termos do artigo 134 da Constituição Federal.

A prestação de assistência jurídica integral e gratuita por parte do Estado é imprescindível para que se possa efetivar o princípio da ampla defesa, pois os profissionais que integram a Defensoria Pública estão capacitados tecnicamente para exercer o *munus público* de defender o cidadão submetido ao processo penal que não tenha condições de contratar os serviços de advogado.

No entanto, são várias as comarcas do país que não dispõem dos serviços prestados pela Defensoria Pública e, conseqüentemente, são nomeados pelo juízo advogados para o patrocínio da defesa daqueles que não têm recursos, os chamados advogados dativos. A regularidade do processo está assim cumprida com a presença da defesa técnica.

Contudo, trata-se, em muitos casos, de defesa meramente formal, pois tais advogados nomeados, sobretudo nas comarcas do interior, não necessariamente atuam na área criminal ou possuem a devida capacidade técnica para o efetivo exercício da ampla defesa. O conteúdo das peças processuais defensivas, a produção de provas e a orientação no que diz respeito ao exercício da autodefesa do acusado ficam aquém do desejado no sentido de efetiva possibilidade de influir nas decisões judiciais. Dessa forma, esse fato inviabiliza a preconizada igualdade entre as partes no processo.

O legislador ordinário, em razão da reforma no Código de Processo Penal, no que se refere aos procedimentos e às provas, implementada pelas Leis 11.719, 11.689 e 11.690 do ano de 2008, objetivou conferir maior efetividade ao princípio da ampla defesa de modo a melhor adequar as normas do processo penal aos princípios constitucionais.

A despeito da reforma processual ter melhor adequado as normas processuais penais aos princípios constitucionais, principalmente aos princípios da presunção de inocência, razoável duração do processo, contraditório e ampla defesa, não foi, contudo, suficiente para assegurar ao cidadão submetido ao processo penal a realização de um justo processo com paridade de armas e efetiva defesa. Como já explicitado, o Estado não cumpre o seu dever de prestar a assistência jurídica integral e gratuita em várias localidades do país e mesmo nas comarcas onde são prestados tais serviços há enorme deficiência de estrutura e pessoal, inviabilizando uma atuação mais eficaz.¹⁰⁷

Cabe aqui um questionamento: qual seria a razão do Estado não cumprir o seu dever de prestar a assistência jurídica integral e gratuita e, dessa forma, comprometer o efetivo exercício do direito à ampla defesa para aqueles que não têm condições de contratar advogados?

A falácia de uma dita persecução penal democrática, com igualdade de condições entre as partes é desmascarada quando se percebe o descaso do Estado para com a defesa e não somente no que diz respeito à insuficiência ou mesmo ausência dos serviços prestados pela Defensoria Pública, mas também porque impera uma lógica autoritária nas práticas da persecução penal, reflexo da nossa própria sociedade punitiva¹⁰⁸. Sem efetiva defesa, mais fácil e rápida a legitimação da exclusão. Vejamos como isso se opera no curso do processo.

3.3 Paradigma Autoritário X Paradigma Democrático

Para melhor compreensão do tema, faz-se necessária uma análise do conteúdo da exposição de motivos do Código de Processo Penal de 1941, ainda em vigor, e seu cotejamento com o ideário da Constituição Federal de 1988.

Passamos a reproduzir um trecho da exposição de motivos do Código de Processo Penal, bastante significativo no que se refere à transparência da ideologia que imperou na época de sua elaboração:

¹⁰⁷Já mencionado na introdução do presente trabalho, na nota 2, segundo dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA)/Mapa da Defensoria Pública no Brasil, ano de 2013, o déficit total do Brasil era de 10.578 defensores públicos .

¹⁰⁸ O conceito é de Michel Foucault, trabalhado no primeiro capítulo.

De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o ajustamento ao **objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem**. 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 retardatória, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. **Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum.**¹⁰⁹

À época de elaboração do Código de Processo Penal, vivia-se no Brasil sob um regime ditatorial, o chamado Estado Novo, sendo conferida primazia ao poder do Estado em detrimento dos direitos e garantias individuais. O Estado Novo, autoritário, privilegiava a ideia de ordem e segurança e tais concepções, conseqüentemente, também se refletiam no sistema processual penal, como pode ser verificado pelo trecho da exposição de motivos acima transcrito, exigindo uma maior atuação repressiva do Estado sendo, inclusive, enfatizada a necessidade de se abolir a “injustificável primazia dos interesses do indivíduo sobre o da tutela social”.

Assim, justificada estaria a elaboração de um Código de Processo Penal baseado no princípio da culpabilidade, tal como o Código de Processo Penal de 1941. O sistema processual penal tinha, então, como regra a prisão e como exceção a liberdade.

Alguns dispositivos restringiam à concessão do benefício da liberdade provisória, tornando-a possível somente para indivíduos primários e de bons antecedentes (art.408, § 2º; CPP) e estabeleciam a necessidade de prisão cautelar decorrente da decisão de pronúncia (art.408, § 1º, CPP) e de sentença condenatória recorrível (art.393, inc. I, CPP).¹¹⁰ Com essa última exigência,

¹⁰⁹ BRASIL, Presidencia da República. Decreto-lei Nº 3.689, DE 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>

¹¹⁰ Os artigos mencionados tem redação anterior à entrada em vigor da Lei 11.719/08. Atualmente em razão das alterações introduzidas pela Lei 12.403/11 (DOU 05.05.2011), em vigor 60 (sessenta dias) após a data de sua publicação oficial, já não mais se permite a prisão decorrente, por si só, da decisão de pronúncia ou de decisão condenatória recorrível. Com o objetivo de melhor adequar o tema prisão provisória à Constituição Federal, onde a liberdade é a regra e a prisão a exceção, esta lei restringiu as hipóteses de cabimento da prisão preventiva (artigo 312 e 313 do CPP). No entanto, as expressões genéricas utilizadas pelo legislador garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal e assegurar a aplicação da lei penal, sobretudo, a primeira expressão garantia da ordem pública, permite o uso abusivo desta medida cautelar extrema. Exemplos de decisões referentes à decretação de prisão preventiva podem ser vistos no anexo 2. Sobre o tema ver a tese de doutorado de Victoria-Amália de Barros Carvalho

impunha-se a necessidade da prisão para que fosse possível a interposição de recurso de apelação. Era também determinado, como efeito automático da sentença, que o nome do réu fosse lançado no rol dos culpados (art.393, inc. II, CPP).

Tais dispositivos, mesmo após a promulgação da Constituição de 1988, permaneceram inalterados, em flagrante ofensa aos princípios da ampla defesa, do duplo grau de jurisdição e da presunção de inocência; não sendo razoável que, para o reexame de uma decisão, tivesse o pronunciado ou o condenado por sentença recorrível que se recolher à prisão. O lançamento do nome do réu no rol dos culpados, decorrente de sentença condenatória recorrível, constituía mácula ao princípio da presunção de inocência.

Tais dispositivos, entre outros, estavam em consonância com o que se almejava à época da elaboração do Código de Processo Penal, uma persecução penal de índole repressiva e, para tanto, necessária a supressão de direitos individuais, dando-se primazia a atuação pronta e eficaz do Estado no exercício da pretensão punitiva de modo a garantir a ordem, a segurança, o dito bem estar da coletividade.

A ênfase, como explicitado na Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, era a repressão à criminalidade, e tal repressão não mais poderia ser defeituosa e retardatória, pois isto acarretaria estímulo à expansão da criminalidade.

Ademais, como também explicitado na Exposição de Motivos referente aos temas prisão em flagrante e prisão preventiva:

O interesse da administração da justiça não pode continuar a ser sacrificado por obsoletos escrúpulos formalísticos, que redundam em assegurar, com prejuízo da futura ação penal, a afrontosa intangibilidade de criminosos surpreendidos na atualidade ainda palpitante do crime e em circunstâncias que evidenciam sua relação com este.¹¹¹

Presente à época de elaboração do Código de Processo Penal uma ideologia de caráter punitivo, cuja ênfase era a defesa social:

Gozdawa Sulocki intitulada, Museu de Novidades: Discursos da Ideologia da Defesa Social nas Decisões Judiciais neste início de século XXI.

¹¹¹ BRASIL, Presidencia da República. Decreto-lei Nº 3.689, DE 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>

O conteúdo ideológico que subsidiou a elaboração e a condensação da legislação processual penal brasileira reproduz exatamente as expectativas da ideologia punitiva da Defesa Social que, sob o disfarce de proteger a sociedade, esconde o caráter clientelista e elitista do Direito Penal. Nessa perspectiva o processo seria identificado formal e funcionalmente como verdadeiros “filtros” de criminalização.^{112 113}

A exposição de motivos do Código de Processo Penal evidencia a primazia do interesse estatal, identificado com uma pretensão primordialmente punitiva, se sobrepondo ao interesse do indivíduo, submetido ao processo, em manter o seu *status libertatis*. Opção e crença do legislador ordinário na eficiência do direito penal e na sua aplicação por meio do processo como sendo o modo mais eficaz de combate à criminalidade, com introdução de políticas de segurança de cunho repressivo.

Defesa social por meio do direito penal material e processual, por meio do controle, restrição de direitos individuais e punição; prioriza-se o direito penal em detrimento dos direitos e garantias individuais. Enfatizada essa lógica na Exposição de Motivos: “O interesse da administração da justiça não pode continuar a ser sacrificado por obsoletos escrúpulos formalísticos (...)”¹¹⁴

Essa ideologia e atuação do Estado perduram, mesmo no período posterior ao Estado Novo, considerado como um período de experiência democrática (1945-1964)¹¹⁵.

É, contudo, o legislador constituinte de 1988 que será o responsável por um novo enfoque na própria concepção e estrutura do Estado, que irá se refletir no processo penal. Ao estabelecer expressamente no texto constitucional, justamente no artigo 5º, que trata dos direitos e garantias individuais e coletivos, uma série de princípios que devem nortear o processo e, entre eles, o princípio da presunção de inocência, realiza uma mudança de paradigma; de modo que o Código de Processo Penal passa a merecer uma releitura à luz dos princípios constitucionais.

¹¹² ALMEIDA, Thiago Martins de. Acesso à justiça penal no estado democrático de Direito: a ampla defesa como meio de igualdade entre partes (Dissertação de Mestrado) Puc-Rio, 2008

¹¹³ A expressão utilizada “*filtros*” de criminalização permite a associação com a análise realizada por Foucault sobre os ilegalismos; alguns ilegalismos são objeto de criminalização e seus autores serão sujeitos à penalização, outros serão toleráveis. A análise sobre os ilegalismos é realizada na conferência do dia 21 de fevereiro de 1973 no Curso no Collège de France – A Sociedade Punitiva (FOUCAULT, 2015, p.129/142)

¹¹⁴ BRASIL, Presidência da República. Decreto-lei Nº 3.689, DE 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>

¹¹⁵ Sobre o período e o conceito de “experiência democrática”, ver a obra Brasil Republicano – O tempo da experiência democrática – da democratização de 1945 ao golpe civil-militar de 1964, de Jorge Ferreira e Lucília de Almeida Neves Delgado.

A regra atual é a liberdade, e a prisão torna-se medida excepcional, somente devendo ser decretada em desfavor daqueles que tenham cometido crimes de maior gravidade¹¹⁶ e desde que haja imperiosa necessidade, ou seja, na linguagem do processo penal, nos casos em que estejam presentes um ou mais dos motivos que autorizam a decretação de prisão preventiva.¹¹⁷

A atuação do Estado passa, ao menos em tese, a ser pautada em um respeito maior ao indivíduo, não se podendo descuidar da conformidade do processo penal com os preceitos constitucionais, sob pena de constituir mácula ao princípio do devido processo penal, previsto no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal.¹¹⁸

¹¹⁶Atualmente, como previsto no artigo 313, inciso I, do CPP, é admitida a decretação da prisão preventiva para os crimes que tenham pena máxima cominada superior a 04 (quatro) anos, considerados tais crimes de maior gravidade. No entanto, é também possível para o reincidente em crime doloso (art.313, II, CPP), para garantir o cumprimento das medidas protetivas de urgência, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, enfermo, idoso ou pessoa com deficiência (art. 313, III, CPP) ou, ainda, quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou não forem fornecidos elementos suficientes para esclarecê-la. (art. 313, parágrafo único, do CPP).

¹¹⁷ A prisão preventiva está prevista no artigo 312 do Código de Processo Penal e para a sua decretação faz-se necessária a existência de seus pressupostos, quais sejam, indícios suficientes de autoria ou de participação e prova da existência do crime, além da presença de um ou mais dos motivos que a autorizam: garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal e o objetivo de assegurar a aplicação da lei penal.

A atual redação deste artigo foi determinada pela Lei 12.403/11 (DOU 05.05.2011), em vigor 60 (sessenta) dias após a data da publicação oficial,. Em razão da mencionada lei, tal espécie de prisão cautelar somente pode ser decretada nos crimes dolosos punidos com reclusão com pena máxima cominada superior a 04 (quatro) anos, nos termos do artigo 313, inciso I, do Código de Processo Penal. O objetivo do legislador ordinário foi reservar este tipo de prisão àqueles que cometessem crimes de maior gravidade, devendo a medida cautelar extrema ser evitada, preferindo-se, quando necessário, a imposição de medidas cautelares diversas da prisão, estabelecidas pela mencionada Lei 12.403/11, previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, de modo a propiciar melhor adequação às normas constitucionais. No entanto, a medida cautelar extrema é adotada com frequência e a motivação da decisão judicial se limita a reproduzir os motivos expressos na lei. Exemplos desses tipos de decisões podem ser vistas no anexo 2. E sobre o tema, recomenda-se a leitura da tese de doutorado de Victoria-Amália Sulocki “Museu de Novidades: Discursos da Ideologia da Defesa Social nas Decisões Judiciais neste início de século XXI”.

¹¹⁸ O princípio do devido processo legal está insculpido no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Tal princípio é considerado um princípio aglutinador de todos os demais princípios constitucionais: juiz natural, promotor natural, contraditório, ampla defesa, inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícitos, presunção de inocência, publicidade, razoável duração do processo e duplo grau de jurisdição. Também deve ser entendido em um sentido objetivo como respeito à sequência de atos procedimentais previstos em lei.

O processo deve ser entendido não somente como instrumento do Estado para o exercício da pretensão punitiva (em um sentido mais moderno, pode-se dizer, ao menos em tese, que a pretensão do Estado não é punitiva, mas sim a de realizar justiça), mas também como garantia do cidadão de ser processado em conformidade com os princípios constitucionais e com a observância do rito procedimental previsto em lei.

Opera-se, com as normas constitucionais pertinentes ao processo penal, uma mudança de paradigma no que diz respeito à atuação do Estado na persecução penal, procurando-se dar ênfase aos direitos e garantias individuais de modo que se possa falar, como fazem os estudiosos do direito processual penal, em uma persecução penal democrática.

Persecução penal onde, em tese, o Estado não exerce a pretensão punitiva, mas sim a pretensão de realizar a justiça, devendo o processo estar pautado no respeito aos princípios estabelecidos na Constituição Federal, entre eles o contraditório e a ampla defesa:

Além de guardar correspondência com a Constituição, um processo penal democrático, sem prejuízo da materialização do poder punitivo, deve preocupar-se com as garantias do acusado e com a legitimidade do provimento final a que ele deve se sujeitar. A ideia de processo num Estado de Direito vincula-se à de garantia de participação dos envolvidos em igualdade de condições, em cumprimento à *par conditio*.¹¹⁹

A almejada persecução penal democrática, contudo, está ainda longe de ser realizada, porque a mera existência dos princípios constitucionais referentes ao processo penal não têm o condão de tornar igualitária a participação dos sujeitos processuais. O que é perceptível, dentre outros aspectos, quando se analisa a não efetividade do princípio/direito/garantia da ampla defesa.

3.4 **Ampla Defesa - Princípio, direito e garantia**

A ampla defesa compreende tanto a autodefesa como a defesa técnica. E para que possa ser exercida faz-se necessário o conhecimento do teor da acusação, o que ocorre por meio da citação, ato por meio do qual o indivíduo, em tese, autor de uma infração penal, é chamado ao processo, passando a integrar a relação jurídica processual.

É sabido que a defesa é construída de modo a refutar os fatos narrados na peça acusatória: a denúncia, se o crime for de ação penal pública (incondicionada ou condicionada) ou a queixa-crime, se o crime for de ação penal privada. Não é por outra razão que o artigo 41 do Código de Processo Penal estabelece que a

¹¹⁹ RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves. Persecução Penal Democrática. Op. cit. p. 11

denúncia ou queixa conterà a exposição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias, justamente, para possibilitar o exercício do direito de defesa.

A acusação é sempre limitada aos termos contidos na peça acusatória, e caso ocorra no decorrer da instrução criminal, em razão das provas produzidas, a existência de elemento ou circunstância não narrados na denúncia, deve-se proceder ao aditamento, tal como preconizado no artigo 384 do Código de Processo Penal. Aditamento a ser feito pelo Ministério Público, órgão estatal incumbido de promover a ação penal pública, de modo a possibilitar que a defesa se pronuncie sobre os fatos contidos na peça acusatória, os quais o juiz deve estar adstrito, em razão do princípio da correlação entre acusação e sentença.

Como visto, a defesa é ampla, mas a acusação é limitada, está adstrita aos fatos narrados na peça acusatória. Na atual sistemática do Código de Processo Penal, o denunciado é citado para apresentar resposta à acusação (art.396-A do CPP), ou seja, a primeira intervenção da defesa é por meio da defesa técnica. E somente, posteriormente, na audiência de instrução e julgamento (art.400 do CPP), após a produção de provas, estando o acusado presente, mesmo porque tem o direito de presença, é que será submetido a interrogatório, momento em que exercerá a sua autodefesa.

Para Canotilho, o conceito de ampla defesa abrange:

“a possibilidade de apresentar razões, seja quanto ao direito seja em relação aos fatos; realização adequada da prova; a concessão de prazos razoáveis para a defesa e o pronunciamento das partes; conhecimento pleno de todos os elementos necessários para a preparação da defesa; intimação válida para os atos relevantes do processo; possibilidade de carrear ao processo os elementos para esclarecimento dos fatos; o direito de omitir-se ou calar-se; o direito de acesso aos autos do processo etc”.¹²⁰

Compreende a ampla defesa a garantia que tem o acusado de apresentar no decorrer do processo, as provas e argumentos que lhe forem mais convenientes, visando à manutenção de sua liberdade.

A ampla defesa não é somente um princípio norteador do processo, mas direito do acusado e também uma garantia dada pelo Estado aos litigantes em processo judicial ou administrativo. Como ressaltado por Renato Brasileiro de Lima, “sob a ótica que privilegia o interesse do acusado, a ampla defesa pode ser

¹²⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 436.

vista como um direito; todavia, sob o enfoque publicístico, no qual prepondera o interesse geral de um processo justo, é vista como garantia”¹²¹

Assim como explicitado, a defesa é ampla ao passo que a acusação é limitada aos fatos narrados na peça acusatória. Essa tutela diferenciada tem por finalidade, justamente, assegurar o equilíbrio entre as partes, e como observado por Rogério Lauria Tucci, trata-se de uma diferenciação no tratamento estabelecido que transcende o aspecto meramente processual, “o tratamento privilegiado de quem se defende, longe de consistir numa violação ao postulado da igualdade (...), resulta da constatação histórica de que na generalidade dos casos a acusação criminal recai sobre sujeitos já desfavorecidos no plano social e econômico”^{122 123}

São várias as normas processuais penais que visam garantir maior amplitude de defesa ao acusado, conferindo-lhe um tratamento diferenciado e, até mesmo, privilegiado no processo; entre elas está a previsão de absolvição no caso de insuficiência de provas, a possibilidade de oposição dos embargos infringentes e de nulidade, quando houver decisões não unânimes desfavoráveis à defesa proferidas nos julgamentos do recurso em sentido estrito e do recurso de apelação, impossibilidade da *reformatio in pejus* quando houver recurso exclusivo da defesa, ou, ainda, a possibilidade, caso haja sentença condenatória com trânsito em julgado, de propor ação de revisão criminal¹²⁴.

Apesar da previsão constitucional referente à ampla defesa e da existência na legislação ordinária de instrumentos hábeis para o seu exercício, o princípio pode permanecer sem a devida efetividade se o acusado não tiver uma defesa técnica de qualidade.

¹²¹ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal, op. cit. p. 23.

¹²² Vale a pena aqui verificar os dados sobre a população carcerária composta, em sua maioria, por negros, população de baixa escolaridade, indicando a seletividade do sistema penal. (ver nota de referência 53). Sobre a seletividade do sistema punitivo, entre outras obras: Vigiar e Punir e A Sociedade Punitiva, de Michel Foucault, Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal, de Alessandro Baratta, Punição e Estrutura Social, de Rusche e Kirchheimer e As Prisões da Miséria e Punir os Pobres, de Loic Wacquant.

¹²³ TUCCI, Rogério Lauria. Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro. Op. cit. p. 177.

¹²⁴ As normas processuais mencionadas estão previstas, respectivamente nos artigos 386, inciso VII, 609, parágrafo único, 617 e 621, todos do Código de Processo Penal.

3.4.1 Defesa técnica

A defesa técnica é aquela exercida por profissional dotado de capacidade postulatória, seja ele advogado contratado pelo acusado, advogado nomeado pelo juiz para patrocinar a defesa ou defensor público. Trata-se de defesa irrenunciável uma vez que ninguém poderá ser processado sem a atuação de um defensor, conforme estatuído no artigo 261 do Código de Processo Penal: “Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor”.¹²⁵

E ainda que não tenha defensor, deve o juiz nomear um defensor para o patrocínio da defesa, podendo o acusado, a qualquer tempo, constituir outro da sua confiança, nos termos do artigo 263 do mencionado diploma legal.

A defesa técnica é necessária e irrenunciável e deve ser efetiva para possibilitar a igualdade entre os sujeitos processuais. Preocupado com a defesa técnica efetiva e não meramente formal, o legislador ordinário, por meio da Lei 10.792/03, acrescentou o parágrafo único ao artigo 261 do Código de Processo Penal, com a seguinte redação: “A defesa técnica, quando realizada por defensor público ou dativo, será sempre exercida através de manifestação fundamentada”.

Apesar da menção no texto legal ser referente tão somente ao defensor público ou dativo, a necessidade de manifestação fundamentada também se estende, obviamente, ao advogado constituído. Mas quis o legislador, justamente, enfatizar a necessidade de fundamentação da defesa quando realizada em favor do hipossuficiente, de modo a assegurar a qualidade da defesa técnica.

É de primordial importância a defesa técnica no processo penal e trataremos dela em primeiro lugar porque atualmente, em razão da reforma processual penal de 2008, após a citação do acusado no procedimento ordinário deve ser apresentada a resposta à acusação no prazo de 10 (dez) dias, diferentemente do estabelecido no procedimento anterior, onde o acusado era citado para comparecer à audiência de interrogatório.

A resposta à acusação é peça processual obrigatória, como preceituado no artigo 396-A, § 2º, do Código de Processo Penal, caso não seja apresentada no

¹²⁵ BRASIL, Presidência da República. Decreto-lei Nº 3.689, DE 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>

prazo legal ou se o acusado citado não constituir defensor, o juiz nomeará defensor para oferecer-lhe, concedendo-lhe vista dos autos por 10 (dez) dias.

Em contraposição à antiga defesa prévia, peça facultativa, em que normalmente a defesa técnica se manifestava no sentido de reservar-se o direito de apreciar o mérito na fase de alegações finais e se limitava a arrolar testemunhas, na atual resposta à acusação poderá arguir preliminares e alegar tudo o que interesse à defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas.

Note-se que atualmente tal peça processual é revestida de suma importância, sendo necessária e imprescindível a atuação de uma defesa técnica efetiva, com qualidade, de modo a contrapor-se à pretensão punitiva estatal exercida pelo órgão do Ministério Público, tendo em vista que há, o que não ocorria no procedimento anterior à reforma, possibilidade de absolvição sumária do acusado, nos termos do artigo 397 do Código de Processo Penal.

São as seguintes as hipóteses que ensejam a absolvição sumária: a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato; a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimizabilidade; que o fato narrado evidentemente não constitua crime ou, ainda, que já esteja extinta a punibilidade do agente. Caso o órgão julgador reconheça a presença de uma dessas hipóteses, absolverá sumariamente o acusado, finalizando o processo ainda em sua fase inicial, o que é, por demais, vantajoso para o acusado e para a própria coletividade, uma vez que houve, de forma célere, a prestação jurisdicional no sentido da resolução do litígio.

Pode-se aferir a importância do papel a ser desempenhado pela defesa técnica nesse momento processual, cabendo a ela demonstrar na resposta à acusação, com argumentos de fato e de direito, que o acusado agiu amparado por alguma causa de exclusão de ilicitude, ou amparado por alguma causa de exclusão de culpabilidade, que o fato é atípico ou, ainda, demonstrar a presença de alguma causa extintiva da punibilidade. De modo que é primordial uma defesa técnica de qualidade para sustentar essas teses e tentar persuadir o órgão julgador no sentido de que venha a proferir sentença de absolvição sumária.

Superada a fase de absolvição sumária e não sendo o acusado absolvido, será marcada uma data para a realização de audiência de instrução e julgamento (art.400 do CPP). Nesse momento processual também é fundamental a atuação da

defesa técnica, pois em uma só audiência pode ser realizada, em tese, toda a instrução probatória.

A reforma privilegiou o princípio da oralidade e os princípios dela decorrentes, concentração, imediatidade e identidade física do juiz, este último previsto no artigo 399, § 2º, do Código de Processo Penal. Há nessa audiência uma concentração de atos que, no antigo procedimento, eram realizados em fases distintas.

A instrução tem início pela oitiva da vítima, em seguida ouvem-se as testemunhas de acusação e, posteriormente, as de defesa; os peritos podem prestar esclarecimentos se as partes requererem; serão feitas, caso haja necessidade, acareações e reconhecimento de pessoas e coisas e, por fim, procede-se ao interrogatório do acusado.

Percebe-se a relevância de uma defesa técnica realmente qualificada uma vez que deve participar de toda a instrução, podendo, inclusive, fazer perguntas diretamente às testemunhas, como preceituado no artigo 212 do Código de Processo Penal.¹²⁶ Deve ser ressaltado que a nova redação dada ao artigo 212 do Código de Processo Penal determina que as perguntas sejam feitas primeiramente pelas partes e somente após poderá o juiz complementar a inquirição sobre eventuais pontos não esclarecidos, conforme disposto no parágrafo único do mencionado artigo. O objetivo do legislador foi dar primazia à atuação das partes na produção de provas, adotando o sistema conhecido como *cross examination*, de modo a fortalecer o contraditório, deixando ao juiz somente uma atuação de caráter supletivo.

Como o acusado tem o direito de presença na audiência, podendo acompanhar toda a produção de provas, poderá alertar a defesa técnica, tendo em

¹²⁶ O artigo 212 do Código de Processo Penal teve sua redação determinada pela Lei 11.690/08 (DOU 10.06.2008), em vigor 60 (sessenta) dias após a data de sua publicação. A Lei 11.690/08, que trata do tema referente às provas, também faz parte da chamada reforma processual penal. Anteriormente à entrada em vigor desta lei, as perguntas às testemunhas eram feitas primeiramente pelo juiz e, posteriormente, as partes teriam oportunidade para fazer suas perguntas. A atual sistemática visa o fortalecimento do sistema acusatório. No entanto, não raras vezes os juízes continuam realizando as audiências nos moldes anteriores e fazem as perguntas às vítimas ou testemunhas anteriormente às partes e, desta forma, a prova estará sendo produzida pelo próprio órgão julgador em flagrante ofensa ao sistema acusatório e ao devido processo legal, sem que, contudo, seja declarada a nulidade do ato, sob o argumento de que não houve demonstração do prejuízo (exemplos destes tipos de decisões podem ser vistas no anexo 2). A atuação defensiva eficaz pode inibir tal prática e, se for o caso, arguir a nulidade no momento, de modo a fazer constar na própria ata de audiência a arguição de nulidade e trata-se de nulidade absoluta em razão de ofensa ao princípio do devido processo legal, previsto na Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LIV.

vista o que foi dito pelas testemunhas, para eventual pergunta a ser feita no sentido de obter esclarecimentos sobre fatos que lhe possam ser favoráveis.

Sobre o interrogatório tratá-lo-emos de forma mais pormenorizada ao abordarmos o tema autodefesa, por ora basta mencionar que sendo o último ato da instrução possibilita maior amplitude e efetividade ao exercício da ampla defesa, uma vez que poderá o acusado refutar toda a prova contra si produzida em contraditório judicial.

A necessidade de uma eficiente atuação da defesa técnica nesse momento processual é inegável uma vez que ao acusado, antes da realização de seu interrogatório, é garantido o direito de entrevista prévia e reservada com o seu defensor (artigo 185, § 5º, do CPP), advindo daí a possibilidade de orientação por parte da defesa no sentido de que o acusado responda às perguntas formuladas pelo juiz de forma a apresentar versão que lhe seja favorável ou, ainda, se for mais conveniente, que exerça o seu direito ao silêncio.

É desejo do legislador infraconstitucional que todas as provas sejam produzidas em uma única audiência. Após a produção das provas devem as partes, em 20 (vinte) minutos, prorrogáveis por mais 10 (dez), primeiro o Ministério Público e, em seguida, a Defesa apresentarem oralmente as suas alegações finais, que serão reduzidas a termo. Por fim, deve o órgão julgador proferir a sentença.¹²⁷

O princípio da imediatidade nada mais é do que o contato direto do juiz com a prova produzida e, dessa forma, na nova sistemática, tem aplicação o princípio da identidade física do juiz, ou seja, o mesmo juiz que presidiu a instrução é o que vai proferir a sentença.

Momento importante na audiência de instrução e julgamento é a produção de alegações orais que requer, tanto por parte do órgão ministerial quanto por parte da defesa, conhecimento das provas produzidas e capacidade técnica para trabalhar, fazendo junção de fatos e fundamentos jurídicos, expondo-os de forma articulada, desenvolvendo teses que possam contribuir para formar o convencimento do órgão julgador.

¹²⁷ Há previsão no procedimento ordinário, da possibilidade de diligências serem requeridas oralmente pelas partes na própria audiência (artigo 402 do CPP), neste caso as alegações finais deverão ser apresentadas, após a realização das diligências de forma escrita. Também deverão ser apresentados memoriais, quando considerada a complexidade do caso ou o número de acusados (artigo 403, § 3º, do CPP). Necessária, portanto, a atuação de defesa técnica qualificada para a elaboração dessas peças processuais imprescindíveis à formação do convencimento do órgão julgador.

A sentença não mais é compreendida como sendo um ato exclusivo do juiz, as partes contribuem para a sua confecção na medida em que participam da produção de provas e desenvolvem os argumentos de fato e de direito de modo a influenciar o convencimento do juiz e devem atuar em paridade de condições.

3.4.2 Autodefesa

A autodefesa é a defesa exercida pelo próprio acusado e, diferentemente da defesa técnica, é renunciável. O acusado pode não exercer o seu direito de autodefesa, não tendo o juiz como compeli-lo a comparecer aos atos de instrução ou ao seu interrogatório. Compreende a autodefesa o direito de postular em nome próprio, os direitos de presença e de audiência.

Em algumas situações é permitida ao acusado a capacidade postulatória. São exemplos frequentes de utilização da capacidade postulatória, especificamente pelo condenado, os pedidos referentes a benefícios no processo de execução penal, sobretudo, nas comarcas onde não há a prestação do serviço de assistência jurídica pela Defensoria Pública.

No exercício da autodefesa, postulando em nome próprio, pode também o acusado impetrar *habeas corpus*, interpor recursos ou ajuizar ação de revisão criminal. De qualquer forma, diante da iniciativa da autodefesa, deve assegurar-lhe, para maior efetividade do direito à ampla defesa, a intervenção posterior da defesa técnica que, certamente, poderá melhor contribuir com argumentos técnico-jurídicos adequados para maior possibilidade de sucesso em relação aos direitos pleiteados. Muitas vezes, como exemplo, o acusado intimado da sentença, manifesta o seu desejo de recorrer, o que é considerado como interposição do recurso, mas as razões recursais devem ser necessariamente apresentadas pela defesa técnica.

As manifestações do acusado no processo, postulando em nome próprio algo em seu benefício, não podem lhe causar qualquer prejuízo e devem ser entendidas no sentido de propiciarem maior possibilidade do exercício do direito à ampla defesa, pois ensejarão a atuação da defesa técnica em auxílio ao interesse expresso.

O direito de presença consiste na possibilidade conferida ao acusado de estar presente nos atos processuais e, dessa forma, acompanhar a produção de provas no decorrer do processo. Deve ser frisado que atualmente, em tese, as provas devem ser produzidas em uma única audiência.¹²⁸ Segundo Renato Brasileiro de Lima:

Por meio do direito de presença, assegura-se ao acusado a oportunidade de, ao lado de seu defensor, acompanhar os atos de instrução, auxiliando-o na realização da defesa. Daí a importância da obrigatória intimação do defensor e do acusado para todos os atos processuais. Afinal, durante a instrução criminal, podem ser prestadas declarações cuja falsidade ou incorreção só o acusado consiga detectar. Nesse caso, o acusado deve poder relatar de imediato tais falsidades ou incorreções ao seu defensor técnico, a fim de que este último tenha tempo hábil para explorá-las, durante a colheita de prova”¹²⁹

Isso seria o recomendável para maior efetividade do exercício da ampla defesa, no entanto, no dia a dia forense, nas salas de audiências, normalmente o acusado preso se encontra sentado afastado de seu defensor e próximo aos policiais que o conduziram até o local, sem que haja oportunidade, nesse momento, do contato direto com a defesa.

Deve ser assegurado ao acusado o direito de presença e caso esteja preso deve ser requisitado para comparecimento à audiência de instrução e julgamento mediante escolta. Ainda que se encontre preso em unidade da Federação diversa daquela onde está tramitando o processo, cabe aos órgãos de Estado providenciar a sua condução ao local onde será realizada a audiência.

Se a presença do acusado causar temor ou constrangimento à vítima ou testemunhas, será possível proceder à oitiva de tais testemunhas sem a sua presença, como preceituado no artigo 217 do Código de Processo Penal. No entanto, é imprescindível a presença da defesa técnica que deverá estar atenta às declarações da vítima, aos depoimentos das testemunhas e todas as demais provas

¹²⁸No presente trabalho estamos utilizando o procedimento ordinário, procedimento padrão em relação aos demais, para ilustrar as alterações no Código de Processo Penal introduzidas pela reforma de 2008, especificamente pela Lei 11.719/08, referente a tal procedimento que, em tese, propiciaram maior efetividade ao princípio da ampla defesa. Mas também no procedimento sumário (artigos 531 a 538 do CPP), no procedimento sumaríssimo (Lei 9099/95) e no procedimento referente ao crime de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes (Lei 11343/06), as provas devem ser produzidas, em tese, em uma única audiência.

No procedimento dos crimes da competência do Tribunal do Júri há produção de provas na primeira fase, no chamado juízo sumariante, que visa à análise da admissibilidade da denúncia e, posteriormente, havendo decisão de pronúncia, no dia do julgamento em plenário.

¹²⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal. Op. cit. p. 33.

produzidas em audiência para que possa, posteriormente, repassar as informações do que foi dito ao acusado, orientando-o para que, no momento de seu interrogatório, possa refutar a prova produzida, apresentando versão que seja mais conveniente à sua defesa, visando manter o seu *status libertatis*.

A presença do acusado aos atos processuais é um direito seu e não constitui um dever. Diferentemente da defesa técnica, a autodefesa é renunciável, pois não há como compelir o acusado a estar presente nos atos processuais. Deve ser esclarecido que estando preso, cabe ao Estado providenciar a sua condução à sala de audiências, só podendo deixar de fazê-lo se for manifestado, de forma inequívoca, o seu desinteresse em estar presente na audiência, sendo que, repita-se, a defesa técnica sempre estará presente.

Importante inovação no Código de Processo Penal foi a nova redação dada ao artigo 185 do Código de Processo Penal pela Lei 10.792/03, estabelecendo ser obrigatória a presença do defensor no momento do interrogatório do acusado: “O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado”

Primordial a importância desse dispositivo legal para o melhor e mais adequado exercício da ampla defesa. A exigência legal da obrigatoriedade da presença do defensor no momento do interrogatório e tendo o acusado direito à entrevista prévia e reservada com ele, nos termos do artigo 185, § 5º, do Código de Processo Penal, possibilita a devida orientação para que o acusado preste declarações que lhe sejam favoráveis, de modo a permitir a articulação entre a autodefesa e a defesa técnica, propiciando maior probabilidade de sucesso das teses defensivas a serem construídas no momento das alegações finais.

O interrogatório não é mais um ato exclusivo entre o juiz e o acusado, a Lei 10.792/03 também deu nova redação ao artigo 188 do Código de Processo Penal, estabelecendo que após proceder ao interrogatório o juiz indagará as partes se restou algum fato para ser esclarecido. A norma processual penal passou, então, a permitir a intervenção das partes no interrogatório, podendo elaborar perguntas que, no entanto, serão formuladas ao acusado pelo juiz. Verifica-se que no que diz respeito ao interrogatório do acusado, contrariamente ao que foi estabelecido em relação à oitiva das testemunhas, não foi permitido às partes fazerem perguntas diretamente. Sendo assim, as perguntas serão feitas pelas partes, porém quem as

formulará ao acusado será o juiz, mantido assim, em relação ao interrogatório, o chamado sistema presidencialista¹³⁰.

De qualquer forma, essa possibilidade de intervenção das partes nesse momento processual permite que o defensor explore, por meio das perguntas, eventual estratégia defensiva que pode ter sido combinada previamente com o acusado.

O acusado pode, contudo, deixar de comparecer ao seu interrogatório. Tem ele o direito de audiência, ou seja, de ser ouvido e apresentar pessoalmente a sua defesa, a sua versão dos fatos, mas não pode ser compelido a assim proceder. A própria Constituição Federal assegura no artigo 5º, inciso LXIII, o direito ao silêncio: “O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.^{131 132}

Assegurado o direito ao silêncio, é perfeitamente possível que o acusado deixe de comparecer à audiência de instrução e julgamento e, assim, não estar presente para a realização do interrogatório, sem que seja possível ao juiz determinar a sua condução coercitiva.¹³³

No entanto, é imprescindível a intimação do acusado e de seu defensor para o comparecimento nessa audiência, como preceituado no artigo 399 do Código de Processo Penal. Ainda que o acusado não se faça presente, a audiência não poderá ser realizada sem a presença da defesa técnica, nos termos do artigo 261 do Código de Processo Penal.

Pode, portanto, o acusado não comparecer ao ato de interrogatório e ainda que presente pode se reservar o direito de permanecer calado e esse silêncio não poderá ser interpretado em prejuízo de sua defesa, como preceituado no artigo

¹³⁰ Apesar da previsão legal, alguns juízes permitem às partes a formulação direta de perguntas ao acusado no momento do interrogatório.

¹³¹ Apesar de no texto constitucional constar somente a palavra “preso”, qualquer pessoa a quem é imputada a prática de uma infração penal, presa ou solta, tem o direito de permanecer calada e tal direito pode ser exercido tanto no interrogatório perante a autoridade policial quanto em juízo.

¹³² BRASIL, Presidência da República. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm>

¹³³ Há entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre o assunto no sentido de que não pode ser determinada a condução coercitiva do investigado ou do acusado para comparecimento ao interrogatório. No entanto, fatos recentes relacionados à operação “Lava-Jato” indicam mudanças de posicionamento no que diz respeito à condução coercitiva dos investigados ou acusados, como ocorreu com o Ex-Presidente Luís Inácio Lula da Silva, conduzido coercitivamente à Polícia Federal para prestar declarações. A decisão que determinou a condução coercitiva do Ex-Presidente Lula é datada de 29/02/2016 da lavra do Juiz Federal Sérgio Moro. Há também entendimentos divergentes no que diz respeito à possibilidade de condução coercitiva quando for necessário realizar o reconhecimento do investigado ou acusado. Decisões sobre o tema podem ser vistas no anexo 2.

186, parágrafo único, do Código de Processo Penal: “O silêncio que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa”. Até porque seria contraditório haver a previsão do direito de permanecer calado na Constituição Federal e ser estabelecido pelo legislador ordinário que tal direito se exercido pudesse ser considerado em desfavor do acusado.¹³⁴

No processo penal, contrariamente ao estabelecido no processo civil, justamente em razão de se estar lidando com direitos indisponíveis, no caso a liberdade, a não contestação dos fatos, caso o acusado exerça o seu direito de permanecer calado, não poderá acarretar a presunção de serem verdadeiros os fatos narrados na peça acusatória. O silêncio, como explicitado pelo legislador ordinário, não pode ser interpretado em desfavor da defesa e, portanto, não importará em confissão.

Mesmo a ausência de refutação pela defesa técnica na resposta à acusação ou em suas alegações finais sobre algum fato narrado na peça acusatória não tem o condão de induzir o julgador a presumir como verdadeiros os fatos ali narrados, devendo ocorrer comprovação de tais fatos no curso do processo pelo órgão do Ministério Público ou pelo querelante em contraditório judicial, assegurada a igualdade entre as partes.¹³⁵

3.4.3 Ampla Defesa e Contraditório

O princípio do contraditório tal como o da ampla defesa encontra-se previsto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República Federativa do

¹³⁴ Até a entrada em vigor da Lei 10.792/03 que deu nova redação ao artigo 186 do Código de Processo Penal o enunciado era o seguinte: “Antes de iniciar o interrogatório o juiz informará ao réu que, embora não seja obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa”. Esta antiga redação não era compatível com o texto constitucional e este era um exemplo, dentre outros, de normas processuais que não haviam sido recepcionadas pela Constituição Federal, indicando que o Código de Processo Penal merecia uma releitura à luz da Constituição, sendo necessárias reformas ou mesmo elaboração de novo diploma legal.

¹³⁵ A condenação somente é possível diante de prova clara, cabal e inequívoca produzida em contraditório judicial, nos termos do artigo 155 do Código de Processo Penal que estabelece: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”. Havendo dúvida, sendo a prova insuficiente, milita o princípio *in dubio pro reo*, com fundamento no princípio da presunção de inocência, artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal e artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Brasil,¹³⁶ e apesar da íntima relação entre os dois princípios, eles não se confundem.

O contraditório, como o próprio nome indica, é princípio norteador do comportamento das partes no processo, onde deve ser assegurada a igualdade na participação de modo que a uma informação deve corresponder uma reação e se aplica tanto à acusação quanto à defesa.

Joaquim Canuto Mendes de Almeida, em sua famosa lição, explicita que o princípio do contraditório deve ser entendido como “a ciência bilateral dos atos e termos do processo e a possibilidade de contrariá-los”.¹³⁷

O direito à informação consiste no fato da obrigatoriedade de ser dada ciência à parte adversa da própria demanda ou ainda da produção de provas ou manifestações, sendo de fundamental importância a comunicação dos atos processuais que ocorrem por meio das citações, intimações e notificações.

Como se trata de princípio aplicado a ambas as partes, caso uma delas, por exemplo, requeira a juntada de algum documento ou laudo pericial nos autos, uma vez juntado, deverá o órgão julgador determinar a abertura de vista à parte contrária para que possa se manifestar sobre a prova. O objetivo é que as partes não sejam surpreendidas e tenham sempre a possibilidade de refutar, de contrariar a prova produzida.¹³⁸

No processo penal, utilizando sempre o procedimento ordinário como ilustração, a informação sobre a prática da conduta delituosa com todas as suas circunstâncias está exposta na peça acusatória (denúncia ou queixa-crime) e a reação, em um primeiro momento, será feita pela defesa técnica, por meio da peça processual denominada resposta à acusação.

O contraditório se expressa em todo o transcurso do processo. As normas processuais penais estabelecem, justamente para assegurar a refutação da defesa,

¹³⁶Há entendimentos doutrinários no sentido de que o artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal também teria aplicação no inquérito policial, uma vez que o texto constitucional utiliza a expressão “acusados em geral”. O assunto já foi tratado no item 2.3.1.

¹³⁷ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. A contrariedade na instrução criminal. São Paulo: Saraiva, 1993

¹³⁸No procedimento dos crimes da competência do Tribunal do Júri há regra específica sobre a leitura de documentos ou exibição de objetos em plenário no dia do julgamento, determinando que a juntada nos autos deva ser realizada com a antecedência mínima de 03 (três) dias úteis, dando-se ciência à parte contrária, justamente, para possibilitar o contraditório, evitando que a outra parte seja surpreendida (artigo 479 do Código de Processo Penal)

que serão ouvidas primeiramente as testemunhas de acusação e, posteriormente, as de defesa. No momento da fase de diligências, primeiro se manifesta a acusação e, em seguida, a defesa. As alegações finais são apresentadas pelo Ministério Público ou querelante e, posteriormente, pela defesa.

O contraditório não se limita às questões de fato, abrange também as questões de direito e pressupõe para a sua efetivação a igualdade entre as partes e a liberdade processual. Igualdade no sentido de serem asseguradas no processo as mesmas oportunidades, prazos, número de testemunhas a serem arroladas, manifestações, etc.

Já a liberdade processual é entendida como a possibilidade conferida às partes para apresentar as provas e os argumentos que lhe forem mais convenientes, visando persuadir o órgão julgador para que a decisão a ser proferida seja de acordo com o que pretenderam demonstrar no curso do processo. Tal liberdade no que diz respeito à produção de provas está, contudo, limitada à produção de provas lícitas, uma vez que são inadmissíveis no processo as provas obtidas por meios ilícitos, conforme estabelecido no artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal.¹³⁹

Para que se possa falar em devido processo legal faz-se necessário que seja garantida às partes a plena igualdade na atuação permitindo que se manifestem, indiquem as provas que desejam produzir, apresentem suas versões dos fatos e exponham suas teses visando persuadir o órgão julgador.

O processo pode, inclusive, ser entendido, como expressão do contraditório, o espaço da dialeticidade, em que são produzidas provas e contraprovas, argumentos e contra-argumentos, teses e antíteses, cabendo ao órgão julgador analisar os fundamentos de fato e de direito produzidos por ambas as partes para, ao final, realizar o trabalho de síntese, aplicando o direito ao fato que lhe foi levado ao conhecimento.

A doutrina mais moderna se refere ao processo como procedimento em contraditório¹⁴⁰ e, dessa forma, tem-se a sua compreensão tanto em um sentido objetivo, como sucessão de atos procedimentais, como também em um sentido subjetivo, como relação jurídica em contraditório.

¹³⁹ A doutrina e a jurisprudência têm admitido a produção de provas ilícitas em favor do acusado.

¹⁴⁰ O conceito é de Elio Falazzari na obra Instituições de Direito Processual.

Em todo o decorrer do processo há a incidência do princípio do contraditório, de modo a possibilitar a reação da defesa, que deve ser exercida de forma plena, em paridade de condições com o órgão acusador, para que possa realmente se opor à pretensão punitiva estatal.

Não basta que essa reação seja meramente possibilitada ao acusado. Para que se possa falar em justo processo penal, em observância aos preceitos constitucionais, deve haver o respeito ao princípio da isonomia, com a superação da mera igualdade formal e efetivação de uma igualdade substancial. “Essa contraditoriedade deve ser efetiva, real, em todo o desenrolar da persecução penal (...) conferindo-se ao acusado o direito à jurisdição penal, exercido por meio de um processo no qual se lhe assegure ampla defesa (...)”.¹⁴¹

Para que seja possibilitado o real contraditório é necessário, contudo, que o acusado tenha condições de, no exercício da sua defesa, contrapor-se de forma eficaz à pretensão exposta na peça acusatória. É imprescindível que o indivíduo a quem se imputa à prática de uma infração penal seja defendido por órgão com capacidade técnico-jurídica em igualdade de condições com o órgão que promove a acusação, o Ministério Público.

Sobre o tema, Luigi Ferrajoli observa, em uma concepção de processo como disputa ou controvérsia: “Para que a disputa se desenvolva lealmente e com paridade de armas, é necessária a perfeita igualdade entre as partes (...) que a defesa seja dotada das mesmas capacidades e dos mesmos poderes da acusação (...)”¹⁴²

As observações contidas nesse capítulo e no capítulo precedente possibilitam melhor compreender como se realiza a formação do convencimento do órgão julgador, que deverá pautar sua decisão com base nas provas produzidas em contraditório judicial, onde, em tese, deveria haver igualdade entre as partes.

¹⁴¹ TUCCI, Rogério Lauria. Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro. Op. cit. p. 182.

¹⁴² FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 565.

4

A Formação do Convencimento do Órgão Julgador

“O veredicto não vem de repente, o procedimento jurídico só aos poucos se transforma em veredicto”

Kafka – O Processo

A análise dos critérios estabelecidos em lei para a formação do convencimento do órgão julgador faz-se necessária na medida em que são justamente os parâmetros legais que visam evitar os arbítrios das decisões judiciais, permitindo um controle sobre a atuação jurisdicional. Trata-se, contudo, apenas de um balizamento que impõe ao julgador a observância dos critérios estabelecidos pelo legislador sem privá-lo, até porque impossível a tarefa, do caráter subjetivo de toda e qualquer decisão.

A imposição do dever de fundamentação das decisões judiciais sob pena de nulidade (art. 93, IX, CF) tem por objetivo possibilitar o controle/a fiscalização da atuação dos órgãos jurisdicionais de modo a possibilitar a verificação da conformidade da decisão proferida com os critérios em lei estabelecidos. Também permite às partes o conhecimento do caminho lógico/racional percorrido pelo julgador para proferir a decisão, possibilitando a interposição de recursos e, ainda, permite que a sociedade possa saber como estão decidindo os órgãos jurisdicionais sobre tal ou qual questão, em razão do princípio da publicidade, igualmente previsto na Constituição Federal (art. 5º, LX, CF).

As decisões são calcadas em um saber sobre o crime, fato pretérito, levado ao conhecimento do órgão julgador pelas partes que apresentam as suas versões por meio do trabalho de produção de provas e de argumentação. Assim, o fato criminoso narrado na peça acusatória vai se construindo ou se desconstruindo no curso do processo. Em tese, as decisões são decorrentes dessa construção dos saberes levados ao conhecimento do órgão julgador pelas partes e, por essa razão, pode-se dizer que as partes participam da confecção da sentença.

O presente capítulo tem por objetivo expor os critérios legais para a formação do convencimento do órgão julgador e demonstrar a importância do papel conferido às partes para a formação desse convencimento que, em tese, deveriam atuar em paridade de condições. Mas em razão da própria sistemática processual, englobando tanto a fase investigativa quanto a fase processual, não é o

que ocorre, havendo preponderância da atuação do órgão de Estado que promove a acusação, o Ministério Público, sobretudo, quando aquele a quem se imputa a prática de uma infração penal não possui condições de contratar advogados e não se encontra assistido pela Defensoria Pública.

Também será analisado o papel do juiz no que diz respeito à sua própria atuação na formação de seu convencimento, estabelecendo-se um diálogo entre os estudiosos do processo penal sobre o questionamento: Deve ou não o órgão julgador ter a iniciativa na determinação de provas?

Por fim, reconhece-se que apesar de todo o esforço para a obtenção de uma racionalidade das decisões, a ser verificada por meio da motivação, são elas eivadas do caráter irracional¹⁴³, revelando-se muito mais a *autoritas* do órgão julgador do que os saberes levados ao seu conhecimento.

4.1

Processo como procedimento em contraditório

Em nosso sistema processual penal, como já enfatizado, as funções de acusar, defender e julgar são atribuídas aos órgãos distintos e, teoricamente, o processo é pautado pelo princípio do contraditório, onde há igualdade entre as partes, mesmas oportunidades, paridade de condições e liberdade processual; esta última no sentido de que é possível apresentar as provas que sejam convenientes, mas obedecendo aos limites traçados pela Constituição e pelas leis para a sua produção.¹⁴⁴

Utilizando o conceito de processo como procedimento em contraditório, a decisão judicial, seu ponto culminante, não é mais considerada ato exclusivo do órgão julgador e sim ato no qual as partes contribuem para a elaboração, um ato também por elas confeccionado.

¹⁴³ Sobre o tema recomenda-se a obra Teoria da Argumentação Jurídica de Fábio P. Shecaira e Noel Struchiner. Edidora Contraponto, Coeditora PUC/RIO, ano de edição 2016.

¹⁴⁴ A própria Constituição Federal, nossa Lei Maior, impõe limites à produção de provas ao estabelecer no artigo 5º, inciso LVI, “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Na legislação infraconstitucional a vedação das provas obtidas por meios ilícitos bem como as provas delas derivadas, pode ser verificada pela nova redação dada ao artigo 157 do Código de Processo Penal pela Lei 11.690/08. Importante mencionar também o disposto no artigo 369 do Código de Processo Civil: “Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda ação ou a defesa”. Tal disposição também se aplica ao processo penal em razão do permissivo referente à aplicação analógica previsto no artigo 3º do Código de Processo Penal.

Como procedimento em contraditório, o processo prima pela relação dialógica entre as partes com o objetivo de influir o convencimento do órgão julgador sobre o fato criminoso que lhe foi levado ao conhecimento.

No processo, o fato criminoso é levado ao conhecimento do Estado/Juiz primeiramente pela peça acusatória (denúncia ou queixa) e em seu decorrer por meio das provas e dos argumentos de fato e de direito expendidos pelas partes; Ministério Público ou querelante de um lado, exercendo a pretensão acusatória e, do outro, o acusado e sua Defesa, exercendo a pretensão de manter o *status libertatis*.

São duas pretensões contrapostas que serão objeto de análise judicial e que, ao final do processo, no ato de julgar, caberá ao órgão julgador realizar a sua opção por uma das pretensões, no todo ou em parte, explicitando os motivos de sua decisão.

O fato criminoso levado ao conhecimento do Poder Judiciário por meio de uma ação penal é sempre um fato pretérito. Serão as partes que farão o trabalho de reconstrução do fato, cada qual construindo, por meio das provas produzidas e dos argumentos de fato e de direito, a sua versão do acontecido. Daí a importância de uma efetiva igualdade entre as partes para que, em paridade de condições, possam contribuir para a formação do convencimento do órgão julgador.

Mas como é formado o convencimento do órgão julgador para que decida dessa ou daquela maneira? Tanto a Constituição Federal como a própria legislação processual penal estabelecem critérios que devem ser obedecidos.

4.2 **Crítérios para a formação do convencimento do juiz**

O artigo 155 do Código de Processo Penal estatui que “o juiz formará sua convicção pela **livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação**, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”. (grifo nosso)

Esse importante artigo da legislação infraconstitucional, deve nortear a atividade do órgão julgador no momento em que vai proferir a decisão e está evidenciado que o julgador é livre na apreciação da prova. Nosso sistema

processual penal não é tarifado, não há hierarquia de provas, o legislador não atribuiu valor prévio às provas, o valor será atribuído pelo órgão julgador.

A Exposição de Motivos do Código de Processo Penal torna patente a intenção do legislador de deixar ao juiz o encargo da apreciação da prova:

“O projeto abandonou radicalmente o sistema chamado de certeza legal. Atribui ao juiz a faculdade de iniciativa de provas complementares ou supletivas, quer no curso da instrução criminal, quer afinal, antes de proferir sentença. Não serão atendíveis as restrições à prova estabelecidas pela lei civil, salvo quanto ao estado das pessoas; nem é prefixada uma hierarquia de provas: na livre apreciação destas, o juiz formará honesta e lealmente, a sua convicção. A própria confissão do acusado não constitui, fatalmente, prova plena de sua culpabilidade. Todas as provas são relativas; nenhuma delas terá, ex vi legis, valor decisivo, ou necessariamente maior prestígio que outra. Se é certo que o juiz fica adstrito às provas constantes dos autos, não é menos certo que não fica subordinado a nenhum critério apriorístico no apurar, através delas, a verdade material. O juiz criminal é, assim, restituído à sua própria consciência”¹⁴⁵

Foi adotado, portanto, pelo legislador pátrio o sistema da livre apreciação da prova¹⁴⁶, mas a liberdade que tem o julgador para valorar a prova não o desobriga de motivar a sua decisão, como se infere do atual texto constitucional (art.93, IX, CF), o que já se encontrava explicitado na própria Exposição de Motivos do Código de Processo Penal:

¹⁴⁵ BRASIL, Presidencia da República. Decreto-lei Nº 3.689, DE 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>

¹⁴⁶É sabido que entre os sistemas de valoração da prova 04 (quatro) se destacam e de forma sintética podem ser assim explicados: **“Os juízos de Deus (ou das ordálias)** – invoca-se o poder de Deus para revelar se a pessoa a quem era atribuída à prática de uma infração deveria ser condenada ou absolvida submetendo-a a sacrifícios, se saíssem ilesos, era sinal de sua inocência diante do juízo divino, do contrário, eram considerados culpados. **Íntima convicção do juiz (livre convicção/certeza moral do juiz)** – o juiz tem total liberdade na valoração do conjunto probatório que lhe foi apresentado. A produção e a valoração da prova ficam exclusivamente ao seu arbítrio e não há exigência de fundamentação. **Prova legal/Prova tarifada (ou certeza legal)** – as provas tem um valor atribuído pela própria lei. É estabelecido pela lei um sistema de hierarquia de provas, atribuindo-se valor máximo à confissão, considerada a *“rainha das provas”*. **Persuasão racional (ou livre convencimento motivado)** –O juiz tem a livre apreciação da prova, forma o seu convencimento com base nas provas produzidas, não havendo hierarquia de provas. É o órgão julgador que realiza a valoração da prova, mas tem de motivar a sua decisão, ou seja, explicar quais foram os motivos que o levaram a atribuir maior peso em relação a uma prova que a outra. Tal classificação e explicação sobre os sistemas de valoração da prova foram realizadas com base na obra *“A Busca da Verdade no Processo Penal”*, de autoria de Marco Antônio de Barros e vale a pena reproduzir o seu pensamento sobre a evolução no sistema de apreciação da prova: *“Intui-se que o sistema da íntima convicção do juiz e o da prova legal fomentavam injustiças. Um cedia excessivo espaço para o arbítrio do juiz, enquanto o outro restringia a dedução das provas a uma tabela que podia contrariar a verdade dos fatos. Pois foi para estabelecer um ponto de equilíbrio no momento da avaliação do contexto probatório que o processo penal adotou uma nova sistemática”*(BARROS, 2011, p.304). Esta nova sistemática é justamente o sistema de valoração da prova conhecido como persuasão racional ou livre convencimento motivado.

A sentença deve ser motivada. Com o sistema do relativo arbítrio judicial na aplicação da pena, consagrado pelo novo Código Penal, e o do **livre convencimento do juiz**, adotado pelo presente projeto, **é a motivação da sentença que oferece garantia contra os excessos, os erros de apreciação, as falhas de raciocínio ou de lógica ou os demais vícios de julgamento.**¹⁴⁷

Na linguagem da Exposição de Motivos, o **livre convencimento** do juiz em relação às provas produzidas e aos argumentos expendidos pelas partes deve ser **motivado**,¹⁴⁸ de modo que ao proferir sua decisão tem o órgão julgador o dever de perpassar todas as provas e teses que lhe foram dadas a conhecer no decorrer do processo e explicitar suas razões para atribuir maior relevância a tal ou qual prova ou argumento.

No entanto, lamentavelmente, não é isso o que ordinariamente acontece. São muitas as sentenças em que o juiz sequer se dá ao trabalho de rechaçar as teses defensivas e somente menciona as provas e argumentos que o influenciaram a proferir uma sentença condenatória, limitando-se a reproduzir o que foi dito pelo Ministério Público em suas alegações finais.¹⁴⁹

Deve ser ressaltado que a regra estabelecida no artigo 155 do Código de Processo Penal contém comando relativo à observância de princípios constitucionais, referente à motivação das decisões judiciais e também ao contraditório.

O próprio comando legal contido no artigo 155 do Código de Processo Penal, contudo, não é obedecido e merece crítica. Tem sido prática comum nas audiências de instrução e julgamento ler, para os acusados e vítimas, as suas declarações e para as testemunhas os seus depoimentos prestados perante a

¹⁴⁷ BRASIL, Presidência da República. Decreto-lei Nº 3.689, DE 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>

¹⁴⁸ Segundo a doutrina a motivação tem finalidade endoprocessual na medida em que viabiliza as partes ter o conhecimento dos motivos/fundamentos que levaram o julgador a proferir sua decisão, possibilitando a interposição de recurso e também finalidade extraprocessual por ser de interesse da coletividade ter conhecimento da atuação jurisdicional, saber como estão decidindo os órgãos do Poder Judiciário, o que é possível em razão do princípio da publicidade dos atos processuais (art. 5º, LX e art. 93, IX, ambos da CF e, ainda, artigo 792 do CPP).

¹⁴⁹ Deve ser mencionado que o excessivo número de casos levados ao conhecimento do Poder Judiciário e a necessidade de realizar a prestação jurisdicional em um determinado tempo (princípio da razoável duração do processo, previsto no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal), nem sempre cumprido, contribuem, sobremaneira, para a confecção de sentenças de forma sintética e sem a devida motivação tal como preconizada pela Constituição e pela lei processual penal. Cada vez há maior cobrança por parte do Conselho Nacional de Justiça (Plano de Metas) e também da própria sociedade para uma prestação jurisdicional mais célere. Mas deve ser observado que a prestação jurisdicional mais célere não pode colocar em risco a proteção de direitos individuais

autoridade policial para que sejam ratificados em Juízo¹⁵⁰; uma forma de legitimar os elementos informativos que foram obtidos na fase de inquérito, sem a observância do contraditório e da ampla defesa,¹⁵¹ visando facilitar a lembrança do ocorrido e a celeridade na realização das audiências.

Assim, os meros elementos informativos obtidos na fase de inquérito, sem a observância dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, se repetidos em Juízo, transformam-se em provas hábeis a ensejar um decreto condenatório.

Uma evidente e lesiva distorção ao comando normativo constitucional para fazer com que se aproveitem os elementos informativos obtidos na fase investigativa de natureza eminentemente inquisitiva.

Como se não bastasse perigosa e prejudicial prática atentatória aos direitos do acusado, de somente ser condenado com provas produzidas em contraditório judicial, o próprio legislador infraconstitucional, com a infeliz redação dada ao artigo 155 do Código de Processo Penal, permitiu que os elementos informativos do inquérito pudessem servir de base para um decreto condenatório. A palavra exclusivamente ali inserida indica que tais elementos informativos podem ser realmente considerados desde que corroborados pela prova produzida no curso do processo, onde, em tese, há a presença dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Não podem os elementos informativos ensejar uma condenação, se isolados, mas se estiverem em consonância com as provas produzidas em contraditório judicial não há esse impedimento. Não é por outra razão que a prática de leitura do que foi dito perante a autoridade policial na fase de inquérito, declarações de vítimas e do próprio acusado e depoimentos das testemunhas, muitas vezes, sendo essas os próprios policiais militares que realizaram a prisão em flagrante do

¹⁵⁰Exemplos dessas leituras das declarações e depoimentos, prestados perante a autoridade policial, objetivando a ratificação nas audiências de instrução e julgamento, estão no anexo 2.

¹⁵¹Essa prática rotineira no dia a dia forense, nas audiências de instrução e julgamento pode ser constatada por meio de presença nas audiências. Deve ser ressaltado que quando o acusado é assistido pela Defensoria Pública tal prática é coibida, pois a Defensoria tem como orientação de atuação a não permissão dessas leituras justamente para evitar a influência nas declarações e depoimentos a serem prestados em contraditório judicial. No entanto, quando estão presentes advogados, sobretudo, os advogados nomeados pelo Juízo, a prática é comum, até porque lamentavelmente o órgão ministerial a ela não se opõe. Há decisões nos tribunais em ambos os sentidos, tanto aceitando as leituras do que foi declarado perante a autoridade policial para ratificação em juízo quanto em sentido contrário. Possivelmente, com a gravação das audiências essa prática possa vir a ser inibida. Algumas decisões pertinentes ao assunto se encontram no anexo 2.

acusado, são realizadas com o intuito de serem ratificadas e assim ser “produzida” a prova no curso do processo.

Trata-se justamente de aproveitar ou, melhor dizendo, transformar os meros elementos informativos obtidos na fase de inquérito, sem contraditório e sem ampla defesa, em provas “produzidas” em contraditório judicial para que, com base nessas provas, seja possível a condenação. Dessa forma, não se produz efetivamente prova em contraditório judicial e se aproveitam os elementos informativos obtidos na fase de inquérito em nítido desrespeito ao devido processo legal.

4.2.1

Importância da atuação das partes em paridade de condições

Se o juiz deve formar sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, é de fundamental importância a atuação das partes no curso do processo; para que ambas possam exercer o mesmo poder de influência sobre o órgão julgador.

Cada uma das partes leva ao juiz determinado conhecimento sobre o fato de acordo com a perspectiva que lhe é vantajosa e nesse sentido seleciona-se a prova a ser produzida, e no momento da apresentação oral ou escrita dos argumentos, visando o convencimento do juiz, extrai-se das declarações da vítima e do acusado, dos depoimentos das testemunhas, dos documentos, da prova técnica, etc, o que é conveniente para persuadir o órgão julgador a fim de que seja proferida decisão no sentido almejado.

As partes constroem um saber estratégico, um tipo de conhecimento sobre o fato criminoso. Aqui vale a pena reproduzir as reflexões de Michel Foucault sobre a visão de conhecimento de Nietzsche porque auxiliam a compreensão do que se pretende dizer:

Quando fala do caráter perspectivo do conhecimento, Nietzsche quer designar o fato de que só há conhecimento sob a forma de um certo número de atos que são diferentes entre si e múltiplos em sua essência, atos pelos quais o ser humano se apodera violentamente de um certo número de coisas, reage a um certo número de situações, lhes impõe relações de força. Ou seja, conhecimento é sempre uma certa relação estratégica em que o homem se encontra situado. É essa relação estratégica que vai definir o efeito de conhecimento e por isso seria totalmente contraditório

imaginar um conhecimento que não fosse em sua natureza obrigatoriamente parcial, oblíquo, perspectivo¹⁵²

Cada parte, Ministério Público ou querelante, de um lado, e do outro, acusado e sua defesa, apresentam versões do ocorrido, versões evidentemente eivadas de parcialidade. Afinal são partes no processo que atuam objetivando persuadir o terceiro que não é parte, que está alheio à contenda, o órgão julgador, de que suas versões devem ser acolhidas.

Daí ser imprescindível o equilíbrio entre as partes, a *par conditio*. A igualdade entre as partes é essencial ao sistema acusatório, pois havendo desigualdade uma parte se sobrepõe a outra, exercendo maior influência na confecção da decisão judicial. O ideal é que o Estado/Juiz se mantenha equidistante de ambas as partes¹⁵³ e que possa analisar as provas e argumentos de fato e de direito com imparcialidade. Imparcialidade no sentido de que não é parte, não podendo ter nenhum outro interesse a não ser o de proferir uma decisão justa.

Essa imparcialidade é no sentido de que o bom julgador não deve pender para a acusação tampouco para a defesa, deve decidir pelo seu convencimento de acordo com o que lhe foi apresentado no curso do processo, ou seja, em contraditório judicial. O que não significa neutralidade, o órgão julgador, como qualquer outro ser humano é dotado de valores que, certamente, influenciam sua decisão.

O que vem a ser objeto do contraditório judicial, contudo, é a informação sobre o fato criminoso contida na denúncia ou queixa e essas peças processuais são feitas, na maior parte dos casos,¹⁵⁴ com base no que foi apurado na fase investigativa, onde a atuação defensiva é quase inexistente. Assim, desde o início do processo o que se apresenta ao conhecimento do juiz é a versão do fato narrada

¹⁵² FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. Rio de Janeiro: Nau, 2013, p. 33

¹⁵³ A prática no dia a dia forense indica que há uma proximidade maior entre o Poder Judiciário e o Ministério Público que pode ser constatada, até mesmo, pelo espaço físico das salas de audiência, onde o Promotor está situado do lado esquerdo do Juiz e, mais distanciado, em outra mesa, se encontra a Defesa. Local mais distante é reservado ao acusado preso que, na maior parte das vezes, sequer estará perto de seu defensor, mas sim sentado mais distanciado e perto dos policiais que realizam a sua escolta, o que prejudica o exercício da ampla defesa uma vez que impossibilita o contato imediato com o defensor durante a audiência..

¹⁵⁴ Diz-se na maior parte dos casos porque a denúncia também pode ser feita com base em peças informativas, conforme previsto no artigo 27 do Código de Processo Penal.

na denúncia ou queixa-crime com base no que foi apurado na fase de inquérito pela autoridade policial em que é praticamente inexistente a atuação defensiva.

4.2.2

A Precariedade da Atuação Defensiva e a Preponderância da Atuação Ministerial na Fase de Inquérito

O desequilíbrio entre acusação e defesa na fase de inquérito, justificado para alguns pela necessidade de prevalência do interesse estatal e da coletividade diante da violação ao ordenamento jurídico em razão da infração penal praticada, repercutirá na fase processual em que se pretende o primado da igualdade entre as partes.

A primeira reconstrução do fato criminoso é realizada por meio do inquérito policial que, como já visto em capítulo precedente, não há, na sua prática, a adoção dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

A investigação, a cargo da autoridade policial, é feita de forma inquisitiva, havendo pouco ou quase nenhum espaço para a atuação defensiva e mesmo quando há a possibilidade de atuação, ela é bastante restrita se limitando a intervenção nos casos de ingerência nos direitos individuais, sobretudo, no que tange ao direito de liberdade.¹⁵⁵

Apesar da previsão legal expressa no artigo 14 do Código de Processo Penal, no sentido de que o investigado pode requerer diligências, a atuação defensiva no que diz respeito à reconstrução do fato criminoso é praticamente inexistente na fase investigativa. As diligências requeridas pelo próprio investigado ou por sua defesa serão realizadas ou não ao talante da própria autoridade policial investigante. Assim, ainda que requeridas, poderão não ser realizadas, caso a autoridade policial entenda não haver necessidade e dessa decisão não cabe qualquer recurso, pois cabe à autoridade policial avaliar a pertinência ou não da diligência requerida para a melhor elucidação dos fatos.

¹⁵⁵ Como já mencionado no capítulo pertinente ao inquérito policial a atuação defensiva é ainda mais precária e deficiente, por vezes, inexistente, quando o investigado não tem recursos para a contratação de bons advogados. Ressalte-se o fato de não haver Defensorias Públicas em várias comarcas do país e também a própria falta de estrutura e pessoal, o que inviabiliza uma atuação defensiva mais eficaz na fase de inquérito. Normalmente se limitando aos requerimentos de relaxamento de prisão em flagrante e/ou de liberdade provisória. Deve ser mencionado, contudo, que a implantação das chamadas audiências de custódia objetiva uma melhor tutela do direito de liberdade.

Diferentemente da atuação defensiva, a atuação ministerial na fase investigativa é valorizada e estimulada. Em razão de ser órgão que promove a ação penal pública (art.129, I, CF) entende-se que, como titular da ação penal, pode e deve atuar na busca do suporte probatório necessário para o oferecimento da ação penal.¹⁵⁶

E se porventura entenda ser necessária alguma diligência a ser realizada pela autoridade policial para melhor formar sua *opinio delicti* poderá, nos termos do artigo 16, do Código de Processo Penal, requisitá-la à autoridade policial e, nesse caso, contrariamente ao que ocorre com o pleito defensivo, não ficará a critério da autoridade policial realizar ou não a diligência, deverá a autoridade policial proceder tal como requisitado.

Se a autoridade policial ou o Ministério Público entenderem necessárias para a investigação a adoção de medidas cautelares restritivas de direitos individuais do investigado, tais como busca e apreensão, quebra de sigilo bancário ou de dados, interceptação telefônica e, até mesmo, a prisão temporária, a representação da autoridade policial ou o requerimento do Ministério Público serão analisados pelo Estado/Juiz, não se oportunizando à Defesa a reação.¹⁵⁷

Ademais, como há prazos fixados na lei processual penal para a finalização do inquérito policial (art.10 do CPP), expirado o prazo, ainda que não concluída a investigação, os autos de inquérito são encaminhados ao Juízo e ele se limita a abrir vista ao Ministério Público para que se pronuncie sobre a dilação de prazo solicitada pela autoridade policial para a continuidade da investigação.

Dessa forma, o contato do Ministério Público com os autos de inquérito é constante, possibilitando-lhe não somente o conhecimento do que está sendo apurado, mas também intervenção na própria investigação, na medida em que

¹⁵⁶Se o Ministério Público pode em razão da norma legal (art.16 CPP) requisitar diligências à autoridade policial e participar da atividade investigativa; os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais divergem no que diz respeito à possibilidade deste órgão presidir a investigação criminal.

¹⁵⁷Em relação aos elementos informativos obtidos por meio das medidas cautelares de busca e apreensão, quebra de sigilo bancário ou de dados e interceptação telefônica, só para citar alguns exemplos, se justifica a não incidência do contraditório, pois caso fosse propiciado o conhecimento de tais diligências à Defesa prejudicada estaria a investigação. O contraditório nestes casos é estabelecido posteriormente, na fase processual, o que a doutrina denomina de “contraditório diferido”. Mas, o que dizer a respeito da malsinada prisão temporária como necessária para a investigação? Se é assegurado o direito constitucional ao silêncio (art.5º, LXIII, CF), qual seria a justificativa para a existência no ordenamento jurídico da prisão temporária? Tal espécie de prisão cautelar veio substituir a chamada prisão por averiguação realizada pela autoridade policial, sem necessidade de ordem judicial, permitida antes da promulgação da Constituição Federal de 1988.

pode, a todo tempo, verificar se há necessidade de outras diligências além daquelas que estão sendo realizadas pela autoridade policial. O acesso à investigação e a possibilidade de manusear os autos de inquérito é conferido sem restrições ao Ministério Público, não se podendo dizer o mesmo em relação à defesa.

Concluído o inquérito policial, é ele que servirá de base ao Ministério Público, órgão titular da ação penal pública, para que promova a acusação, se for o caso. E como o inquérito é realizado de forma inquisitiva, sem possibilidade de uma atuação defensiva eficaz, comprometido estará também o olhar ministerial sobre o fato criminoso pretérito que conheceu por meio da investigação.

Por sua vez, o Estado /Juiz tomará conhecimento do fato criminoso por meio da peça acusatória, denúncia ou queixa, feita, na maior parte dos casos, com base no que foi apurado no inquérito policial de forma inquisitiva, sem que se tenha nessa fase a observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa. A visão do fato criminoso, portanto, já é apresentada com a preponderância de um lado da história.

4.3 Atuação do Órgão Jurisdicional

Em nosso sistema processual penal a formação do convencimento do órgão julgador não está adstrita à atuação das partes na medida em que se confere ao Estado/Juiz a possibilidade de determinação de provas tanto na fase preliminar à propositura de uma ação penal quanto no curso do processo. Dessa forma, a própria atuação do órgão jurisdicional também exerce papel de suma importância para a formação de seu convencimento. Faz-se necessária, então, uma breve análise da atuação do órgão jurisdicional na fase de inquérito e no curso do processo.

4.3.1 No Inquérito Policial

A atuação jurisdicional na fase de inquérito, na prática,¹⁵⁸ limita-se a decisões que envolvam intervenções nos direitos individuais. Deve o Estado/Juiz, nessa fase, atuar como garantidor dos direitos individuais, autorizando a restrição de tais direitos somente nos casos de imperiosa e extrema necessidade para o devido esclarecimento dos fatos e quando eles não possam ser esclarecidos de outra forma.

As restrições aos direitos individuais devem ser evitadas, contudo, não é isso o que ordinariamente acontece. Normalmente não há uma análise detida da representação da autoridade policial ou do requerimento ministerial em relação às medidas cautelares de busca e apreensão, interceptação telefônica e de dados, quebra de sigilo bancário ou, ainda, no que se refere a medidas que importem a privação da liberdade, prisão temporária ou preventiva. Defere-se com facilidade o que foi solicitado, sendo que a fundamentação da decisão se limita a reproduzir os motivos expostos pela autoridade policial ou pelo Ministério Público.

Nos casos de representação da autoridade policial, deve o Ministério Público apresentar um parecer e se este for favorável, dificilmente haverá decisão contrária do Juízo, que se sentirá seguro para determinar a restrição aos direitos individuais do investigado.

É perceptível, então, uma abstinência do juiz, uma vez que deixa de exercer efetivamente a sua função de garantidor ao não se contrapor ao pretendido pela autoridade policial ou pelo Ministério Público. O que se vê no dia a dia forense é que o papel do Estado/Juiz como garantidor de direitos individuais na fase de inquérito está muito longe do que se almeja teoricamente. As restrições aos direitos individuais do investigado são frequentemente autorizadas, tendo como base o conteúdo das representações da autoridade policial ou requerimentos do Ministério Público, sem que haja a possibilidade de atuação da defesa na

¹⁵⁸A referência à expressão “na prática” tem sentido na medida em que, apesar da possibilidade conferida ao juiz de determinar a produção de provas consideradas urgentes e relevantes, mesmo antes de iniciada a ação penal, conforme previsto no artigo 156, inciso I, do Código de Processo Penal, tal atuação quase não é exercida pelos magistrados, que deixam ao encargo da autoridade policial e do Ministério Público a produção das provas, melhor dizendo, dos elementos informativos nesta fase da persecução penal. Esse dispositivo legal é objeto de críticas da doutrina por conferir ao juiz a possibilidade, de ofício, de determinação de provas consideradas urgentes e relevantes ainda na fase de inquérito, o que permite a associação com o sistema inquisitivo.

salvaguarda de tais direitos uma vez que não há contraditoriedade estabelecida em relação a tais medidas, sob o argumento de que seria prejudicial à investigação. O contraditório, nesses casos, será realizado posteriormente, o que a doutrina denomina de contraditório diferido.

Na legislação infraconstitucional ainda se encontram dispositivos que dão ao Estado/Juiz o poder de se imiscuir na atividade investigatória, demonstrando o caráter inquisitivo dessa fase da persecução penal.

A reforma processual de 2008 não contemplou qualquer alteração no que se refere ao inquérito policial e, portanto, continua em vigor o artigo 5º, inciso II, do Código de Processo Penal que permite a instauração do inquérito policial por meio de requisição da autoridade judiciária.¹⁵⁹ Essa disposição explicita a veia inquisitiva que norteou a elaboração da legislação processual penal, uma vez que a função da autoridade judiciária deve ser a de julgar os fatos que lhe são levados ao conhecimento por meio da ação penal e não a de propiciar a deflagração da investigação.

Além de ser ainda possível a instauração do inquérito policial por meio de requisição da autoridade judiciária, perdeu o legislador infraconstitucional boa oportunidade para não mais permitir que o juiz se imiscua na atividade investigativa, pois a nova redação dada ao artigo 156, inciso I, do Código de Processo Penal pela Lei 11.690/08 conferiu ao juiz a faculdade de ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes.

Assim, mesmo com a reforma processual de 2008, especificamente no que se refere ao tema provas, Lei 11.690/08, pode o juiz, se entender necessário, determinar a produção antecipada de provas no curso do inquérito, desde que por ele consideradas urgentes e relevantes; o que evidencia a possibilidade a ele conferida de atuar de ofício na investigação criminal, comprometendo sobremaneira a sua imparcialidade.

Ainda que a instauração de inquérito policial por meio de requisição da autoridade judiciária ou a determinação de produção antecipada de provas na fase investigativa não sejam uma prática rotineira dos órgãos jurisdicionais brasileiros,

¹⁵⁹Nos crimes de ação penal pública incondicionada, o inquérito policial pode ser instaurado não somente mediante requisição da autoridade judiciária, mas também mediante requisição do Ministério Público ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo (art. 5º, inciso II, do CPP).

a permissão legal indica a presença do caráter inquisitivo na mentalidade do legislador infraconstitucional.

De fato, nesse primeiro momento da persecução penal é possível inferir que há a atuação de três órgãos de Estado, Polícia Judiciária, Ministério Público e Poder Judiciário, de forma vinculada na apuração do fato e de sua autoria. Nessa fase da persecução penal, não se constata a necessária imparcialidade do Estado/Juiz. Pelo contrário, a atuação, muitas vezes, ignora o propalado princípio da presunção de inocência insculpido no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal que também deve ser norteador do inquérito policial.

Na fase de inquérito, impera a ideia de segurança pública, de luta contra a impunidade, o que gera um desequilíbrio na relação entre segurança e liberdade. A atuação do Estado é pautada para propiciar o exercício da pretensão punitiva, o que se procura é o autor do fato, o que se quer encontrar é o culpado.

Essa lógica do comprometimento com a segurança pública, da luta contra a impunidade, é mais evidenciada no inquérito policial, mas também está bastante presente no curso do processo penal, verificável pela atuação dos órgãos de persecução penal, Ministério Público e Poder Judiciário. O percurso processual rumo à condenação será ainda facilitado pela ausência ou falta de estruturação das Defensorias Públicas em várias comarcas do país.

Se na fase de inquérito, ainda que com o permissivo da legislação processual penal, a atuação do Estado/Juiz tem sido tímida, no que diz respeito à determinação, de ofício, de produção antecipada de provas; no curso do processo, o ativismo judicial tem se manifestado com maior frequência.

4.3.2 No Curso do Processo

Mais uma vez nos reportamos à Exposição de Motivos do Código de Processo Penal que atribui e enaltece o papel ativo do órgão julgador:

(...) o juiz deixa de ser um espectador inerte da produção de provas. Sua intervenção na atividade processual é permitida, não somente para dirigir a marcha da ação penal e julgar a final, mas também para ordenar, de ofício, as provas que lhe parecerem úteis ao esclarecimento da verdade. Para a indagação desta, não estará sujeito a preclusões. Enquanto não estiver averiguada a matéria da acusação

ou da defesa, e houver uma fonte de prova ainda não explorada, o juiz não deverá pronunciar o *in dubio pro reo* ou o *non liquet* (...) ¹⁶⁰

Verifica-se que o legislador à época da elaboração do Código de Processo Penal não esconde o seu apreço pela busca da verdade material, a dita verdade real, e para alcançar tal escopo conferiu ao juiz poderes instrutórios na atividade processual, nomenclatura utilizada na Exposição de Motivos, entendida como abrangente tanto da fase de inquérito quanto da fase processual.

A reforma processual de 2008, seguindo a mesma lógica, também possibilitou ao juiz a determinação da prova tanto na fase de investigação quanto no curso do processo, conforme o teor do artigo 156 e seus incisos I e II, do Código de Processo Penal.

O artigo 156 do Código de Processo Penal em seu inciso II, estatui que é facultado ao juiz “determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante”. Permitindo-se ao juiz a iniciativa na determinação da produção de provas no curso do processo.

Deve ser observado, contudo, que a possibilidade de determinar a realização de diligências está limitada pela necessidade de dirimir dúvida. Assim, somente quando houver dúvida em razão da insuficiência das provas produzidas pelas partes é que poderá o juiz determinar, de ofício, a realização de diligências. Trata-se de uma atuação complementar e posterior à atividade das partes.

Apesar de o legislador ter conferido essa faculdade ao juiz, ela deve estar adstrita aos casos em que ainda paire dúvida no órgão julgador que o impede de proferir a decisão e o impele a busca de provas para melhor elucidação dos fatos. Trata-se, portanto, de uma atuação supletiva e posterior à atividade probatória realizada pelas partes.

No que diz respeito à atuação de ofício do juiz no curso do processo, há outros dispositivos permissivos no Código de Processo Penal¹⁶¹ e, entre eles, o artigo 209 que estabelece que o juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas além das indicadas pelas partes. Pode, inclusive, realizar a oitiva de

¹⁶⁰ BRASIL, Presidencia da República. Decreto-lei Nº 3.689, DE 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>

¹⁶¹ Só para citar alguns exemplos: artigos 209, 234, 311, 404, todos do Código de Processo Penal.

testemunhas que tenham sido referidas por outras testemunhas (art.209, § 1º, CPP) ou, ainda, acrescente-se, que tenham sido referidas pela vítima ou pelo acusado.

E, ainda, evidenciando a possibilidade de atuação do juiz, sem que haja requerimento das partes, após a realização da instrução, atualmente podendo ser realizada em uma única audiência, tem-se o artigo 404 do Código de Processo Penal, cuja nova redação foi dada pela Lei 11.719/08: “Ordenado diligência considerada imprescindível, de ofício ou a requerimento da parte, a audiência será concluída sem as alegações finais”.

Determina o artigo 400 do Código de Processo Penal que, em tese, toda a produção de provas deve ser realizada em uma única audiência; cuja sequência é assim estabelecida: primeiramente tomam-se as declarações do ofendido, em seguida, ouvem-se as testemunhas de acusação e de defesa, nessa ordem, se houver requerimento das partes, os peritos serão ouvidos a fim de prestarem os devidos esclarecimentos sobre a prova técnica, havendo necessidade serão feitas as acareações e reconhecimento de pessoas e coisas e, por fim, como último ato da instrução procede-se ao interrogatório do acusado.

Após o interrogatório do acusado, como preconizado pelo artigo 402 do Código de Processo Penal, as partes podem requerer diligências cuja necessidade tenha se originado da instrução. E, como visto, pela redação do artigo 404 do mencionado diploma legal, ainda que as partes não requeiram diligências, poderá o juiz, de ofício, determiná-las.

Os dispositivos legais acima citados demonstram que o legislador infraconstitucional manteve a intenção do legislador à época da elaboração do Código de Processo Penal no sentido de não querer a presença no processo penal de um juiz inerte, como mero espectador da produção de provas pelas partes, conferindo-lhe a possibilidade de atuar em busca de provas para melhor formação de seu convencimento, o que tem sido criticado pela doutrina.

4.4

A Crítica Doutrinária aos Poderes Instrutórios do Juiz

Pretende-se aqui estabelecer o diálogo entre os doutrinadores no que diz respeito à iniciativa na determinação de provas pelo órgão julgador. Deve ser explicitado que não se trata da possibilidade de o juiz produzir a prova, mas sim

de determinar a sua produção. Serão expostos os posicionamentos favoráveis e desfavoráveis, sendo que, de forma sintética, aqueles que têm entendimento contrário a tal iniciativa por parte do juiz vão realizar a crítica afirmando ser essa uma característica própria do sistema inquisitivo. E, por sua vez, aqueles que se posicionam favoravelmente, vão conclamar a necessidade de tal atuação para que o juiz possa melhor formar o seu convencimento a fim de tornar possível o proferimento de decisão justa.

Nossa legislação processual penal admite a iniciativa do juiz na determinação de provas, devendo ser ressaltado, como já explicitado anteriormente, ao comentar o disposto no artigo 156, inciso II, do Código de Processo Penal, que a iniciativa foi conferida ao juiz, no curso do processo, de forma supletiva, ou seja, para complementar a atividade probatória das partes, quando elas tenham se revelado insuficientes para a formação de seu convencimento. E, nesse caso, não temos objeção, acreditando realmente ser necessário para que se possa bem julgar. Afinal, são as provas produzidas que permitirão a reconstrução dos fatos narrados na peça acusatória (denúncia ou queixa-crime) e contribuirão para a formação do convencimento do órgão julgador.

No entanto, concordamos com a crítica no que diz respeito a essa possibilidade de atuação judicial no curso da investigação (art.156, I, CPP), por entendermos que o Estado/Juiz não deve ter a possibilidade de determinar provas no curso da investigação em razão do comprometimento de seu futuro julgamento que seria influenciado em decorrência dessa ativa participação na fase investigativa.

4.4.1 O Debate na Doutrina

A doutrina critica a faculdade conferida ao juiz no que diz respeito à iniciativa de determinação de provas, sob o argumento de que tal possibilidade aproximaria o nosso sistema processual penal do sistema inquisitivo. Para Aury Lopes Junior o sistema processual penal brasileiro é um sistema neoinquisitório porque conjuga características do sistema inquisitivo com a observância dos

princípios que são próprios do sistema acusatório e explica a utilização da nomenclatura:

Classificamos de neoinquisitorial, pois é uma inquisição reformada, na medida em que, ao manter a iniciativa probatória nas mãos do juiz, observa o princípio inquisitivo que funda o sistema inquisitório. Claro que não o modelo inquisitório historicamente concebido na sua pureza, mas uma neoinquisição que coexiste com algumas características acessórias mais afins com o sistema acusatório, como a publicidade, oralidade, defesa, contraditório etc. Não se trata de pós-inquisitorial porque isso nos daria uma noção de superação do modelo anterior, o que não é de todo verdade.¹⁶²

O juiz tem poderes instrutórios não somente no curso do processo, mas também pode se imiscuir na fase investigativa, como preceituado no artigo 156, inciso I, do Código de Processo Penal. E Jacinto Nelson de Miranda Coutinho adverte sobre o perigo de tal sistema, tendo em vista a estreita proximidade que se estabelece entre o órgão julgador e o órgão que promove a acusação, comprometendo a ideia de igualdade entre as partes, corolário do princípio do contraditório:

Quando o juiz é o senhor plenipotenciário do processo – ou quase – e pode buscar e produzir a prova que quiser a qualquer momento (na fase de investigação e naquela processual) não só tende sobremaneira para a acusação como, em alguns aspectos, faz pensar ser despiendo o órgão acusatório.¹⁶³

Eugenio Paccelli também é ferrenho crítico de nosso sistema processual penal por conferir poderes instrutórios ao juiz sob o escopo de se atingir a verdade real e expressa seu pensamento de que o mito do alcance da verdade sobre o fato criminoso é reverenciado por todos os órgãos relacionados à persecução penal, autoridade policial, Ministério Público e o próprio Estado/Juiz. “Talvez o mal maior causado pelo citado princípio da verdade real tenha sido a disseminação de uma cultura inquisitiva, que terminou por atingir praticamente todos os órgãos estatais responsáveis pela persecução penal”¹⁶⁴.

Entende o citado autor que a iniciativa probatória conferida ao juiz pelo legislador infraconstitucional constitui uma afronta ao sistema acusatório

¹⁶² LOPES JR., Aury. Direito processual penal. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014

¹⁶³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar Constitucionalmente demarcado. In: O novo processo penal à luz da Constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 11

¹⁶⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal, op. cit. p. 323.

implantado pelo legislador constituinte e se referindo à verdade real realiza sua crítica:

A expressão, como que portadora de efeitos mágicos, autorizava uma atuação judicial supletiva e substitutiva da atuação ministerial (ou da acusação). Dissemos autorizava, no passado, por entendermos que, desde 1988, tal não é mais possível. A igualdade, a par conditio (paridade de armas), o contraditório e a ampla defesa, bem como a imparcialidade, de convicção e atuação, do juiz, impedem-no.¹⁶⁵

Renato Brasileiro de Lima também não admite atividade instrutória do juiz no curso da investigação criminal. Em sua opinião, conferir poderes instrutórios ao juiz antes da propositura da ação penal constitui afronta ao Estado Democrático de Direito, na medida em que se cria o juiz inquisidor, “assemelhando à reunião dos poderes de administrar, legislar e julgar em uma única pessoa, o ditador, nos regimes absolutistas”.¹⁶⁶

Determinar de ofício a realização de diligências na fase de inquérito compromete a imparcialidade que deve ser inerente à atuação do órgão jurisdicional: “A partir do momento em que uma mesma pessoa concentra as funções de investigar e colher as provas, além do poder de julgar o acusado, estará comprometido a priori com a tese da culpabilidade do acusado”.¹⁶⁷

Compartilhando o posicionamento daqueles que reconhecem haver flagrante postura inquisitiva no permissivo legal referente à atuação de ofício antes de iniciada a ação penal (art.156, I, CPP), diverge o autor no que diz respeito à possibilidade conferida pelo legislador infraconstitucional desse tipo de atuação no curso do processo, desde que tenha natureza complementar, supletiva, subsidiária à atividade probatória realizada pelas partes.

Considera equivocado o posicionamento que apregoa a inércia do julgador após a propositura da ação penal e entende ser perfeitamente possível a postura ativa do juiz no que se refere à determinação da prova com o sistema acusatório; “a essência do sistema acusatório repousa na separação das funções de acusar, defender e julgar. Por mais que a ausência de poderes instrutórios do juiz seja uma característica histórica do processo acusatório, não se trata de uma característica essencial a ponto de desvirtuar o referido sistema”.¹⁶⁸

¹⁶⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal, op. cit. p. 323

¹⁶⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal, op. cit. 859.

¹⁶⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal, op. cit. 858.

¹⁶⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal, op. cit. 860-861.

Faz-se a crítica da associação “juiz que determina a prova é juiz inquisidor”, é juiz parcial, comprometido com as teses acusatórias. A iniciativa na determinação de provas não quer necessariamente dizer que o julgador esteja comprometido com a acusação; até porque as provas produzidas podem ser favoráveis à defesa.

Gustavo Henrique Badaró aponta que a inércia do Estado/Juiz diante da visível necessidade de produção de determinada prova é que seria caracterizadora de parcialidade, pois “se o juiz está na dúvida sobre um fato e sabe que a realização de uma prova poderia eliminar sua incerteza e não determina a sua produção, aí sim estará sendo parcial (...)”¹⁶⁹

Na visão desse autor juiz ativo não é sinônimo de parcialidade, mas sim a demonstração de que é diligente com a causa que lhe foi levada ao conhecimento e, em razão do seu próprio dever de bem julgar, não pode negligenciar na obtenção das provas necessárias para o devido esclarecimento dos fatos.

Na concepção desses autores a participação do julgador na iniciativa probatória é admitida em razão do caráter publicístico do processo penal. Justamente por lidar com direitos indisponíveis, não seria razoável que o Estado/Juiz se contentasse com as provas produzidas pelas partes quando elas se revelassem insuficientes para a prolação de uma justa decisão.

E não há que se dizer que essa atuação do órgão julgador cause necessariamente desequilíbrio entre as partes, favorecendo a acusação em detrimento do acusado. Até porque, pode acontecer justamente o contrário, a determinação de provas pelo juízo pode vir a favorecer o acusado, propiciando o equilíbrio diante de eventual falha defensiva.

Ainda que na prática a atuação do Estado/Juiz possa, de fato, ser contrária aos interesses do acusado e de sua defesa, ao menos teoricamente, não se compactua com tão ferrenhas críticas à atuação judicial na determinação de provas de ofício no curso do processo. Deve ser ressaltado que a prova a ser produzida pode favorecer tanto à acusação quanto à defesa, e o que se visa é poder proferir uma decisão justa, seja condenar um culpado, seja absolver um inocente.

Também contrariamente ao posicionamento de que a iniciativa probatória do juiz seria um sinal da adoção de um sistema inquisitivo podemos citar a

¹⁶⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique RighiIvahy. Correlação entre acusação e sentença. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 83

opinião de Marco Antonio de Barros, “o espírito que move essa regra participativa não pretende plantar dúvida na esfera de atuação do juiz, a ponto de se questionar se o que ele deve buscar é a verdade que favorece ao réu ou a verdade que interessa à acusação”.¹⁷⁰

E continua, “a iniciativa do juiz no campo da instrução do processo penal é de natureza complementar ou supletiva (...), visa eliminar as falhas e omissões cometidas pelas partes e assim apagar as deficiências que podem interferir prejudicialmente no seu livre convencimento.”¹⁷¹ O autor pretende enfatizar que o fato do juiz poder ter a iniciativa na determinação da prova não faz com que o processo penal seja de natureza inquisitiva, pois as características primordiais do sistema acusatório estão presentes no processo penal brasileiro, podendo ser constatadas pela existência de distintos órgãos para acusar, defender e julgar, publicidade dos atos processuais, vigência dos princípios do contraditório e da ampla defesa no curso do processo e predomínio da oralidade.

O juiz ter a iniciativa da determinação de prova não o transforma em um juiz inquisidor, mas tão somente significa que ele busca conhecer os fatos por meio das provas para que possa proferir decisão em conformidade com eles e, portanto, decisão mais justa.

Em nosso entender a possibilidade de iniciativa probatória do juiz, repita-se, somente no curso do processo e de forma supletiva, não desvirtua o sistema acusatório. A partir do momento em que o fato criminoso, por meio de uma ação penal, foi levado ao conhecimento do Estado/Juiz é bastante razoável que, caso as provas produzidas pelas partes não tenham sido suficientes para formar o seu convencimento, determine a produção da prova que entenda ser necessária para melhor esclarecimento, pois dirimindo o que ficou lacunoso poderá melhor julgar.

A determinação de provas pelo juiz no curso do processo não irá acarretar necessariamente a condenação do acusado e parece ser essa a preocupação daqueles que tão veementemente se opõem à opção do legislador infraconstitucional de permitir a atuação instrutória do juiz.

A prova determinada pelo juiz, uma vez produzida, pode ser tanto favorável à acusação quanto favorável ao acusado. O que deve nortear o Estado/Juiz quando

¹⁷⁰ BARROS, Marco Antonio de. A busca da verdade no processo penal. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 141

¹⁷¹ BARROS, Marco Antonio de. A busca da verdade no processo penal, op. cit. p. 142

determina a produção de prova é tão somente procurar saber como os fatos aconteceram, pelo menos, em um sentido probabilístico, para melhor julgar.

Observadas as regras atinentes ao devido processo legal, decisão justa não é somente aquela que absolve um inocente, mas também a que condena um culpado.¹⁷² A atuação do órgão julgador não deve ter por foco a punição; tampouco livrar o acusado da sanção, caso comprovada a responsabilidade penal pelo fato que lhe foi imputado.

Como preceituado no artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

As expressões são demasiado genéricas “fins sociais” e “exigências do bem comum”, mas se pode inferir, no que diz respeito ao tema ora tratado, que não seria razoável deixar o Estado/Juiz de prestar a devida e justa tutela jurisdicional em razão de sua inércia. Tal postura não estaria em consonância com a exigência de se estar atento aos “fins sociais” e “às exigências do bem comum”.

Pelo menos, teoricamente, em nosso sentir, não há razão para subtrair ao juiz a iniciativa na determinação da prova, desde que em contraditório judicial e de forma a complementar a atividade probatória das partes, considerando acertada a posição do legislador infraconstitucional expressa no artigo 156, inciso II, do Código de Processo Penal.

As provas produzidas pelas partes ou produzidas em razão de determinação de ofício pelo juiz, quando entende insuficiente o que lhe foi levado ao conhecimento pela acusação e defesa e pretende dirimir dúvida sobre ponto relevante, contribuem para a formação do seu convencimento, mas deve ele explicitar os motivos que o levaram a proferir a decisão.

¹⁷² Interessante a observação de Afrânio Silva Jardim: “Como se sabe, assim como ao Estado não interessa a absolvição de um culpado, também não lhe interessa a condenação de um inocente. Aliás, é de suma importância ter presente que estas duas últimas assertivas, pela adversidade de valores que as inspiram, não podem ser colocadas em pé de igualdade. Vale dizer, menos ruim absolver um culpado do que condenar um inocente, até porque uma moderna concepção crítica do Direito Penal vem demonstrando que a sanção supressiva da liberdade não pode mais ser reputada como um meio eficaz de controle social. Agora, ninguém põe em dúvida os malefícios de uma condenação injusta. Assim, os riscos desses possíveis erros devem merecer dimensões diferentes” (JARDIM, 1987, p. 155)

4.5 Livre Convencimento Motivado - Desmitificando a verdade dos fatos – Sentença como ato de convencimento

Se ao juiz cabe a valoração das provas, tem a livre apreciação, uma vez que não estamos diante de um sistema tarifado, deve, contudo, motivar a sua decisão. A motivação das decisões judiciais é uma exigência constitucional (art. 93, IX, CF) e, especificamente em relação à sentença há previsão também na legislação infraconstitucional (art. 381, III, CPP).¹⁷³

Sentença etimologicamente vem de *sentire*,¹⁷⁴ ou seja, há na sentença algo que é próprio do sentir, do sentimento, que teve o julgador em relação aos fatos e argumentos que lhe foram levados ao conhecimento pela atuação das partes no curso do processo.

A concepção de que o processo penal busca a dita verdade real, já ultrapassada, ao menos teoricamente, deve ser suplantada pela ideia da inacessibilidade da verdade, a verdade sobre o fato criminoso levado ao conhecimento do juiz é intangível.

O que se realiza por meio do processo é a reconstrução do fato criminoso, uma verdade construída por meio das provas produzidas: declarações da vítima, depoimentos das testemunhas, provas periciais, documentais, acareações, reconhecimento de pessoas e coisas, declarações do próprio acusado, etc. E deve ser ressaltado que as provas devem ingressar no processo regularmente, ou seja, com obediência ao contraditório, ampla defesa e também devem ser produzidas de forma lícita, em consonância com o estabelecido na lei processual penal e na Constituição Federal.

Essa reconstrução do fato pretérito é realizada não somente por meio das provas, mas também pela argumentação, pelas teses desenvolvidas pelas partes,

¹⁷³Artigo 93, inciso IX, da CF “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”(grifo nosso). A fundamentação deve estar presente em todas as decisões judiciais e não somente da sentença. Assim, as decisões interlocutórias também devem ser fundamentadas sob pena de nulidade. A necessidade de fundamentação, especificamente, da sentença, está prevista no artigo 381, inciso III, do Código de Processo Penal, ao estabelecer que a sentença conterá “a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão”.

¹⁷⁴Dentre os significados da palavra “sentença” se encontra no Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa: ETIM lat. *Sententia*, ae ‘sentimento, parecer, ideia, maneira de ver, impressão do espírito, modo de pensar ou de sentir, vontade, desejo.

cuja finalidade é persuadir o órgão julgador para que profira decisão de acordo com a pretensão almejada.

Assim, quando o juiz profere a sentença não quer isso dizer que tenha alcançado a verdade sobre os fatos, mas tão somente que, com o seu *senitire*, terá aderido ao ponto de vista que lhe foi apresentado por uma das partes, condenando ou absolvendo aquele a quem foi atribuída à prática da infração penal. E pode, ainda, ocorrer que, em determinados pontos, tenha acolhido a versão de uma das partes e, em outros, a versão da outra.¹⁷⁵

O sistema acusatório, portanto, não tem a busca da verdade como o objetivo do processo, porque não se tem a crença de que ela possa ser efetivamente alcançada. “No sistema acusatório, a verdade não é fundante (e não deve ser), pois a luta pela captura psíquica do juiz, pelo convencimento do julgador, é das partes, sem que ele tenha a missão de revelar uma verdade”.¹⁷⁶

Nessa concepção se pode dizer que não há que se falar em verdade real, mas tão somente em verdade processual construída no curso do processo pela relação dialógica das partes entre si e delas com o órgão julgador a fim de influenciar o seu convencimento. O ato de convencimento do órgão julgador vai se formando no exercício do contraditório e em observância as regras do devido processo legal.

O devido processo legal deve ser entendido em sua dupla acepção, observância dos princípios processuais penais previstos na Constituição e sequência dos atos procedimentais previstos em lei. É justamente a observância ao devido processo legal que irá conferir legitimidade às decisões judiciais. Não é por outra razão que a doutrina moderna substitui o conceito de verdade real por verdade processual e ainda acrescentou “verdade processual válida”, ou seja, aquela que foi obtida no curso do processo, em contraditório judicial, assegurando-se a ampla defesa, em obediência ao princípio do devido processo legal e de todos os demais princípios constitucionais dele decorrentes.¹⁷⁷

¹⁷⁵ Interessante registrar a observação de Winfried Hassemer, ao tratar da Teoria da Cognição/Compreensão, adequada ao tema: “Como a coisa e o intelecto, reciprocamente considerados, não se colocam em uma contemplação estática, mas em um relacionamento dinâmico de aproximação, a “verdade” pode não estar “adaequatio rei intellectus”; ela é muito mais um fenômeno do diálogo, consensual e procedimental”. (HASSEMER, 2007, p.16)

¹⁷⁶ LOPES JR., Aury. Direito processual penal, op. cit. p. 588.

¹⁷⁷ O princípio do devido processo legal expresso no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição da República Federativa do Brasil, “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” é entendido pela doutrina como princípio aglutinador de todos os demais princípios processuais penais previstos na Constituição Federal, juiz natural, promotor natural, contraditório, ampla defesa, inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, presunção de

O que se alcança por meio do procedimento em contraditório não é uma verdade, mas uma probabilidade alcançada pelo órgão julgador de que os fatos tenham ocorrido na versão por ele acolhida. A sentença deve explicitar os motivos do acolhimento de tal ou qual versão apoiada nas provas produzidas, cuja valoração também deve estar exposta.

Deve o julgador, em sua fundamentação perpassar por todas as provas e teses produzidas pelas partes, explicando porque umas preponderaram sobre as outras de modo a fundamentar a sua decisão, sob pena de nulidade.¹⁷⁸

O fundamento da necessidade de motivação reside no fato de se assegurar às partes a verificação da atuação do órgão jurisdicional no sentido de ser aferido se houve, de fato, a apreciação das provas produzidas e dos argumentos por elas desenvolvidos.

Como o processo (procedimento em contraditório) é uma relação dialógica entre as partes entre si e o Estado/Juiz, faz-se imprescindível para que se possa conferir legitimidade à decisão que o órgão julgador, perpasse, em sua fundamentação, por todas as provas e argumentos produzidos por ambas as partes.

Somente assim poderão as partes ter conhecimento do “caminho lógico-racional” percorrido pelo juiz para proferir a decisão. Com isso não se quer dizer que o julgamento não esteja eivado da subjetividade do julgador que, como ser humano, é dotado de um *sentire* que lhe é próprio e, portanto, ao julgar não faz um mero trabalho de adequação do fato ao dispositivo legal pertinente. O julgamento não é um mero silogismo, consiste em uma interpretação dos fatos e do próprio direito por uma pessoa que não está fora do mundo. “É preciso que fique claro que não há imparcialidade, neutralidade e, de consequência, perfeição na figura do juiz, que é um homem normal e, como todos os outros, sujeito à história de sua sociedade e à sua própria história”¹⁷⁹

O julgador vive em uma determinada sociedade, em um dado tempo e lugar, tem seus próprios valores; e ao julgar inevitavelmente o faz com os seus

inocência, publicidade, razoável duração do processo, duplo grau de jurisdição e motivação das decisões judiciais.

¹⁷⁸ A reprodução das normas constitucional (Art.93, IX, CF) e infraconstitucional (art.381, III, CPP) sobre o princípio da motivação das decisões judiciais já foi realizada na nota 89. Apesar do preceito, entende-se desnecessário o exame detalhado de cada argumento suscitado pela parte e também ainda que as teses defensivas não sejam apreciadas em sua totalidade, entende-se não ser caso de declaração de nulidade. Exemplos desses tipos de decisões estão colacionadas no Anexo 2.

¹⁷⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo Juiz no Processo Penal. Empório do Direito, op. cit.

referenciais. A exigência da motivação das decisões judiciais serve justamente para permitir o controle da função jurisdicional no sentido de que deve ser pautada pelos parâmetros estabelecidos na Constituição e nas leis, de modo a evitar o arbítrio.

A motivação é uma forma de garantia da efetividade dos princípios do contraditório e da ampla defesa de modo a propiciar um controle da racionalidade da decisão e não permitir que as decisões sejam pautadas em um mero subjetivismo do julgador.¹⁸⁰

Ademais, como o nosso sistema processual penal não é pautado pela hierarquia de provas, cabendo ao órgão julgador a valoração delas, deve ser explicitado na sentença as razões da preponderância de uma prova sobre as outras, para possibilitar às partes, em caso de irresignação com a decisão proferida, a interposição de recurso de apelação. Assim, poderão em suas razões recursais apresentar argumentos para combater a valoração feita pelo *juízo a quo*.

A necessidade de motivação das decisões judiciais, não está pautada somente no interesse das partes em conhecer o “caminho lógico-racional” percorrido pelo julgador, tem também como finalidade possibilitar à coletividade ter conhecimento sobre a atuação dos órgãos jurisdicionais, o que é decorrente do princípio da publicidade dos atos processuais. (art. 5º, LX, e art. 93, IX, ambos da CF e art. 798 CPP).¹⁸¹

Ao julgar, o juiz estará adstrito aos fatos e as provas que lhe foram levados ao conhecimento pelas partes no curso do processo e não poderá decidir com base exclusivamente nos elementos informativos obtidos na fase investigativa, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas, conforme expresso no artigo 155 do Código de Processo Penal. Está, portanto, em sua decisão, limitado ao que lhe veio ao conhecimento do curso do processo, ou seja, em contraditório judicial.

¹⁸⁰ Sobre o tema recomenda-se a obra Teoria da Argumentação Jurídica, de Fábio P. Shecaira e Noel Struchiner. Edidora Contraponto, Coeditora PUC/RIO, ano de edição 2016. Os autores abordam os modos de argumentar institucional, pautado por regras e procedimentos estabelecidos e o modo substantivo, baseado em considerações morais, políticas, econômicas e sociais.

¹⁸¹ Segundo Ferrajoli: “Ao mesmo tempo, enquanto assegura o controle da legalidade e do nexa entre convencimento e provas, a motivação carrega também o valor “endoprocessual” de garantia de defesa e o valor “extraprocessual” de garantia da publicidade. E pode ser, portanto, considerado o principal parâmetro tanto da legitimação interna ou jurídica quanto da externa ou democrática da função judiciária”. (FERRAJOLI, 2014, p. 574)

Deve ser mencionado também como limite ao ato decisório o fato do acusado não ser obrigado a produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*), cujo direito ao silêncio, assegurado no artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal, é apenas uma de suas expressões. Não pode o direito ao silêncio ou qualquer outra expressão do *nemo tenetur se detegere* ser interpretada em desfavor do acusado e, portanto, não pode ser fundamento para uma decisão condenatória; os motivos para eventual condenação forçosamente terão de ser outros.

O processo penal é verdadeiro processo de conhecimento, as partes devem obedecer às regras estabelecidas para a produção do conhecimento dirigido ao julgador. E, por sua vez, o órgão julgador deve obedecer às regras referentes à formação de seu convencimento.

As partes produzem um determinado saber e é o Estado/Juiz quem tem o poder de decidir qual é o saber prevalente, fundado nesses saberes parciais levados ao seu conhecimento. Segundo Luigi Ferrajoli, o princípio da motivação “exprime e ao mesmo tempo garante a natureza cognitiva em vez da natureza potestativa do Juízo, vinculando-o, em direito, à estrita legalidade, e, de fato, à prova das hipóteses acusatórias”¹⁸²

A aquisição válida do saber do julgador para que seu poder de decidir esteja legitimado está condicionada à observância do devido processo legal. Cabe, portanto, ao Estado/Juiz zelar e atuar efetivamente para que o processo transcorra em respeito aos princípios processuais penais previstos na Constituição e à legalidade dos atos procedimentais.

Mas, atua o Poder Judiciário efetivamente em conformidade com os balizamentos estabelecidos na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional, exercendo a sua função de garantidor dos direitos fundamentais?

¹⁸² FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal, op. cit. p. 573

5

Atua o Poder Judiciário como garantidor do devido processo penal?

“A defesa, na verdade, não é realmente admitida pela lei, apenas tolerada, e há controvérsia até mesmo em torno da pertinência de deduzir essa tolerância a partir das respectivas passagens da lei. (...) O que se quer é excluir o mais possível a defesa, tudo deve recair sobre o próprio acusado”.

Kafka – O Processo

A pena prevista na lei penal somente será aplicada por meio do processo, e o processo tem de ser aquele previsto em lei e com o respeito aos princípios constitucionais a ele relativos, ou seja, aos princípios constitucionais de natureza processual penal.

A inobservância à sequência de atos procedimentais previstos na lei processual penal ou aos princípios constitucionais do processo penal, em tese, deve acarretar a nulidade dos atos que foram praticados eivados de algum vício.

O que se objetiva no presente capítulo é demonstrar a incongruência entre o sistema de garantias estabelecido na atual Constituição Federal e o mecanismo/sistema de nulidades, cuja previsão legal tem por finalidade, justamente, possibilitar a observância do devido processo legal.

A despeito do paradigma constitucional, instaurado com a Constituição de 1988, impor como regra a liberdade e como exceção a prisão, e apesar das alterações na legislação processual penal, visando melhor adequá-la à Constituição Federal, o sistema de nulidades ainda em vigor é aquele instituído pelo Código de Processo Penal de 1941, elaborado sob a ótica do princípio da presunção de culpabilidade, onde impera o princípio oposto, prisão como regra e liberdade como exceção.

O que se visa é demonstrar que essa incongruência entre a Constituição Federal e o sistema de nulidades permite a exteriorização de práticas judiciais no sentido de não reconhecimento das nulidades, inviabilizando a devida proteção dos direitos e garantias processuais.

A intenção do legislador ao elaborar o nosso Código de Processo Penal foi claramente a de restringir, ao máximo, a possibilidade de declarações de nulidade; pois o permissivo para o reconhecimento está atrelado à demonstração do

prejuízo. O objetivo certamente foi, e lamentavelmente continua sendo, o de tornar a persecução penal mais ágil e eficaz, viabilizando a aplicação da pena, mesmo que esteja o processo em dissonância com o regramento estabelecido na Constituição e na lei processual penal.

5.1 Impossibilidade de Aplicação da Pena sem Processo

Em decorrência do princípio *nulla poena sine iudicio* o processo é o meio necessário para que o Estado/Juiz possa aplicar uma pena àquele que infringiu o ordenamento jurídico. Mas não poderá o Estado atuar ao seu arbítrio, aleatoriamente; a atividade estatal processual é regulada pela lei.

O processo é regido pelas regras do próprio ordenamento jurídico, regras de natureza processual, referentes à forma de que se devem revestir os atos para que possam produzir os seus efeitos. A forma de realizar os atos procedimentais está prevista na lei processual penal e deve ser obedecida para que se possa atingir a finalidade deles que é, justamente, o provimento final.

A ideia de um devido processo legal, como já vista precedentemente, constitui, simultaneamente, a obediência à sequência, forma e prazos dos atos previstos na lei processual como também a observância em todo o *iter procedimental* dos princípios processuais penais constitucionais.

Uma das maneiras do Estado/Juiz atuar de modo a garantir o devido processo legal é justamente fazer uso do sistema de nulidades. Tal sistema permite ao juiz, quando detectado defeito no ato procedimental em razão de desconformidade aos princípios previstos na Constituição Federal ou à sequência, forma e prazos estabelecidos pela legislação processual penal, decretar, se for o caso, a nulidade.

Uma vez decretada a nulidade do ato, este não produzirá efeitos e terá de ser refeito bem como deverão ser também refeitos todos os atos que lhe forem subsequentes.¹⁸³

¹⁸³Trata-se do chamado princípio da causalidade. O processo em sua acepção objetiva, entendido como procedimento, é constituído por uma sequência de atos concatenados e interdependentes, um ato gerando o subsequente até chegar-se ao provimento final. E pode ocorrer que haja um nexo de causalidade entre um ato e aqueles que o sucedem na sequência estabelecida na lei. Quando isto ocorrer deve ser decretada a nulidade do ato viciado e de todos os subsequentes, desde que haja uma relação de dependência entre os mesmos. É por esta razão que se pode falar em nulidade

Há casos em que ocorre mera irregularidade, não sendo necessário qualquer reparo. Outros, em que o vício pode ser sanado. Há casos, contudo, em que o defeito tem tamanha gravidade que não é suscetível de correção, não poderá o vício ser sanado, sendo necessária a decretação da nulidade.

Dentre os casos em que o defeito é insanável está a prática de atos que, de alguma forma, atentem contra o princípio do devido processo legal. A nulidade nesses casos deve ser decretada, pois, caso não o seja, estará maculada a própria legitimidade da prestação jurisdicional.

5.1.1 Atos Procedimentais e Nulidades

Procedimento em contraditório, o processo é, simultaneamente, sequência de atos, concatenados e interdependentes, um ato gerando o outro, até chegar-se ao provimento final e também relação jurídica entre as partes, obedecendo ao primado da igualdade e da liberdade processual que caracterizam o contraditório.

A sequência, as formas e os prazos dos atos processuais estão previamente estatuídos na lei processual penal e não basta o mero respeito, faz-se necessária, ainda, a observância aos princípios processuais penais previstos na Constituição Federal para que se possa falar em devido processo legal.

A exigência de que o ato procedimental seja realizado em conformidade com o preconizado pela lei processual penal não deve ser considerada como demasiado apego ao formalismo, constitui garantia conferida ao cidadão a quem se atribui a prática de infração penal. A forma deve ser entendida como um meio de garantir a observância dos princípios constitucionais.

A conformidade do ato procedimental com as formas estabelecidas não é uma finalidade em si mesma. A finalidade não é a simples obediência ao preceituado em lei, numa acepção de excessivo rigor formal, o que se almeja é que o ato seja capaz de assegurar a efetividade dos princípios constitucionais e, nesse sentido, a forma constitui uma garantia do cidadão, é o que propicia a segurança jurídica.

originária e nulidade derivada. A extensão da nulidade é regulada pelos parágrafos primeiro e segundo do artigo 573 do Código de Processo Penal: § 1º “A nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam consequência”. § 2º “O juiz que pronunciar a nulidade declarará os atos a que ela se estende”.

Com o objetivo de zelar pela regularidade procedimental foi criado pelo legislador infraconstitucional o sistema de nulidades.¹⁸⁴ Os atos processuais devem obedecer a uma determinada forma prevista em lei e a sua inobservância pode acarretar a declaração de nulidade.

Os estudiosos do processo penal expressam opiniões distintas a respeito da função de tal sistema, alguns se posicionam no sentido de que “o sistema de invalidades processuais está a serviço do réu. Tipicidade processual é garantia do imputado, pois o poder estatal não precisa ser “garantido”, senão controlado e limitado”.¹⁸⁵

Para outros o sistema de nulidades objetiva não somente garantir o cidadão contra as arbitrariedades do poder estatal na persecução penal e, até mesmo, o próprio Estado em sua atividade persecutória; mas também revela um interesse da sociedade no sentido de que o respeito aos direitos e garantias constitui característica de um processo justo e legal, legitimando o exercício da prestação jurisdicional. “Um direito de todo o corpo social, interessa ao próprio processo para além das expectativas das partes e é condição inafastável para uma resposta jurisdicional imparcial, legal e justa”.¹⁸⁶

O sistema de nulidades é importante instrumento do qual dispõe o Estado/Juiz para atuar como garantidor da efetividade dos princípios norteadores do processo penal previstos na Constituição Federal.

A realização do ato processual deve se amoldar, deve corresponder à descrição da lei, o que a doutrina denomina de tipicidade processual. Constatada a atipicidade processual, há defeito no ato, em razão da desconformidade com o comando legal. Esses defeitos podem acarretar a decretação de nulidades.

Essas nulidades são classificadas pela doutrina em nulidades absolutas e nulidades relativas. Nulidades absolutas são aquelas que decorrem de atos que violam normas de interesse público ou princípios constitucionais, o defeito do ato é insanável, não é possível a convalidação, ainda que ocorra preclusão ou trânsito em julgado.

¹⁸⁴O tema “Nulidades” está tratado nos artigos 563 a 573 do Código de Processo Penal.

¹⁸⁵ LOPES JR., Aury. Direito processual penal, op. cit, p. 1183.

¹⁸⁶ GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance; GRINOVER, Ada Pellegrini. As nulidades no processo penal. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 21

Por sua vez, nulidades relativas são decorrentes de realização de atos que violam normas de interesse privado, o ato é sanável, pode haver a convalidação pela preclusão.

Apesar da maior parte da doutrina estabelecer esse tipo de distinção, há autores que preferem a utilização da nomenclatura “atos sanáveis” e “atos insanáveis”, conforme os defeitos de que são eivados possam ou não ser corrigidos.

De qualquer forma, tratando-se de atos sanáveis ou insanáveis, as nulidades somente são reconhecidas se declaradas pelo Estado/Juiz.

5.1.2 Necessidade de Declaração Judicial para o Reconhecimento das Nulidades

Quando o ato é defeituoso, em razão da sua desconformidade com a norma constitucional ou legal, o reconhecimento do vício tem de ser realizado pelo órgão jurisdicional. Assim, para que se reconheça a nulidade de um ato processual é necessário que haja uma declaração judicial, o ato será considerado nulo somente por meio de decisão judicial.

Tratando-se de nulidades absolutas, o seu reconhecimento pelo juiz poderá ocorrer por meio de provocação da parte ou, mesmo, de ofício, e não há necessidade de demonstração do prejuízo, uma vez que nestes casos o prejuízo é presumido. Quanto às nulidades relativas, dependem de arguição em tempo oportuno, previsto em lei, pela parte a quem interesse a declaração de nulidade, e deve ser demonstrado o prejuízo.¹⁸⁷

Para Aury Lopes Junior, as práticas judiciárias são, muitas vezes, pautadas por uma concepção punitivista a tal ponto que tratam nulidades absolutas como se relativas fossem, realizando uma verdadeira “fraude processual a serviço do punitivismo”.¹⁸⁸

¹⁸⁷O artigo 571 do Código de Processo Penal estabelece o momento adequado para a arguição das nulidades de acordo com o momento processual de ocorrência das mesmas.

¹⁸⁸ “É elementar que as nulidades relativas acabaram se transformando em um importante instrumento a serviço do utilitarismo e do punitivismo, pois é recorrente a manipulação discursiva para tratar como mera nulidade relativa àquilo que é inequivocadamente, uma nulidade absoluta. Ou seja, a categoria nulidade relativa é uma fraude processual a serviço do punitivismo” (LOPES JUNIOR, 2014, p. 1167)

Expressando também desacordo com a relativização do reconhecimento de nulidades absolutas em relação aos atos praticados em desconformidade com as normas/princípios constitucionais, estão Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes e Ada Pellegrini Grinover, para quem, “(...) o ato processual, praticado em infringência à norma ou ao princípio constitucional de garantia, poderá ser juridicamente inexistente ou absolutamente nulo; não há espaço, nesse campo, para atos irregulares sem sanção, nem para nulidades relativas”.¹⁸⁹

São, contudo, costumeiras as decisões em primeira e também nas instâncias superiores que relativizam os defeitos dos atos, considerando-os perfeitamente válidos e capazes de produzir efeitos, em sua maior parte desfavoráveis ao acusado¹⁹⁰.

A constante relativização de vícios que seriam, em tese, insanáveis e, portanto, passíveis de decretação de nulidade absoluta, demonstra que o Poder Judiciário descarta de sua atuação como garantidor do devido processo legal, causando verdadeiro desequilíbrio entre as partes, uma vez que não declarar a nulidade existente significa alcançar mais rapidamente o provimento final ainda que em detrimento de direitos fundamentais do indivíduo/acusado.

Utiliza-se o argumento de que não houve prejuízo, pois, ao final, as provas evidenciariam que, de fato, o acusado era culpado. E, assim, para que serviria a declaração de nulidade? Caso fosse declarada iria tão somente retardar a prestação jurisdicional; de modo que não declarar a nulidade seria até mesmo favorável ao acusado, no sentido de definir a sua situação jurídica por meio da decisão resolutória do processo. Uma hipocrisia com a qual não se pode compactuar porque a garantia do indivíduo a quem se imputa a prática de uma infração penal, submetido ao processo é, justamente, ser processado com a observância do devido processo legal.

¹⁸⁹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance; GRINOVER, Ada Pellegrini. As nulidades no processo penal. op. cit, p. 21

¹⁹⁰ Alguns exemplares destes tipos de decisões são referentes às possibilidades: do reconhecimento do acusado ser realizado em desacordo com a forma prevista em lei (art.226 CPP);de haver inversão na ordem da oitiva das testemunhas, permitindo-se que o juiz faça as perguntas primeiramente e, posteriormente, as partes, em ordem inversa ao estabelecido no artigo 212 do CPP, entre outros. Exemplos desses tipos de decisões em que há uma flexibilização dos princípios constitucionais e das normas processuais penais, de modo a evitar o reconhecimento de nulidades, poderão ser vistos no anexo2.

O argumento pode até seduzir, mas não se pode tergiversar com direitos e garantias assegurados na Constituição Federal. Não se pode alcançar o provimento final de qualquer forma, mas sim na forma devida, obedecendo ao devido processo legal, princípio aglutinador de todos os demais princípios processuais penais previstos na Constituição Federal.

Posicionamento diverso do esposado permite ao Estado, no exercício da pretensão punitiva, cometer arbitrariedades, sem a imposição de limites a sua atuação, propiciando a existência de perigosos precedentes a justificar uma persecução penal de natureza inquisitiva.

5.2

A Defasagem entre o Sistema de Nulidades e a Constituição Federal de 1988 e as Alterações no Código de Processo Penal

As alterações pontuais realizadas no Código de Processo Penal por meio das Leis 11.689/08, 11.690/08 e 11.719/08, o que se convencionou chamar de reforma do Código de Processo Penal, e também por outras leis que visam propiciar maior adequação entre a legislação infraconstitucional e a Constituição Federal, fazem com que o Código de Processo Penal se apresente como verdadeira colcha de retalhos, em que umas partes se juntam a outras sem que haja necessariamente congruência entre elas.

É o que ocorre, exemplificativamente, com o sistema de nulidades. Pode-se inferir que as alterações introduzidas no Código de Processo Penal em relação ao tema provas e procedimentos, entre outros, permitem reconhecer que o sistema de nulidades implantado pelo legislador em 1941 está totalmente defasado, não podendo abarcar situações passíveis de decretação de nulidade, em razão dessa desconformidade, pois mudanças na sequência, forma e prazo dos atos procedimentais foram introduzidas sem que houvesse qualquer alteração no sistema de nulidades.

Ademais, e ainda de maior relevância, há que se mencionar a falta de compatibilidade entre o sistema de nulidades previsto no Código de 1941 e a incidência no processo dos princípios processuais penais expressos na Constituição de 1988. Em razão dessa incongruência, o tema das nulidades está a merecer uma releitura à luz da Constituição Federal enquanto não forem realizadas as necessárias alterações pelo legislador infraconstitucional.

As hipóteses elencadas como passíveis de decretação de nulidade não podem ser compreendidas como sendo de enumeração taxativa e deve o Ministério Público, em razão de sua incumbência de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis,¹⁹¹ e o Poder Judiciário, em sua função de zelar pela observância dos princípios constitucionais e pela regularidade procedimental, estarem atentos a eventuais ocorrências no curso do processo que ensejem a arguição e declaração de nulidade. A análise deve ser feita no caso concreto, pautando-se, para o reconhecimento de eventual nulidade, nas diretrizes estabelecidas pela norma constitucional.

Mesmo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a atuação do Estado na persecução penal ainda tem se pautado pelas diretrizes estabelecidas na Exposição de Motivos do Código de Processo Penal de 1941, o que demonstra a primazia de uma ideologia punitivista sobrepondo-se ao direito do indivíduo, submetido ao processo penal, de se ver processado em conformidade com as garantias que lhe são asseguradas na norma constitucional.

5.3

A Exposição de Motivos do Código de Processo Penal e o Sistema de Nulidades

O contido na Exposição de Motivos do Código de Processo Penal evidencia a nítida visão que imperava na época da elaboração desse diploma legal, a concepção do processo penal, sobretudo, como instrumento de aplicação da lei penal em detrimento de um processo penal viabilizador das garantias do cidadão.

A intenção de atingir-se a finalidade do processo no sentido de aplicação da lei penal é patente na Exposição de Motivos que estabelece como diretriz de atuação dos órgãos jurisdicionais o não apego às formalidades para que se evitem declarações de nulidade, o que, na visão do legislador à época, comprometeria a efetividade da persecução penal:

¹⁹¹Fundamental a atuação do Ministério Público e legitimada a sua atuação na fiscalização da regularidade procedimental como se infere do disposto no artigo 127 da Constituição Federal: “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

(...) O projeto é infenso ao excessivo rigorismo formal, que dá ensejo, atualmente, à infundável série das nulidades processuais. Segundo a justa advertência de ilustre processualista italiano, “um bom direito processual penal deve limitar as sanções de nulidade àquele estrito mínimo que não pode ser abstraído sem lesar legítimos e graves interesses do Estado e dos cidadãos.”¹⁹²

E enfatiza a ideia de que nulidades somente devem ser declaradas se acarretarem prejuízo à acusação ou à defesa, tornando patente que ainda que ocorram não devam ser declaradas a não ser se demonstrado o prejuízo: “O projeto não deixa respiradouro para o frívolo curialismo, que se compraz em espiohar nulidades. É consagrado o princípio geral de que nenhuma nulidade ocorre se não há prejuízo para a acusação ou a defesa”.¹⁹³

A crença na possibilidade de obtenção da verdade real, verdade substancial na linguagem expressa na Exposição de Motivos, constitui balizamento para o não reconhecimento de nulidades ocorridas no curso do procedimento sob o argumento de que ainda que existentes não devam ser declaradas se os atos eivados de algum vício não tiverem exercido qualquer influência na decisão ou na apuração da dita verdade substancial: “Não será declarada a nulidade de nenhum ato processual, quando este não haja influído concretamente na decisão da causa ou na apuração da verdade substancial. Somente em casos excepcionais é declarada insanável a nulidade”¹⁹⁴

A postura idealizada pelo legislador de 1941 em relação à atuação do Estado/Juiz é ainda hoje seguida com desenvoltura e zelo pelos órgãos jurisdicionais no dia a dia forense. Nulidades são declaradas excepcionalmente e enfatiza-se a necessidade da demonstração do prejuízo¹⁹⁵.

5.4

O Papel do Poder Judiciário Como Garantidor do Devido Processo Penal

Os princípios constitucionais do processo penal, juiz natural, promotor natural, devido processo legal, ampla defesa, contraditório, inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, presunção de inocência, publicidade, duplo grau

¹⁹² BRASIL, Presidência da República. Decreto-lei Nº 3.689, DE 3 de outubro de 1941, op. cit.

¹⁹³ BRASIL, Presidência da República. Decreto-lei Nº 3.689, DE 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689.htm>

¹⁹⁴ BRASIL, Presidência da República. Decreto-lei Nº 3.689, DE 3 de outubro de 1941, op. cit.

¹⁹⁵ Tais tipos de decisões fazendo menção à necessidade de prejuízo para a declaração de nulidade poderão ser vistas no anexo2.

de jurisdição e razoável duração do processo são norteadores do processo penal. Constituem garantias dadas ao cidadão de se ver processado com a devida observância destes princípios.

O processo penal deve ser pautado pelo respeito a esses princípios e sendo princípios de ordem pública, porque previstos em nossa Lei Maior, a sua inobservância acarreta um vício de natureza absoluta, devendo ser declarada a nulidade do ato realizado. Se o ato processual for realizado em desobediência a algum princípio constitucional não há que se falar em convalidação do ato, tratando-se de ato defeituoso insanável.

Se o defeito do ato não for referente à inobservância dos princípios constitucionais, tratar-se-á de um defeito sanável e essa nulidade é, portanto, relativa; poderá o ato ser convalidado, se feito na forma adequada.

É o Poder Judiciário¹⁹⁶ que tem a incumbência de zelar para que o processo penal transcorra em obediência a esses princípios e se for constatada a violação de qualquer deles a nulidade deve ser declarada pelo órgão jurisdicional, seja em razão de requerimento das partes ou, mesmo, de ofício.

A nulidade de um ato processual não se evidencia por si só, depende de uma declaração expressa do órgão jurisdicional, que profere sua decisão em razão de provocação da parte ou mesmo porque percebendo o defeito do ato, por si só, declara, de ofício, a nulidade.

Ocorre que apesar dessa possibilidade são evitadas, ao máximo, as declarações de nulidade, mesmo diante de práticas de inobservância aos preceitos de natureza constitucional que, em tese, acarretariam a nulidade absoluta do ato, porque ainda impera a concepção, a lógica repressiva e punitivista do legislador de 1941.

Essa tem sido a prática não somente em primeira instância, mas também nas instâncias superiores, sendo que o próprio princípio da ampla defesa foi abarcado por essa forma de pensar. Tal entendimento se encontra, inclusive, sumulado pelo órgão guardião da Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal, Súmula

¹⁹⁶Também cabe ao Ministério Público zelar pela regularidade do processo penal, devendo arguir nulidades caso ocorram, pois entre suas funções está, justamente, a defesa da ordem jurídica. Dispõe o artigo 127 da Constituição Federal: “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. Lamentavelmente a atuação ministerial deixa a desejar no que se refere à persecução penal, tendo postura omissa e conivente com práticas atentatórias aos direitos e garantias individuais.

nº 523, com o seguinte teor: “No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova do prejuízo para o réu”.

Apesar da existência de um sistema de nulidades, cujo objetivo é justamente assegurar o controle da legalidade dos atos procedimentais e sua fiel observância aos princípios constitucionais, os defeitos/vícios dos atos são constantemente relativizados pelos juízes que atuam em primeira instância e também pelos tribunais superiores, minimizando-se a ideia de prejuízo e desprezando-se, em muitos casos, a formalidade prevista em lei.

Até mesmo o órgão de cúpula do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal, a quem compete a guarda da Constituição Federal, tem flexibilizado e minimizado o respeito aos princípios constitucionais e à forma estabelecida na lei processual penal, de modo a viabilizar a pretensão punitiva estatal, tornando válido o que, tanto em tese quanto na prática, está eivado de vício, comprometendo-se o devido processo penal.

5.4.1 Supremo Tribunal Federal – Guardiã dos Direitos Fundamentais?

Cada caso concreto submetido à apreciação do órgão julgador é por ele valorado no que diz respeito aos fatos levados ao seu conhecimento; primeiramente pela narrativa contida na denúncia ou queixa e, posteriormente, pela produção das provas e argumentos expendidos pelas partes. A valoração do julgador não está adstrita aos fatos e às teses apresentadas, também se realiza em relação às normas que entenda pertinentes e que devam ser aplicadas.

Realiza o julgador, portanto, atividade interpretativa em relação aos fatos e às normas que entenda serem incidentes ao caso submetido a sua apreciação. Pode-se dizer que essa atividade de interpretação das normas realizada pelos órgãos do Poder Judiciário está intimamente relacionada à efetividade do ordenamento jurídico, porque é por meio das decisões proferidas que se concretiza o comando normativo. Como observado por Rubens Casara:

Do resultado alcançado no processo de interpretação judicial, resultam permanências (decisões conservadoras, as mais comuns) ou rupturas (decisões

transformadoras, as mais raras). De fato, a jurisprudência nada mais é do que a própria história se realizando a cada dia, em cada agência judicial.¹⁹⁷

No que diz respeito ao processo penal, como anteriormente explicitado, o ordenamento jurídico está pautado por normas/princípios constitucionais que atuam como vetores se irradiando por todo o sistema normativo e normas de natureza infraconstitucional que devem, em tese, estar em consonância com a Constituição ou, ainda que em dissonância, devem ser interpretadas em conformidade com a Constituição Federal ou serem consideradas não recepcionadas pela Lei Maior.

No processo penal, havendo ofensa à norma constitucional, esta poderá ser levada ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal por meio da ação autônoma de impugnação *Habeas Corpus* ou do Recurso Extraordinário, cabendo a esse órgão proferir decisão admitindo ou não a ofensa arguida.

O que se pretende é demonstrar a incongruência entre as decisões judiciais do órgão de cúpula do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal, e os princípios constitucionais do processo penal. O órgão que, em tese, tem a função de ser o guardião da Constituição da República Federativa do Brasil, vem proferindo continuamente decisões que flexibilizam os princípios processuais penais previstos na Constituição, realizando interpretação em dissonância com o que foi almejado pelo legislador constituinte¹⁹⁸.

Exemplo emblemático dessa flexibilização dos princípios processuais penais é a utilização, ainda nos dias de hoje, da Súmula nº 523 do Supremo Tribunal Federal.

¹⁹⁷ CASARA, Rubens R. R. Interpretação Retrospectiva, Constituição e Processo Penal. Revista da EMERJ, v. 6, n. 2003. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista22/revista22_192.pdf Acesso em 01/07/2016, p. 192

¹⁹⁸ Algumas decisões referentes aos temas trabalhados nos capítulos precedentes poderão ser vistas no anexo 2. Neste capítulo será abordada a utilização da Súmula nº 523 do Supremo Tribunal Federal que deveria ser entendida como não recepcionada pela Constituição Federal e que, lamentavelmente, ainda tem aplicação nos dias atuais Deve ser ressaltado, contudo, que há entendimentos jurisprudenciais e doutrinários contrários à aplicação de tal súmula em razão de sua afronta ao princípio constitucional da ampla defesa.

5.4.1.2 Utilização da Súmula nº 523 do Supremo Tribunal Federal

A Súmula nº 523 do Supremo Tribunal Federal foi publicada em 1969 (DJ de 10/12/69) e tem o seguinte teor: “No processo penal a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova do prejuízo para o réu”.

A base legal para o enunciado se encontra nos artigos 563 e 564, inciso III, alínea “c”, ambos do Código de Processo Penal. O primeiro porque trata do princípio do prejuízo, um dos princípios que rege o sistema de nulidades, informando que nulidades somente devem ser declaradas se houver prejuízo e o segundo porque aponta como hipótese de nulidade a falta de nomeação de defensor ao réu presente, que o não tiver, ou ao ausente.¹⁹⁹A redação do dispositivo legal (art.564, III, “c”, do CPP) é no sentido de que tão somente a falta de nomeação de defensor, acarretando conseqüentemente a falta de defesa, é que constitui nulidade, sem qualquer menção à defesa deficiente.

A aprovação de tal súmula teve por finalidade resolver incidentes do processo relativos às arguições de nulidade decorrentes da deficiência de defesa técnica.

Note-se que o seu enunciado reproduz o que já estava previsto no artigo 564, inciso III, alínea “c”, do Código de Processo Penal, no sentido de que a falta de defesa acarreta a nulidade e somente a falta de defesa, havendo deficiência para que se possa declarar a nulidade, faz-se necessária a demonstração do prejuízo. A exigência de demonstração do prejuízo indica que a deficiência de defesa é tratada como nulidade de natureza relativa, podendo ser convalidada, caso o prejuízo não seja demonstrado.

Tal entendimento esposado na Súmula nº 523 tem sido adotado até os dias atuais, relegando à defesa a um plano de atuação meramente formal. Admite-se, portanto, a defesa deficiente sem que isso constitua mácula ao processo. De modo a finalizar a prestação jurisdicional, evitam-se declarações de nulidade quando a

¹⁹⁹ Consta também no artigo 564, inciso III, alínea “c”, do Código de Processo Penal, que a falta de nomeação de curador ao menor de 21 anos constituiria hipótese a ensejar a nulidade. Ocorre que, atualmente, não há mais necessidade de nomeação de curador ao menor de 21 anos, pois o maior de 18 (dezoito) anos, penalmente imputável, já tem a maioridade civil. (Código Civil de 2002)

defesa é, no entender do órgão julgador, a quem compete a declaração de nulidade, meramente deficiente.

Assim, defesa deficiente não tem o condão de ensejar a nulidade, somente a falta de defesa, em flagrante ofensa ao princípio constitucional da ampla defesa, previsto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, que exige defesa efetiva e não meramente formal. Vejamos alguns julgados:

EMENTA HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. IMPROCEDÊNCIA DA ALEGAÇÃO DE DEFICIÊNCIA TÉCNICA DA DEFESA PRÉVIA APRESENTADA PELO DEFENSOR DATIVO. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO PELOS IMPETRANTES. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 523 DO STF. PRECEDENTES DA CORTE. 1. A alegação de deficiência técnica da defesa prévia apresentada pelo defensor dativo não encontra respaldo nos autos, uma vez que os impetrantes não lograram demonstrar eventual prejuízo causado ao paciente de modo a justificar a concessão da ordem. 2. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que a nulidade por deficiência na defesa do réu só deverá ser declarada se comprovado o efetivo prejuízo. Esse entendimento está, ainda, preconizado na Súmula nº 523/STF, que assim dispõe: "No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu". 3. Habeas corpus denegado. (BRASIL, STF - HC: 97413 SP, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, 2009)

“A alegação de deficiência técnica da defesa prévia apresentada pelo defensor dativo não encontra respaldo nos autos, uma vez que os impetrantes não lograram demonstrar eventual prejuízo causado ao paciente de modo a justificar a concessão da ordem. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que a nulidade por deficiência na defesa do réu só deverá ser declarada se comprovado o efetivo prejuízo. Esse entendimento está, ainda, preconizado na Súmula 523/STF (...).” (BRASIL, STF, HC 97.413, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 24-11-2009, Primeira Turma, DJE de 18-12-2009.) No mesmo sentido: HC 97.245, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 24-8-2010, Primeira Turma, DJE de 8-2- 2011; HC 94.817, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 3-8-2010, Segunda Turma, DJE de 3-9-2010.

Ementa: HABEAS CORPUS. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. INTERROGATÓRIO REALIZADO NO MESMO DIA DA CITAÇÃO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO À DEFESA. PRECEDENTES. RÉU QUE FOI ASSISTIDO DURANTE TODA A INSTRUÇÃO CRIMINAL, APRESENTANDO DEFESA PRÉVIA, PEDIDO DE DILIGÊNCIAS COMPLEMENTARES E ALEGAÇÕES FINAIS. ORDEM DENEGADA. 1. À luz da norma inscrita no art. 563 do CPP e da Súmula 523/STF, a jurisprudência desta Corte firmou o entendimento de que, para o reconhecimento de nulidade dos atos processuais, relativa ou absoluta, exige-se a demonstração do efetivo prejuízo causado à parte (pas de nullité sans grief). Precedentes. 2. A sentença condenatória revela que o paciente apresentou defesa prévia, solicitou diligências complementares e apresentou alegações finais. Esses fatos demonstram que foi assistido, não só no interrogatório, mas durante toda a ação penal, quando teve a oportunidade de utilizar-se de todos os meios de defesa previstos em nossa legislação processual penal, em atendimento aos princípios constitucionais do

contraditório e da ampla defesa. 3. Ordem denegada.(BRASIL, STF - HC: 104648 MG, Relator: Min. Teori Zavascki, 2013)

Os julgados acima expostos permitem inferir que o princípio constitucional da ampla defesa, princípio basilar do processo penal, cuja inobservância, em tese, ensejaria reconhecimento de vício insanável, caso de nulidade absoluta, é relativizado de modo a evitar a declaração de nulidade que somente poderá ser declarada se demonstrado o prejuízo.

A falta de defesa acarreta a nulidade em razão da inobservância do devido processo legal, uma vez que a defesa é garantia constitucional do cidadão submetido ao processo. Ocorre que a Constituição assegura a ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, inciso LV, da CF) e também a lei processual penal assegura que: “Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor” (art. 261 CPP) e esta defesa deve ser efetiva e não meramente formal, de modo que não somente a sua falta, mas igualmente a sua deficiência seria motivo suficiente para o reconhecimento de nulidade. Esclarece Adauto Suannes:

(...) o contrário de defesa ampla é defesa restrita, reduzida, parca, escassa. Se a Constituição Federal exige que a defesa seja ampla, pena de nulidade, tem-se que – a menos que se revoguem os dicionários – uma defesa escassa, parca, reduzida, restrita implicará nulidade do processo. Contrapor amplo a existente é escamotear a garantia constitucional (...) ²⁰⁰

O falacioso discurso do prejuízo e a atribuição da necessidade de sua demonstração pela parte que argui a nulidade possibilitam constantes e graves violações aos direitos assegurados na Constituição Federal sob o aval do próprio Supremo Tribunal Federal por meio da malsinada Súmula nº 523, utilizada como referência e parâmetro nas decisões.

Respaldados pelo artigo 563 do Código de Processo Penal e também pela Súmula nº 523 do Supremo Tribunal Federal, os órgãos jurisdicionais incorporaram em suas práticas que “nenhum ato será declarado nulo, se dá nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”. Os órgãos jurisdicionais deixam de considerar nulidades existentes sob o argumento de que não houve a demonstração do prejuízo.

²⁰⁰ SUANNES, Adauto. Os fundamentos éticos do devido processo penal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, 350

Fundamentam suas decisões no sentido do não reconhecimento da nulidade existente com base no chamado princípio da instrumentalidade das formas, ou seja, se o ato, apesar de não revestido pela forma em lei estabelecida, alcançar a sua finalidade, não há que se falar em prejuízo e, portanto, não há razão para declará-lo nulo.

Esse tipo de raciocínio e fundamentação, amparados pela própria lei processual penal e pela Súmula nº 523 do Supremo Tribunal Federal, permitem violações às normas constitucionais e infraconstitucionais, em flagrante desrespeito ao princípio do devido processo legal. Os vícios existentes são minimizados e, por vezes, desprezados, e não acarretam o reconhecimento da nulidade do ato, tornando-o legitimado para a produção de seus efeitos.

Valoriza-se, sobremaneira, a visão do processo penal como mero meio/instrumento para a realização do Direito Penal. Ocorre que o processo não deve ser visto apenas como o instrumento por meio do qual o Estado exerce a sua pretensão punitiva, mas também como garantia do cidadão. E a forma prevista em lei deve ser entendida como garantia do cidadão de ser processado tal como preconizado pela lei processual penal e com a devida observância aos princípios constitucionais que regem o processo penal.

Pode ser inferido que essa relativização das nulidades é expressão de uma visão utilitária do Poder Judiciário, objetivando a eficiência e a celeridade na prestação jurisdicional. Não declarar nulidades, ainda que existentes, é poder atingir o provimento final e dar a resposta estatal almejada, evitando-se o prolongamento do processo e eventual impunidade. Segundo Aury Lopes Junior:

(...) a relativização implica negação de eficácia aos princípios constitucionais do processo penal. A título de ausência de prejuízo ou atingimento do fim (?), os tribunais brasileiros, diariamente, atropelam direitos e garantias fundamentais com uma postura utilitarista e que esconde, no fundo, uma manipulação discursiva.²⁰¹
²⁰²

²⁰¹ LOPES JR., Aury. Direito processual penal. op. cit. 1171.

²⁰² E continua com sua veemente crítica: “Além da imprecisão em torno do que seja “prejuízo”, há um agravamento no trato da questão no momento em que se exige que a parte prejudicada (geralmente a defesa, por evidente) faça prova dele. Como se faz a prova? Ou ainda o que se entende por prejuízo? Somente a partir disso é que passamos para a dimensão mais problemática: como demonstrá-lo?”

Não é necessário maior esforço para compreender que uma nulidade somente será absoluta se o julgador (juiz ou tribunal) quiser... e esse tipo de incerteza é absolutamente incompatível com o processo penal contemporâneo”. (LOPES JUNIOR, 2014, p. 1171)

Deve ser observado que a Súmula nº 523 do Supremo Tribunal Federal foi editada no ano de 1969, DJ de 10/12/69, em pleno período ditatorial e em consonância com a ideologia que imperava à época, primazia dos interesses do Estado sobre os do indivíduo, de modo a não permitir obstáculos à persecução penal. Atualmente, sua aplicação é incompatível com o almejado pelo legislador constituinte, constituindo ofensa ao princípio constitucional da ampla defesa.

A aplicação da Súmula nº 523, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, é uma demonstração de que as práticas do Supremo Tribunal Federal e dos demais órgãos jurisdicionais na persecução penal se encontram até hoje pautadas por um menosprezo à atuação defensiva e, conseqüentemente, ao direito individual daquele submetido ao processo de ter uma defesa efetiva e não mera aparência de defesa. Os órgãos do Poder Judiciário continuam atrelados ao compromisso da época ditatorial e suas interpretações estão pautadas nesse tempo passado que ainda permanece.

Vale a pena registrar aqui a observação de Rubens Casara quando trata da interpretação retrospectiva:

Por interpretação retrospectiva entende-se a insistência dos operadores jurídicos de “interpretar o texto novo de maneira a que ele não inove nada, mas ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo”. Em outras palavras, através da interpretação tiram-se as perspectivas de transformação que vieram encartadas na nova Constituição. É, antes de tudo, uma interpretação covarde, pois prima pelo medo de rupturas.²⁰³

O processo penal é considerado válido, perfeito e legitimado apenas em sua regularidade formal, sendo constante e reiteradamente justificadas violações ao devido processo legal em subterfúgios discursivos de modo a viabilizar a pretensão punitiva.²⁰⁴

É a Defensoria Pública que se tem apresentado como instituição mais aguerrida no combate a essas práticas em defesa dos direitos dos indivíduos

²⁰³ CASARA, Rubens R. R. *Interpretação Retrospectiva, Constituição e Processo Penal*. op. cit. p. 196.

²⁰⁴ Sem qualquer pretensão de esgotar o tema, foram selecionados julgados do próprio Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais demonstrativos dessa flexibilização/relativização dos princípios constitucionais e de normas da legislação infraconstitucional que atentam contra o devido processo legal. Tais decisões se encontram, classificadas de acordo com as temáticas pertinentes ao trabalho, no anexo 2.

submetidos à persecução penal, possibilitando o acesso à Justiça e o exercício da ampla defesa, promovendo os direitos humanos e atuando em favor do reconhecimento da cidadania, mas a missão é árdua.

6

Acesso à Justiça como expressão da cidadania – O papel da Defensoria Pública

Em conformidade com o previsto em nossa ordem constitucional, o acesso à justiça deve ser considerado simultaneamente como direito e também como garantia, no sentido de que o acesso à justiça deve ser assegurado pelo próprio Estado àqueles que não possuem condições de arcar com os honorários de advogados e custas do processo.

Assim, assume relevância o papel da assistência jurídica integral e gratuita, especificamente, no processo penal, reconhecendo-se a imprescindibilidade da atuação da Defensoria Pública uma vez que grande parte dos que estão sujeitos ao processo penal é a população de baixa renda e sem a prestação do serviço da Defensoria Pública comprometido está o devido processo penal, não se podendo falar em igualdade entre as partes, efetivo contraditório e ampla defesa.

Faz-se também a associação entre o direito e a garantia de acesso à justiça com o exercício da cidadania e com a própria ideia de democracia, reconhecendo que a previsão no texto constitucional da assistência jurídica integral e gratuita como direito fundamental foi um grande passo em favor de uma maior democratização, mas que há ainda um longo caminho a ser percorrido, em razão da distância entre normatividade e efetividade.

6.1

Direito de acesso à justiça – direito fundamental e garantia na Constituição Federal de 1988

A Constituição da República Federativa do Brasil em seu artigo 1º estatui que o Brasil é uma República Federativa formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constituindo-se em Estado Democrático de Direito e tendo como fundamentos: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

Dentre os fundamentos da República Federativa do Brasil a cidadania está intimamente relacionada ao acesso à justiça, entendido como expressão do exercício da cidadania uma vez que sem a possibilidade desse acesso à justiça

muitos dos direitos previstos na Carta Magna sequer poderiam ser efetivados para grande parte da população brasileira.

O conceito de cidadania utilizado transcende o mero aspecto político no sentido do indivíduo como agente da soberania, ao exercer o seu direito de voto escolhendo os representantes do Poder Legislativo e Executivo, ou seja, a ideia de eleição e representação. O conceito de cidadania adotado é aquele que tem um sentido jurídico, o indivíduo como sujeito de direitos.

A própria Constituição Federal recebeu a denominação de Constituição Cidadã justamente porque elenca em seu artigo 5º, uma série de direitos e garantias, podendo ser dito que houve uma preocupação e estabelecimento de uma primazia desses direitos e garantias individuais, que são tratados antes mesmo da organização do Estado.

Certamente a posição topográfica do artigo 5º, no Título II, que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo I, referente aos direitos e deveres individuais e coletivos se deve há uma necessidade, após mais de 20 (vinte) anos de ditadura militar, onde vários direitos individuais foram desrespeitados e, até mesmo, suprimidos, entre eles o próprio direito de voto, de atribuir ênfase aos direitos e garantias individuais como um contraponto à primazia do Estado no período anterior.²⁰⁵

Dentre os direitos elencados no artigo 5º está previsto no inciso XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, o que a doutrina tem chamado de princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário.

Assim, havendo lesão ou simples ameaça a direito é garantido o acesso ao Poder Judiciário que, no exercício da jurisdição, deverá aplicar o direito ao caso concreto que lhe foi levado ao conhecimento por meio da utilização do direito de ação.

Como grande parte dos indivíduos sujeitos à persecução penal não possui condições para arcar com os custos de uma demanda judicial, honorários advocatícios e custas do processo, sem se privar de recursos necessários a sua subsistência, de nada valeria esse direito de acesso à justiça sem que houvesse meios para efetivá-lo.

²⁰⁵ Deve ser ressaltado que a Organização do Estado será tratada, posteriormente, no Título III, da Constituição Federal.

Torna-se, então, imprescindível possibilitar o acesso à assistência jurídica integral e gratuita a fim de que se efetive a almejada igualdade processual. Com o intuito de assegurar a dita igualdade processual, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 elencou entre os direitos fundamentais do indivíduo a assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos, conforme previsto em seu artigo 5º, inciso LXXIV:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
LXXIV – O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.²⁰⁶

A assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos é um direito fundamental e é a sua própria posição topográfica na Constituição Federal que permite fazer tal afirmação, como acima já explicitado.

Não se trata meramente de um direito fundamental dos indivíduos, mas também de um dever imposto ao Estado, pois está expresso que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

A assistência jurídica integral e gratuita é, simultaneamente, um direito fundamental dos indivíduos que não tenham recursos suficientes para o acesso à Justiça e também um dever do Estado, no sentido de que o legislador constituinte impôs ao Estado o dever de prestar tal serviço àqueles que não tenham condições financeiras de arcar com os custos do processo e os honorários advocatícios.

Para efetivar este direito fundamental foi imposto ao Estado o dever da prestação do serviço aos que comprovarem insuficiência de recursos e a assistência jurídica integral e gratuita deve ser prestada, em nosso ordenamento jurídico, pela Defensoria Pública, cuja previsão também se encontra na Constituição Federal no Título IV que trata da Organização dos Poderes, especificamente, no capítulo IV – Das Funções Essenciais à Justiça, na sessão III, que trata da Advocacia e da Defensoria Pública, dispõe o artigo 134 da Constituição Federal:

²⁰⁶ BRASIL, Presidência da República. Constituição da República Federativa do Brasil., op. cit.

A Defensoria Pública é instituição **permanente**, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, **como expressão e instrumento do regime democrático**, fundamentalmente, a orientação jurídica, **a promoção dos direitos humanos** e a defesa, em todos os graus, **judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita**, aos necessitados²⁰⁷, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.^{208 209}

Não seria razoável a previsão de um direito fundamental sem que fossem também previstos os meios para efetivá-lo, pois do contrário não passariam os direitos previstos de meras declarações de intenção, destituídos de efetividade.

Nesse sentido, a importância da assistência jurídica é ressaltada, sendo considerada como principal direito fundamental, pois sem a prestação de tal serviço os demais direitos fundamentais não teriam como ser efetivados para a população de baixa renda, como foi reconhecido por Mauro Cappelletti e Bryant Garth:

De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação.²¹⁰

No mesmo sentido, Boaventura de Souza Santos esclarece que se trata de “um direito cuja denegação acarretaria a de todos os demais. Uma vez destituídos de mecanismos que fizessem impor o seu respeito, os novos direitos sociais e econômicos passariam a meras declarações políticas, de conteúdo e função mistificadores”.²¹¹

A prestação de assistência jurídica integral e gratuita está intimamente associada à ideia de uma ordem jurídica justa, na medida em que possibilita aos hipossuficientes o acesso à justiça. E por esta razão o direito à assistência jurídica

²⁰⁷O conceito de “necessitado” é dado pela Lei 1060/50, ainda em vigor, em seu artigo 2º, parágrafo único: “Considera-se necessitado, para os fins legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família”.

²⁰⁸ BRASIL, Presidência da República. Constituição da República Federativa do Brasil. op. cit.

²⁰⁹O *caput* deste artigo está com nova redação determinada pela Emenda Constitucional n.80/2014 e a parte grifada é o que foi acrescentado no texto pela emenda constitucional. A título de comparação reproduzimos a antiga redação: “A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado incumbendo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus dos necessitados na forma do art. 5º, LXXIV”.

²¹⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Porto Alegre: SergioAntonio Fabris, 1988, p. 11

²¹¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2001, p. 167

integral e gratuita aos que dela necessitam é também considerado uma garantia do indivíduo.

É o constitucionalista José Afonso da Silva que nos auxilia ao informar que “garantias constitucionais consistem nas instituições, determinações e procedimentos mediante os quais a própria Constituição tutela a observância ou, em caso de inobservância, a reintegração dos direitos fundamentais”.²¹²

Segundo o renomado constitucionalista, há dois tipos de garantias constitucionais:

(...) as *garantias constitucionais gerais* que são instituições constitucionais que se inserem no mecanismo de freios e contrapesos dos poderes e assim impedem o arbítrio, consubstanciam salvaguardas de um regime de respeito à pessoa humana em toda a sua dimensão, e as *garantias constitucionais especiais* que são normas constitucionais que conferem aos titulares dos direitos fundamentais, meios, técnicas, instrumentos ou procedimentos para impor o respeito e a exigibilidade de seus direitos.²¹³

Com tal conceituação é possível concluir que a assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos, além de ser considerada direito fundamental, está inserida também dentre as garantias constitucionais especiais, porque, de fato, sem essa atuação do Estado, por meio das Defensorias Públicas, os demais direitos fundamentais não teriam como ser concretizados para grande parte da população brasileira.

É esse dever de atuação positiva do Estado, no sentido de prestar o serviço de assistência jurídica integral e gratuita à população carente que se constitui como garantia do indivíduo a um justo processo, em paridade de condições com o órgão que promove a acusação.

Percebe-se que as garantias constitucionais especiais, dentre elas, a assistência jurídica integral e gratuita, “são técnicas previstas pelo ordenamento para reduzir a distância estrutural entre normatividade e efetividade e, portanto, para possibilitar a máxima eficácia dos direitos fundamentais, em consonância com sua previsão constitucional”²¹⁴

Em sua obra *Assistência Jurídica no Processo Penal – Garantia para a Efetividade do Direito de Defesa*, Berenice Maria Giannella apresenta o

²¹² SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 32.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 188

²¹³ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo, op. cit, p. 188-189

²¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal, op. cit. p. 25

posicionamento de alguns doutrinadores, uns considerando a assistência jurídica integral e gratuita como direito e outros como garantia, e conclui: “(...) muitas vezes, um direito pode ser ao mesmo tempo uma garantia e vice-versa, parece-nos que, também aqui, pode-se dizer que a assistência jurídica tanto é um direito público subjetivo quanto uma garantia”.²¹⁵

E tal direito fundamental e garantia tem contornos próprios no âmbito do processo penal, uma vez que está intimamente associada à ideia de defesa efetiva, de modo a possibilitar que o acusado ofereça resistência à pretensão punitiva do Estado. Mais do que direito ou garantia do acusado, a defesa no processo penal é garantia da própria legitimidade da atuação jurisdicional.

6.2

A assistência jurídica integral e gratuita no processo penal

Dentre os fundamentos da República Federativa do Brasil, elencados no artigo 1º da Constituição Federal, está a cidadania e como observado por José Murilo de Carvalho:

(...) tornou-se costume desdobrar a cidadania em direitos civis, políticos e sociais. O cidadão pleno seria aquele que fosse titular dos três direitos (...). Direitos civis são os direitos fundamentais à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade perante à lei. Eles se desdobram na garantia de ir e vir, de escolher o trabalho, de manifestar o pensamento, de organizar-se, de ter respeitada a inviolabilidade do lar, da correspondência, **de não ser preso a não ser pela autoridade competente e de acordo com as leis, de não ser condenado sem processo legal regular**²¹⁶

Esses direitos civis, de que nos fala José Murilo de Carvalho, “são entendidos como princípios constitucionais gerais e são especificações dos princípios fundamentais, irradiando-se por toda a ordem jurídica (...)”. (BARROSO, 2012, p.175-176). Limitam o poder do Estado, resguardando a liberdade individual.

Dentre esses direitos individuais elencados no artigo 5º da Constituição Federal estão o devido processo legal, expresso no artigo 5º, inciso LIV –

²¹⁵ GIANNELLA, Berenice Maria. Assistência jurídica no processo penal: garantia para efetividade do Direito de defesa. São Paulo: Revista dos tribunais, 2002

²¹⁶ CARVALHO, José Murilo. Cidadania no Brasil. O longo caminho: .Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2014, p. 9 (grifo nosso)

“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal e, ainda, o direito ao contraditório e à ampla defesa, inculpidos no inciso LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Esses dois incisos tratam, respectivamente, dos princípios do devido processo legal e do contraditório e da ampla defesa. A observância desses princípios é imprescindível para que possamos falar em um processo penal justo.

Conhecedor das profundas desigualdades sociais existentes em nosso país, o legislador constituinte estatuiu, igualmente, no artigo 5º, (mais uma vez lembrando, no capítulo referente aos direitos e garantias individuais e coletivos, no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais) o dever do Estado de prestar assistência jurídica integral e gratuita para aqueles que dela necessitarem, tal como expresso no inciso LXXIV.

Foi atribuído ao Estado esse dever e de nada valeria assegurar o direito ao contraditório e à ampla defesa se, em contrapartida, não fosse imposto ao Estado o dever de prestar a assistência jurídica integral e gratuita àqueles que são desprovidos de recursos suficientes para a contratação de advogados.

Não é por outro motivo que a Defensoria Pública é considerada instituição essencial ao exercício da função jurisdicional do Estado e, atualmente, com a nova redação dada pela emenda constitucional nº 80/2014, é reconhecido o seu caráter de instituição permanente, como expresso no artigo 134 da Constituição Federal.

No entanto, apesar da Defensoria Pública ser considerada como função essencial à prestação jurisdicional e ser dever do Estado a prestação de assistência jurídica integral e gratuita para que se possa ter, efetivamente, assegurado o direito de defesa, o Estado brasileiro ainda está longe de alcançar a intenção do legislador constituinte.

Inegavelmente a Defensoria Pública é a instituição que, em tese, viabiliza o acesso à justiça e, de fato, como expresso no mesmo artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal tem-se que nenhuma lesão ou ameaça a direito poderá ser excluída da apreciação do Poder Judiciário. Com acerto argumenta Marjorie Corrêa Marona: “A Defensoria Pública se apresenta, neste contexto, como a

instituição que tem por missão propiciar ao cidadão necessitado, individual ou coletivamente, o acesso à resolução de seus conflitos pela via judicial”²¹⁷

Apesar da constatação da importância do papel a ser desempenhado pela Defensoria Pública em um Estado Democrático de Direito, pois atua de modo a possibilitar que os desprivilegiados, despossuídos e excluídos possam reivindicar seus direitos, sendo agente intermediário na defesa dos interesses individuais ou coletivos da população carente diante do Poder Público, as Defensorias Públicas não estão devidamente estruturadas em todos os estados do país.

E essa falta de estruturação ocorre seja no que diz respeito aos seus quadros, não havendo defensores em número suficiente nas comarcas, seja no que se refere ao instrumental disponibilizado para a adequada prestação dos serviços, salas adequadas para o atendimento ao público, computadores, bibliotecas, etc. Além da diferença no tratamento remuneratório de seus membros, inferior em relação aos membros do Poder Judiciário e do Ministério Público, o que contribui, sobremaneira, para a migração dos defensores rumo a outras carreiras jurídicas, prejudicando a prestação do serviço de assistência jurídica aos necessitados.

Não é outra a constatação de José Murilo de Carvalho ao tratar do tema do acesso à justiça:

O acesso à justiça é limitado à pequena parcela da população. A maioria ou desconhece seus direitos, ou, se os conhece, não tem condições de os fazer valer (...) Os custos dos serviços de um bom advogado estão além da capacidade da grande maioria da população. Apesar de ser dever constitucional do Estado prestar assistência jurídica gratuita aos pobres, os defensores públicos são em número insuficiente para atender à demanda.²¹⁸

Assim temos na Constituição da República Federativa do Brasil o reconhecimento do acesso à justiça como direito fundamental e também como um dever imposto ao próprio Estado no sentido de propiciar aos cidadãos a prestação de assistência jurídica integral e gratuita a ser realizada por meio das Defensorias Públicas, sem que haja o cumprimento desse preceito constitucional, ou seja, o poder público infringe o comando constitucional ao não prestar o serviço.

²¹⁷ MARONA, Marjorie Corrêa. Defensorias Públicas in Dimensões Políticas da Justiça. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2013, p. 351

²¹⁸ CARVALHO, José Murilo. Cidadania no Brasil. O longo caminho, op. cit. p. 214-215

O quadro abaixo é demonstrativo da deficiência na prestação do serviço referente à assistência jurídica integral e gratuita no país, mostrando a defasagem entre as unidades jurisdicionais existentes e aquelas que são providas de Defensoria Pública.

Unidades jurisdicionais atendidas em 2014 pelas Defensorias Públicas Estaduais

UF	Unidades Jurisdicionais atendidas	Unidades Jurisdicionais existentes
AC	53	56
AL	116	218
AM	53	165
AP	-	40
BA	23	731
CE	46	419
DF	14	190
ES	34	257
GO	-	354
MA	32	316
MG	103	852
MS	45	171
MT	64	270
PA	44	432
PB	60	238
PE	111	454
PI	26	-
PR	21	541
RJ	568	568
RN	9	269
RO	17	103
RR	-	45
RS	158	493
SC	24	356

SE	80	116
SP	43	1604
TO	42	120

Fonte: IV Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil – Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário.²¹⁹

A assistência jurídica integral e gratuita não é efetivamente prestada, na medida em que muitas comarcas existentes no país são desprovidas dos serviços da Defensoria Pública.

6.3

A não efetividade da norma referente ao acesso à justiça

Os atos normativos são analisados nos planos da existência, validade e eficácia. Do disposto no artigo 5º incisos LXXIV, da Constituição Federal, temos que a norma existe, é válida e tem eficácia, pois como enfatiza Barroso citando lição do constitucionalista José Afonso da Silva:

Da eficácia jurídica cuidou, superiormente, José Afonso da Silva, para concluir que todas as normas constitucionais a possuem e são aplicáveis nos limites de tal eficácia (...) não há em uma Constituição, cláusula a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular aos seus órgãos.²²⁰

Cabe, contudo, frisar que além dos planos da existência, validade e eficácia, deve ser acrescentado outro o da efetividade e nesse aspecto deve-se entender como efetividade o que alguns autores denominam eficácia social, entendida como sendo a “concretização do comando normativo, a sua força operativa no mundo dos fatos”. (BARROSO, 2012, p.65) Ora, não basta a mera eficácia jurídica faz-se necessária a eficácia social, a efetividade, a real aplicação da norma.

Não há que se falar em devido processo penal sem que seja prestada a assistência jurídica integral e gratuita aos que dela necessitem. A maioria dos indivíduos sujeitos ao processo penal não tem condições de contratar advogados (como é sabido o sistema penal é seletivo/a maior parte da clientela do Direito

²¹⁹Provavelmente houve um equívoco no quadro em relação ao lançamento dos dados do Estado do Piauí (PI), o número 26 deveria constar como unidades jurisdicionais existentes e a marcação - como unidades jurisdicionais atendidas.

²²⁰ BARROSO, Luís Roberto. O Novo Direito Constitucional Brasileiro, op. cit, p. 65

Penal é a população de baixa renda) e sem os serviços da Defensoria Pública não há que se falar em efetiva defesa, prejudicada estará a realização do contraditório e da ampla defesa.

Onde não há os serviços de assistência jurídica integral e gratuita, prestados pela Defensoria Pública, a defesa será patrocinada por advogados nomeados pelo Juízo, sem o necessário comprometimento com a causa e, muitas vezes, sequer com o conhecimento técnico necessário para contrapor-se a pretensão acusatória do Estado.

A defesa não pode ser meramente formal, pois o que está em jogo é o direito de liberdade do indivíduo a quem foi imputada a prática de infração penal. Se a democracia é calcada nos valores igualdade e liberdade, como falar em democracia se não é assegurado no processo penal igualdade entre as partes e tampouco se valoriza o *status libertatis* do indivíduo? Pelo contrário, evidencia-se o desequilíbrio entre as partes e a preponderância e força do Estado se impondo sobre o indivíduo hipossuficiente.

Como observa Diogo Malan, “esses direitos fundamentais (...) transcendem os interesses pessoais do investigado, motivo pelo qual sua tutela igualmente se reveste de inequívoco interesse público, consubstanciado na legalidade da atividade persecutória estatal”.²²¹

A ausência de efetivo acesso à Justiça aliada às práticas autoritárias que norteiam a persecução penal, com constante flexibilização dos princípios processuais penais constitucionais permitem constatar que, para determinados segmentos sociais, estamos ainda bem longe do que se tem chamado de Estado Democrático de Direito.

²²¹ MALAN, Diogo. Defesa Técnica e seus Conseqüências Lógicas na Carta Política de 1988 in Processo Penal e Democracia. Estudos em Homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 171

7 Considerações finais

A tradição dos oprimidos ensina-nos que o ‘estado de exceção’ em que vivemos é a regra. Temos de chegar a um conceito de história que corresponda a essa ideia. Só então se perfilará diante dos nossos olhos, como nossa tarefa, a necessidade de provocar o verdadeiro estado de exceção (...)

Walter Benjamin – O Anjo da História

Grande parte da população na sociedade brasileira é privada de seus direitos; saúde, moradia, educação, trabalho, saneamento, defesa efetiva em processos judiciais, etc. O Estado Democrático de Direito reconhece e assegura direitos, mas não para todos. Para os desprivilegiados, para os oprimidos, na linguagem de Walter Benjamin, se tem a exceção, a não aplicação dos direitos vigentes.

Não são poucos aqueles que têm apenas os direitos da democracia formal, ou seja, uma cidadania meramente política, no sentido do exercício do direito de voto; estão incluídos no ordenamento jurídico com direitos constitucionalmente assegurados, mas não efetivados, são os descartados pelo sistema, aqueles para os quais o direito não tem aplicabilidade, aqueles para os quais, na linguagem de Benjamin, “o estado de exceção é a regra”; fazem parte dos dejetos, das “ruínas”, dos “escombros” criados pelo dito progresso²²².

O estado de exceção de Benjamin convive e está presente de forma permanente nas sociedades democráticas, não havendo, em sua concepção e linguagem, qualquer incompatibilidade entre democracia e barbárie.²²³

Na sociedade brasileira, também estão presentes as dimensões da barbárie (injustiças, desigualdades, opressão, violência, racismo, desrespeito aos direitos individuais, etc). Enfim, na nomenclatura utilizada por Benjamin, tem-se no presente o estado de exceção permanente no sentido de que há violação constante de direitos humanos.

²²² A referência ao “estado de exceção” é relativa a oitava tese de Benjamin sobre o conceito de história. As referências sobre “ruínas”, “escombros” decorrentes do próprio progresso se encontram na IX tese. BENJAMIN, Walter. O anjo da história. São Paulo: Autêntica, 2012.

²²³ Esse pensamento é esposado por Reyes Mate em sua obra Meia-Noite na História – Comentários às teses de Walter Benjamin sobre o conceito de história. Editora Unisinos, 2011.

Trata-se de um estado de exceção permanente que não necessariamente põe em risco a ideia de uma unidade política ou o ordenamento jurídico, pelo contrário, perfeitamente possível a sua coexistência.²²⁴

A suspensão ou mesmo exclusão da incidência das normas está presente, coexiste com a própria vigência do ordenamento jurídico estabelecido. Assim, o estado de exceção de Benjamin contrariamente ao de Carl Schmitt²²⁵ não é originado de uma decisão do soberano, mas é algo já posto.

Constituiu objetivo do presente trabalho o de demonstrar, por meio da análise da persecução penal em nosso país, a permanência de práticas autoritárias na democracia. A não efetivação dos direitos fundamentais, apesar do reconhecimento no texto constitucional, permite constatar a perpetuação dessas práticas em relação aos que estão sujeitos à persecução penal; a população de baixa renda, a grande clientela do direito penal e processual penal em nosso país.

A Constituição da República Federativa do Brasil não se limitou a assegurar os direitos individuais, direitos de primeira geração, mas também elencou direitos sociais, econômicos, culturais, coletivos e difusos, além de prever os mecanismos e instrumentos aptos para a devida proteção e concretização de tais direitos e, entre eles, a previsão da assistência jurídica integral e gratuita.

Se os direitos individuais não encontram dificuldades para serem assegurados uma vez que se realizam mediante uma abstenção, um não fazer por parte do Estado; os direitos sociais, entre eles, o próprio acesso à justiça, não têm, em geral, a mesma sorte, enfrentando dificuldades para serem efetivados, pois dependem da atuação do Estado.

O conceito atual de cidadania identifica-se com o exercício de todas as gerações de direitos humanos que não devem ser entendidas em caráter linear e

²²⁴ Sobre a coexistência do estado de exceção no Estado Democrático de Direito sem risco à unidade política ou ao ordenamento jurídico recomenda-se a leitura da obra *O Risco do Político – Crítica ao Liberalismo e Teoria Política no Pensamento de Carl Schmitt*, de Bernardo Ferreira. Ed. UFMG, ano 2004.

²²⁵ São as seguintes as observações de Giorgio Agamben sobre os conceitos *de exceção* de Carl Schmitt e Walter Benjamin: “(...)Schmitt vê no estado de exceção precisamente o momento em que o Estado e direito mostram sua indiscutível diferença (no estado de exceção “o Estado continua a existir, enquanto o direito desaparece”: Schmitt, 1922,p.39) e pode, assim, fundar no pouvoir constituint a figura extrema do estado de exceção: a ditadura soberana” (AGAMBEN, 2004, p.47/48)

Já o estado de exceção de Benjamin é distinto, não tem sua origem em uma decisão do soberano: “o que hoje temos claramente diante dos olhos, ou seja, que, a partir do momento em que “o estado de exceção” (...) tornou-se a regra (Benjamin, 1942, p.697), ele não só sempre se apresenta muito mais como técnica de governo do que como uma medida excepcional, mas também deixa aparecer sua natureza de paradigma constitutivo da ordem jurídica”. (AGAMBEN, 2004, p.18)

evolutivo, pois se mesclam, se conjugam em dado espaço e tempo. Deve ser considerado cidadão, portanto, aquele que efetivamente é titular de tais direitos:

Tornou-se costume desdobrar a cidadania em direitos civis, políticos e sociais. O cidadão pleno seria aquele que fosse titular dos três direitos. Cidadãos incompletos seriam os que possuísem apenas alguns dos direitos. Os que não se beneficiassem de nenhum dos direitos seriam não cidadãos²²⁶

O conceito de Estado Democrático de Direito supera, então, a ideia de igualdade e participação política, como realização da democracia no seu aspecto meramente formal, representação por meio de eleições e respeito à pluralidade partidária, para abarcar também a real efetividade dos direitos assegurados, como moradia, educação, trabalho, saúde, saneamento, meio ambiente, defesa no processo penal, etc., que possibilitem um maior bem estar aos indivíduos.

A prestação da assistência jurídica integral e gratuita a ser realizada pela atuação da Defensoria Pública é um meio de propiciar a concretização de tais direitos aos menos privilegiados.

No âmbito penal, é de primordial importância a atuação da Defensoria Pública, considerando que a grande parte das pessoas sujeitas ao processo penal é desprovida de condições financeiras para arcar com os honorários advocatícios e custas do processo, necessitando da assistência jurídica integral e gratuita para que possam ter o exercício de uma defesa em paridade de condições com o órgão estatal que promove a ação penal; do contrário, frustrada a realização do princípio do devido processo penal uma vez que não assegurado o contraditório e a ampla defesa de forma efetiva.

Aperfeiçoar nossa democracia é também dar efetividade, aplicabilidade real, às normas previstas em nossa Constituição Federal, sobretudo, àquelas que propiciem um maior respeito e garantia aos direitos assegurados, mas que para grande parte da população somente podem ser efetivados se houver a prestação da assistência jurídica integral e gratuita a ser realizada por meio da atuação da Defensoria Pública.

O não cumprimento desse dever por parte do Estado não constitui, contudo, o único óbice à efetivação da ampla defesa. A própria atuação dos órgãos jurisdicionais contribui para tornar inócua a garantia constitucional de um justo

²²⁶ CARVALHO, José Murilo. Cidadania no Brasil. O longo caminho, op. cit, p. 15

processo penal. A ampla defesa também estará comprometida no curso do processo se a postura dos órgãos judiciais for de complacência com as deficiências da defesa técnica e o interesse se pautar pela finalização do processo a qualquer custo ainda que em detrimento do respeito às garantias individuais.

Como enfatizado por Geraldo Prado, “verifica-se o divórcio entre os enunciados constitucionais e as práticas rotineiras. Ergue-se uma barreira simbólica, porém fortíssima, contra a força normativa da constituição (...)”²²⁷

Ainda que sejam introduzidas alterações no Código de Processo Penal, como foi realizado pela reforma de 2008, com o objetivo de melhor adequar as normas processuais penais aos princípios constitucionais, tal intento não terá grande valia se persistir esse divórcio entre as práticas e os princípios constitucionais e não for conferido aos acusados o acesso a um serviço de assistência jurídica integral e gratuita de qualidade a ser prestado pela Defensoria Pública.

Deve ser ressaltado que tal assistência não se limita somente ao ingresso em juízo, mas também inclui orientação jurídica independentemente de demandas judiciais, fazendo com que tal instituição contribua, até mesmo, para propiciar o conhecimento dos direitos e expor os meios adequados para a sua efetivação.

Não há como considerar, a República Federativa do Brasil um Estado Democrático de Direito diante da precariedade da efetivação dos direitos estabelecidos e, entre eles, o direito de defesa no processo penal.

Considerando-se os princípios processuais penais previstos no texto constitucional, o processo penal seria, em tese, garantista, mas as práticas revelam a primazia da pretensão punitiva do Estado frente ao indivíduo a quem é imputada a prática de uma infração penal.

A falta de observância do princípio da ampla defesa no processo penal situa o nosso modelo de Estado mais próximo ao eficientismo²²⁸ penal do que ao garantismo²²⁹ constitucional, contribuindo para a legitimação e produção, por meio do processo, da exclusão da cidadania a uma grande parcela da população.

²²⁸ Expressão utilizada por João Ricardo W. Dornelles no “Conflito e segurança: entre pombos e falcões.” (2008. p. 5)

²²⁹ Expressão utilizada por João Ricardo W. Dornelles no “Conflito e segurança: entre pombos e falcões.” (2008. p. 5)

Há mais eficiência do Direito Penal e menos observância aos direitos individuais e sociais. Contrariamente à imagem criada da impunidade prevalece a repressão e o caráter punitivo em relação a alguns segmentos sociais e se pode constatar a presença na dita democracia de formas autoritárias no exercício do poder punitivo. “Resta algo da ditadura em nossa democracia que surge na forma do estado de exceção e expõe uma indistinção entre o democrático e o autoritário no Estado de Direito”²³⁰

O Estado é eficiente na persecução penal em relação aos menos favorecidos; são tratados como o “inimigo social” e a eles se impõe um processo sem qualquer paridade de armas; cujo fim, desde o início previsto, é o extermínio, no sentido de extirpar do meio social aqueles que por ele já se encontram subjugados. Um extermínio constante e que se retroalimenta.

(...) a sociedade elimina enviando para a prisão pessoas que a prisão quebra, esmaga, elimina fisicamente; uma vez quebradas essas pessoas, a prisão as elimina libertando-as, reenviando-as à sociedade; nesta sua vida na prisão, o tratamento que sofreram, o estado no qual saíram, tudo concorre industriosamente para que, de modo infalível, a sociedade os elimine de novo, reenviando-os para a prisão, à qual etc... Attica é uma máquina de eliminar, uma espécie de enorme estômago, um rim que consome, destrói, tritura e depois rejeita, e que consome a fim de eliminar o que já foi eliminado.²³¹

As ideias de ressocialização, reeducação, recuperação e disciplina para o trabalho, que se apresentavam como funções da punição nos estabelecimentos prisionais, não tiveram sucesso e, pelo contrário, na exposição do pensamento do próprio Foucault as prisões revelaram, desde o início, o seu fracasso.²³²

O processo penal, tal como se estrutura em suas práticas, tem se mostrado como instrumento eficaz para excluir, para eliminar, para extirpar do meio social aqueles que estão “sobrando”. E sobre a exclusão de vastos segmentos sociais, decorrentes de modelos econômicos adotados no mundo capitalista, geradores de desigualdade social, a crítica de Zygmunt Bauman é contundente:

(...) desde o início, a modernidade produziu “gente supérflua” – no sentido de que é inútil, de que suas capacidades produtivas não podem ser exploradas de maneira

²³⁰ TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (orgs.). O que resta da ditadura: a exceção brasileira, op. cit, p. 316

²³¹ FOUCAULT, Michel. Ditos e escrito, vol4: estratégia, poder-saber. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012, p. 130

²³² A menção ao fracasso da prisão se encontra na obra de Michel Foucault, Vigiar e Punir. (Foucault, 2014, p.259)

profícua. Para falar de forma mais brutal, sem meios-termos, para as “pessoas de bem”, seria melhor que essas outras pessoas desaparecessem de vez (...). A construção de uma ordem leva sempre à liquidação dos supérfluos, pois – se querem que as coisas estejam em ordem, se querem substituir a situação atual por uma ordem nova, melhor e mais racional – vocês acabarão por descobrir que certas pessoas não podem fazer parte dela, e, portanto, é preciso excluí-las, cortá-las.²³³

²³⁴

O processo penal tem sido o instrumento legal para legitimar, em nome da segurança das “pessoas de bem”, a exclusão que o precede, um verdadeiro massacre ao “inimigo social”. Revela-se o caráter ubuesco, grotesco, cruel do aparato de poder punitivo.

(...) Onde estava o juiz que ele jamais havia visto? Onde estava o tribunal ao qual ela jamais havia chegado? Ele levantou a mão e esticou todos os dedos. Mas as mãos de um dos senhores se colocaram à garganta de K., enquanto o outro cravava a faca profundamente em seu coração, virando-a duas vezes. Com olhos esbugalhados, K. ainda viu como os dois senhores, próximos a seu rosto, apoiados face a face observavam a decisão.- Como um cão! – ele disse. Era como se a vergonha devesse sobreviver a ele.²³⁵

A persistir a falta de observância aos preceitos constitucionais, a mentalidade punitiva dos órgãos que atuam na persecução penal, Polícia Judiciária (Federal e Civil), Ministério Público e Poder Judiciário (muita mais voltada para uma ideia de segurança pública do que para a garantia de direitos individuais) e a ausência de efetiva defesa, indivíduos permanecerão com o seu *status* de “não cidadãos” esmagados antes, durante e após o processo penal.

Uma melhor estruturação das Defensorias Públicas nos Estados poderá contribuir para propiciar uma maior democratização em nosso país e como nos diz Marona: “(...) o fortalecimento das instituições que compõem o sistema judiciário e, em especial, da Defensoria Pública, é sem dúvida uma diretriz fundamental a ser inscrita em qualquer agenda política comprometida com a promoção e a democratização do acesso à Justiça”²³⁶

Não se crê, ingenuamente, que a implementação das Defensorias Públicas em todas as comarcas do país e sua melhor estruturação seja a solução, mas tão

²³³ BAUMAN, Zygmunt. Confiança e medo na cidade. Rio de Janeiro: Zahar Editôres, 2009, p. 80

²³⁴ Transcrição de trecho da conferência proferida por Zygmunt Bauman no Congresso Confiança e Medo na Cidade, na cidade de Milão, em março de 2004.

²³⁵ KAFKA, Franz. O Processo. Porto Alegre: L&PM. 2016, 2007, 261-262.

²³⁶ MARONA, Marjorie Corrêa. Defensorias Públicas in Dimensões Políticas da Justiça, op. cit. p. 352

somente que possam contribuir para a inibição de práticas autoritárias na medida em que se trata de profissionais com conhecimento técnico-jurídico capazes de fazer frente à pretensão estatal de punir.

Ainda que a vulnerabilidade seja uma constante na vida de grande parte daqueles que estão sujeitos à persecução penal que, no curso do processo, possam estar, ao menos, assistidos por um defensor de direitos. Papel que, em um processo penal justo, também deve ser desempenhado pelos membros do Ministério Público e do Poder Judiciário.

8

Referências bibliográficas

AGAMBEN, Giorgio. Estado de exceção. 2º ed. São Paulo: Boitempo, 2004, 142 p. (Estado de sítio)

_____. Meios sem fim: notas sobre a política. Belo Horizonte: Autêntica, 2015, 135 p.

_____. O poder soberano e a vida nua I. Belo Horizonte: UFMG, 2004.

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. A contrariedade na instrução criminal. São Paulo: Saraiva, 1993

ALMEIDA, Thiago Martins de. Acesso à justiça penal no estado democrático de Direito: a ampla defesa como meio de igualdade entre partes (Dissertação de Mestrado) Puc-Rio, 2008

ALVES, Cleber Francisco. A estruturação dos serviços de assistência jurídica nos Estados Unidos, na França e no Brasil e sua contribuição para garantir a igualdade de todos no acesso à justiça. (tese de doutorado) Rio de Janeiro: Puc-Rio, 2005

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Sistema penal Maximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. Horizonte de projeção do controle penal no capitalismo globalizado neoliberal, 2016.

ANNONI, Danielle. O Direito humano de acesso à justiça no Brasil. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris. 2008.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: 14ª ed. Malheiros Editora Ltda, 2013.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righilvahy. Correlação entre acusação e sentença. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 301 p

BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito pena. 3.ed.. Rio de Janeiro: Revan, 2002. 254 p.

BARROS, Marco Antonio de. A busca da verdade no processo penal. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, 395 p.

BARROSO, Luís Roberto. O Novo Direito Constitucional Brasileiro. Contribuições Para A Construção Teórica e Prática Da Jurisdição Constitucional no Brasil, Belo Horizonte: Editora Forum, 2012.

BASTOS, CELSO RIBEIRO. Curso de direito constitucional. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1989

BATISTA, Nilo. “Mídia e Sistema Penal no capitalismo tardio”. Discursos Sediciosos, Rio de Janeiro, Revan, 2002

_____. “Política criminal com derramamento de sangue” Discursos Sediciosos, Rio de Janeiro, Revan, 2011.

BATISTA, Vera Malaguti. Introdução crítica à criminologia brasileira. Rio de Janeiro: Revan, 2011

_____. O tribunal de drogas e o tigre de papel. Ensaios Jurídicos. Disponível em: <https://ensaiosjuridicos.wordpress.com/2013/03/27/o-tribunal-de-drogas-e-o-tigre-de-papel-vera-malaguti-batista/> Acessado em: 15/07/2016

_____. O Medo na Cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história. Rio de Janeiro: Rivan, 2003.

_____. Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de Hoje. Rio de Janeiro: Revan, 1990. 191 p

_____. Comunidade: a busca por segurança no mundo atual. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003. 141 p

BAUMAN, Zygmunt. Confiança e medo na cidade. Rio de Janeiro: Zahar Editôres, 2009. 94 p.

_____. Globalização: As conseqüências humanas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2006

_____. Medo líquido. Rio de Janeiro: Zahar Editôres, 2008. 239p

_____. Vidas desperdiçadas. Rio de Janeiro: Zahar Editôres, 2005. 173 p.

BECKER, Gary. Human capital: a theoretical and empirical analysis. Chicago, University of Chicago Press.

_____. Crime and punishment: an economic approach. The Journal of political economy 76. Disponível em: <<https://dx.doi.org/10.1086/F259394>>

BECKER, Howard. Los extraños, sociología de ladesviación. Buenos Aires: Tiempo contemporâneo.

BENJAMIN, Walter. O anjo da história. Belo Horizonte: Autêntica, 2012, 261 p.

BEZERRA, Paulo Cesar Santos. Acesso à justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, 285 p.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992. 217 p

BRASIL, Presidencia da República. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>

BRASIL, Presidencia da República. Decreto-lei Nº 3.689, DE 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>

BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/STJ>> acesso: 06/08/2016.

BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>> Acesso: 05/08/2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2013. 2380 p.

CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal . 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 893 p.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Porto Alegre: SergioAntonio Fabris, 1988. 168 p.

_____. Juízes legisladores? . Porto Alegre: SergioAntonio Fabris, 1999. 134 p.

CARVALHO, José Murilo. Cidadania no Brasil. O longo caminho: .Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2014.

CASARA, Rubens R. R. Interpretação Retrospectiva, Constituição e Processo Penal. Revista da EMERJ, v. 6, n. 2003. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista22/revista22_192.pdf Acesso em 01/07/2016

CERQUEIRA, Carlos Magno Nazareth. Política de segurança pública para um Estado de Direito democrático chamado Brasil, in Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade, Rio de Janeiro: Instituto carioca de criminologia, n.º 2, 1996

CERQUEIRA, Carlos Magno Nazareth, DORNELLES, J.R.W. A política e os Direitos humanos. Rio de Janeiro: Instituto carioca de criminologia: Fundação ford: Freitas Bastos editora, 1998

CESAR, Alexandre. Acesso à justiça e cidadania. Cuiabá: UFMT, 2002.

CHIRIO, Maud. A política nos quartéis: revoltas e protestos de oficiais na ditadura militar brasileira. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

Cidadania, um projeto em construção: minorias, justiça e Direitos. André Botelho, Lilia Moritz Schawarcz (orgs). São Paulo: Claro Enigma, 2012, 147 p

CHOUKR, Fauzi Hassan. Garantias constitucionais na investigação criminal.2.ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. 313p

COSTA, PAULA BAJER FERNADES MARTINS DA. Igualdade no direito processual penal brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. 150 p.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo Juiz no Processo Penal. Empório do Direito. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/o-papel-do-novo-juiz-no-processo-penal-por-jacinto-nelson-de-miranda-coutinho/>> Acesso> 01/07/2016.

_____. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. In O novo processo penal à luz da Constituição. Jacinto Nelson de Miranda Coutinha, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho (orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CUNHA, J. R. Direitos humanos numa perspectiva pós-moderna?, in: Direitos humanos, democracia e senso de justiça. Rio de Janeiro: Fundação Bento Rubião Litteris: Kroart, 1999.

DAHAL, Robert A. Sobre a Democracia. Tradução Beatriz Sidon. Brasília: Editora UNB, 2001.

Diagnóstico da Defensoria Pública, IV. (orgs) Gabriella Oliveira Gonçalves Lany Cristina Silva. Brasília: Ministério da Justiça, 2015.

DORNELLES, João Ricardo W. Conflito e segurança. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2ª ed. 2008, 222 p.

_____. O que é crime. São Paulo: Brasiliense, 1988. 149 p

FAZZALARI, Elio. Instituições de Direito Processual. Campinas: Bookseller, 2006.

FALBO, Ricardo Nery. Cidadania e violência no judiciário brasileiro: uma análise da liberdade individual. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris editor, 2002

FEITOZA, Denilson. Direito processual penal: teoria, crítica e práxis. 5. ed. Niterói: Impetus, 2008. 1023 p.

FERNANDES, Antônio Scarance. Processo Penal Constitucional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

FERRAJOLI, LUIGI. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. 925 p.

FERREIRA, Bernardo. O risco do político: crítica ao liberalismo e teoria política no pensamento de Carl Schmitt. Belo Horizonte: UFMG, 2004

FILORDI, Alexandre. Do gozo Ubu ao gozo degenerado: a afirmação de sexualidades heréticas a partir de Foucault. IHU Online. Disponível em: <http://www.ihuonline.unisinos.br/index.php?option=com_content&view=article&id=3341&secao=335> Acesso: 22/07/2016.

FOUCAULT, Michel. Ditos e escrito, vol4: estratégia, poder-saber. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012

_____. A sociedade punitiva. São Paulo: Martins Fontes, 2015. 344 p.

_____. Os anormais. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

_____. A verdade e as formas jurídicas. Rio de Janeiro: Nau, 2013, 151 p.

_____. Microfísica do poder. 19.ed.. Rio de Janeiro: Graal, 2004. 295p.

_____. Repensar a política: organização e seleção de textos. Rio de Janeiro? Forense Universitária, 2013

_____. Segurança, penalidade, prisão: organização e seleção de textos. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2012

_____. Vigiar e punir: nascimento da prisão. 39 ed. Petrópolis: Vozes, 2011. 291 p

_____. Wrong-doing, truth-telling. The function of avowal in justice, University of Chicago Press, 2014

_____. A sociedade punitiva. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

_____. Mal faire, direvrai. La fonction de l'aveu em justice (louvain 1981 lectures) PressesUniversitaires de Louvain, 2012

GALLIEZ, Paulo. A defensoria pública: o Estado e a cidadania. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. Princípios institucionais da defensoria pública. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, 179 p.

GARAPON, Antoine. O juiz e a democracia : o guardião das promessas . 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999. 270 p

GARDIA, Nancy. Direitos humanos: ausência de cidadania e exclusão moral, in Princípios de justiça e paz. São Paulo: Comissão de Justiça e Paz, 1995

GIACOMOLLI, Nereu José. O devido processo penal: abordagens conforme a Constituição Federal e o pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014, 406 p.

GIANNELLA, Berenice Maria. Assistência jurídica no processo penal: garantia para efetividade do Direito de defesa. São Paulo: Revista dos tribunais, 2002, 221 p.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Processo Penal Pós-acusatório? ressignificações do Autoritarismo no Processo Penal . Revista da EMERJ, v. 18, n. 67, p. 378. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista67/revista67_378.pdf> Acesso: 10/06/2016

GOFFREDO, Gustavo Senechal de et al. Direitos humanos: um debate necessário. V. 2. São Paulo: Brasiliense, 2008, 146 p.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance; GRINOVER, Ada Pellegrini. As nulidades no processo penal. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 300 p

GOES, Silvana Batini Cesar. Brazilian criminal policy in the democratic context: views of a crisis. (Tese de Doutorado). PUC-RIO, 2012. Disponível em: < http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/Busca_etds.php?strSecao=resultado&nrSeq=19351@2> Acesso: 13/09/2016

GÓMEZ, José Maria. Direitos Humanos, Desenvolvimento e Democracia na América Latina. Revista Praia Vermelha (UFRJ), N° 11, 2005.

_____. Política e democracia em tempos de globalização. Petrópolis: Vozes: Buenos Aires: Clacso: Rio de Janeiro: LPP – Laboratório de Políticas Públicas, 2000

GOMÉZ, José María. Direitos Humanos e Redemocratização no Cone Sul. In *Um debate necessário*, 2º ed. Brasília: Brasiliense, 1988

HABERMAS, Jurgen. The concept of human dignity and the realistic utopia of human rights. *Metaphilosophy*, v. 41, n. 4, July, 2010.

HASSEMER, Winfried. *Direito penal libertário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. 244 p

HELD, David. *Modelos de Democracia*. Tradução Teresa Albero. Madrid: Editora Alianza Editorial, 2001.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil*. São Paulo: Martins Fontes, 2014. 489p

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Ed. 34, 2013, 291 p.

HUDSON, Barbara. Direitos humanos e "novo constitucionalismo": princípios de justiça para sociedades divididas. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin *et al* (coord.). *Direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007

L'illusion de l'ordre: incivilitésetviolencesurbanines: tolérance zero? Éditionsdescartes, 2006

The Illusion of free markets: punishment and the myth of natural order, Harvard University Press, 2011

Illusion of order: the false promise of Broken windows policing, Harvard University, 2001

JAKOBS, Gunther, MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2012.

JUNKES, Sérgio Luiz. *Defensoria pública e o princípio da justiça social*. Curitiba: Jurua, 2008

Justiça, cidadania e democracia. Roberto Livianu (coord). São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2006

KAFKA, Franz. *O Processo*. São Paulo: Martin Claret, 2007. 259 p.

_____. *O processo*. Porto Alegre: L&PM, 2016.

KARAM, Maria Lúcia. De crimes, penas e fantasias. Rio de Janeiro: Luam, 1991.

_____. Para conter e superar a expansão do poder punitivo. Belo Horizonte: Revista Veredas do Direito v. 3, n. 5, janeiro, 2006.

_____. Segurança pública e processo de democratização. In crime, direito e sociedade, Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia / Freitas Bastos, nº 5 e 6, 1998

_____. A esquerda punitiva. In Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade, Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia / RelumeDamará, nº 1, 1996.

_____. Punição nas sociedades pós-modernas. Ensaio jurídicos. Disponível em: <https://ensaiosjuridicos.wordpress.com/2013/04/01/punicao-nas-sociedades-pos-modernas-maria-lucia-karam/>. Acesso: 16/06/2016

KEANE, John. Vida e Morte da Democracia. Tradução Clara Colotto. São Paulo: Editora Edições 70, 2010.

KELLING, George, COLES, Catherine. Fixing Broken Windows, restoring order and reducing crime in our communities, New York: the Free Press, 1996

LAGUARDIA, Jorge Mario García et al. Acesso à justiça e cidadania. São Paulo: Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung, 2000. 118 p.

LIMA, Ana Eliza Medeiros Vasconcelos; CALDAS NETO, Magda de. A defensoria pública na visão dos atores envolvidos na justiça comum em Pernambuco. Recife: Massangana, 2007, 83 p.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal. Niteroi: Impetus, 2 ed., v. 1, 2012, 1551 p.

LIMA, Renato Sérgio de. Crime, polícia e justiça no Brasil. São Paulo: Contexto, 2014

LIMA, Roberto Kant de. Ensaio de antropologia de Direito: acesso à justiça e processos institucionais de administração de conflitos e produção

da verdade jurídica em uma perspectiva comparada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008

LEFORT, Claude. A invenção democrática: os limites do totalitarismo, São Paulo: Brasiliense.

LOPES JR., Aury. Direito processual penal. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 1402 p.

_____. Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. 313 p

_____; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Investigação preliminar no processo penal. São Paulo: Saraiva, 2014, 552 p.

MALAN, Diogo. Defesa Técnica e seus Consectários Lógicos na Carta Política de 1988 in Processo Penal e Democracia. Estudos em Homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. Assistência jurídica, assistência judiciária e justiça gratuita. Rio de Janeiro: Forense, 2001, 146 p.

MARONA, Marjorie Corrêa. Defensorias Públicas in Dimensões Políticas da Justiça. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2013.

MARSHALL, T.H. Cidadania, classe social e status. Rio de Janeiro, Editora Zahar, 1967.

MATE, Reyes. Meia-noite na história: comentários às teses de Walter Benjamin “sobre o conceito de história”. São Leopoldo: Unisinos. 2011, 435 p.

MEDEIROS, Marcelo; SOUZA, Pedro H. G Ferreira de; CASTRO, Fábio Avila de. O Topo Da Distribuição De Renda No Brasil: Primeiras Estimativas Com Dados Tributários E Comparação Com Pesquisas Domiciliares, 2006-2012. Disponível

em:<http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2479685>

Acesso: 05/07/2016.

MENDES, André Pacheco Teixeira. Por que o legislador quer aumentar penas? Populismo penal legislativo na Câmara dos Deputados Análise das justificativas das proposições legislativas no período de 2006 a 2014.

(Tese de Doutorado). PUC-RIO, 2015. Disponível em:<<http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/26913/26913.PDF>>

Acesso: 13/09/2016.

MÉNDEZ, Juan E., O'DONNELL, G, PINHEIRO, P. S. Democracia, violência e injustiça: o não-Estado de Direito na América Latina. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

MINAS GERAIS, TJ. Disponível em <http://www.tjmg.jus.br/portal/>. Acesso: 04/08/2016.

MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. 7.ed.. São Paulo: Atlas, 2011.

MORAES, David. A criminalidade urbana no Rio de Janeiro: uma abordagem espaço-temporal. In Arché interdisciplinar, Rio de Janeiro: Faculdades integradas Cândido Mendes, Ipanema, n.º 19, 1998

NASCIMENTO. Elimar Pinheiro. Globalização e exclusão social: fenômenos de uma nova crise da modernidade?,in Desafios da globalização. Petrópolis: Vozes, 1998

NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do. Lealdade processual: elemento da garantia de ampla defesa em um processo penal democrático. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012

NIETZSCHE, Friedrich. Genealogia da moral. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, 169 p.

_____. Genealogia da moral: uma introdução. São Paulo: Madras, 2010, 304 p.

NÓBREGA JR. José Maria Pereira da. A semidemocracia brasileira: autoritarismo ou democracia? Sociologias. Porto Alegre, ano 12, n. 23, jan./abril. 2010, p. 74-141

NUCCI, Guilherme de Souza; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Doutrinas essenciais: processo penal: sentença, prescrição, nulidades e recursos. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 5. 2012. 1343 p.

_____. Doutrinas essenciais: processo penal: processo em geral 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 3. 2012. 1406 p.

O DONNEL,Guilhermo. Democracia, agência e estado. Teoria com intenção comparativa. Tradução Vera Joscelyne. São Paulo: Editora Paz e Terra Ltda, 2011.

_____. Estado, democratização e alguns problemas conceituais, in Novos estudos Cebrap, São Paulo:, n.º36, julho, 1993.

_____. Poliarquias e a (in)efetividade da lei na América Latina: uma conclusão parcial, in Méndez, Juan E. O'Donnell, Guillermino, Pnheiro, Paulo Sérgio, Democracia, Violência e injustiça: o Não-Estado de direito na América Latina, São Paulo: Paz e Terra, 2000.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. 237 p

_____, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 16.ed.. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. 979 p

PASTANA, Débora. Justiça penal autoritária e consolidação do Estado punitivo no Brasil. Revista de Sociologia e política, v. 17, n. 32, p. 121-138, fev. 2009

PASSOS, Izabel C. Friche (org.). Poder, normalização e violência. 2º ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2013, 159 p.

PINHEIRO, Paulo Sérgio. Estado e terror, in Bignotto et al. Ética, São Paulo: Companhia das Letras, 1992

_____. O Estado de direito e os não-privilegiados na América Latina, in Méndez, J. E. O'Donnell, G e Pinheiro P. S. Democracia, violência e injustiça: o Não-Estado de Direito na América Latina: São Paulo: Paz e Terra, 2000

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012.

PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

PRADO, Geraldo, MALAN, Diogo (orgs.). Autoritarismo e processo penal brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2015.

PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas (org.). Acesso à justiça: efetividade do processo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

PRADO, Geraldo, MALAN, Diogo (orgs.). Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, 598 p.

_____. Crônica da reforma do Código de Processo Penal Brasileiro que se inscreve na disputa política pelo sentido e função da justiça criminal. In: O novo processo penal à luz da Constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves. Persecução Penal Democrática. Belo Horizonte: ESDHC, 2010. 190 p.

ROUANET, Sérgio Paulo. Mal-estar na modernidade. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

ROUSSEAU, Jean-jacques. Do contrato social: princípios do direito político. Porto Alegre: Abril, 1973. 440 p.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. Punição e estrutura social. Tradução de Gizlene Neder. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SACRISTÁN, Manuel. Antologia. México: SigloVeintiuno, 1977

SADEK, Maria Tereza (org.). Acesso à justiça.. São Paulo: Konrad Adenauer, 2001

SÁNCHEZ, JESUS-MARÍA SILVA. A expansão do direito penal : aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 151p

SANTIAGO NETO, José de Assis. Estado democrático de direito e processo penal acusatório: a participação dos sujeitos no centro do palco processual. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2012, 240 p.

SANTOS, Boaventura de Sousa.. Direitos humanos, democracia e desenvolvimento. São Paulo: Cortez, 2013, 133 p.

_____. Para uma revolução democrática da justiça. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011. 135 p.

_____. Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2001

_____. Se Deus fosse um ativista dos direitos humanos. 2. ed. Santos: Cortez, 2014. 174 p.

SANTOS, José Vicente Tavares dos. Violência em tempo de globalização. São Paulo: Hucitec, 1999.

SANTOS. Juarez Cirino dos. As raízes do crime: um estudo sobre as estruturas e as instituições da violência. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

SCHMITT, Ricardo Augusto. Princípios Penais Constitucionais: direito e processo penal á luz da Constituição Federal. Bahia: Del Rey, 2007. 545 p

SEMER, Marcelo. Direito penal e Direitos humanos: uma história de paradigmas e paradoxos. Revista Brasileira de Ciências Criminas. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 15, n. 69. 2007.

SENTO-SÉ, João Trajano. Imagens da ordem, vertigens do caos. O debate sobre as políticas de segurança pública no Rio de Janeiro nos anos 80 e 90, in Arché Interdisciplinar, Rio de Janeiro: Faculdades integradas Cândido Mendes – Ipanema, n.º 19, 1998.

SILVA, João Fernando Vieira da. Acesso à justiça: reflexões e propostas à luz de contextos nacionais (Portugal e Brasil) e local (Leopoldina, Minas Gerais).(dissertação de mestrado). Rio de Janeiro, CCS, 2006, 263.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 32.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOARES, Luiz Eduardo. Violência e política no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: ISER/RelumeDumará, 1996

STRECK, Lênio Luiz. Violência, criminalidade, segurança pública e a modernidade tardia no Brasil, in SANTOS, J. V. T. dos. Violência em tempo de globalização, São Paulo: Hucitec, 1999.

STRUCHINER, Noel, Shecaira, Fábio P. Teoria da argumentação jurídica. Rio de Janeiro: Editora Puc-Rio, 2016.

SUANNES, Aduato. Os fundamentos éticos do devido processo penal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 416 p

_____ Uma interpretação do Brasil para contextualizar a violência, in Pereira, Carlos Alberto Messederet al. Linguagens da violência, Rio de Janeiro: Rocco, 2000

SULOCKI, Victoria-Amália de Barros, Carvalho Gozadawa. Museu de novidades: discursos da ideologia da defesa social nas decisões judiciais neste início de século XXI. (Tese de Doutorado). Rio de Janeiro: PUC-RIO, 2010

TAVARES, Juarez. A crescente legislação penal e os discursos de emergência, in Discursos sediosos: crime, direito e sociedade, Rio de Janeiro: Instituto Carioca de criminologia/Freitas Bastos, nº 4, 1997

TEIXEIRA, Clyssia Regiane de Oliveira. Acesso à justiça: uma questão de cidadania. (dissertação de mestrado). Rio de Janeiro: CCS, 2011, 126.

TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (orgs.). O que resta da ditadura: a exceção brasileira. São Paulo: Boitempo, 2010, 350 p

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de processo penal. 15 ed.. São Paulo: Saraiva, 2012. 1033 p

TUCCI, Rogério Lauria. Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VELHO, Gilberto, ALVITO, Marcos. Cidadania e violência. Rio de Janeiro: UFRJ: editora FGV, 1996

VIEIRA, José Ribas. O autoritarismo e a ordem constitucional no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 1988, 106 p.

WACQUANT, Loic. As prisões da miséria. Rio de Janeiro: Zahar Editôres, 2001. 174p

_____ As duas faces do gueto. São Paulo: Boitempo, 2008. 156 p..

_____. Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos(a onda punitiva). 3 ed.. Rio de Janeiro: Revan, 2007. 474p

_____LasCárceles de la miséria. Buenos Aires: EdicionesManatial, 2000

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

_____O Inimigo no direito penal.2 ed.. Rio de Janeiro: Revan, 2007. 222 p

Anexo 1

Esse anexo é referente ao capítulo 2 - Ampla Defesa e Contraditório no Inquérito Policial - e trata dos atos de investigação, previstos nos artigos 6 e 7 do Código de Processo Penal, que deverão ser realizados pela autoridade policial logo que tiver conhecimento da prática da infração penal.

Tais atos estão enumerados não de forma taxativa, mas apenas como diretrizes lançadas pelo legislador para que a investigação possa ter bom termo no sentido da efetiva apuração do fato com todas as suas circunstâncias e também da autoria.

ATOS DE INVESTIGAÇÃO

Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

I - dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais;

II - apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais; ([Redação dada pela Lei nº 8.862, de 28.3.1994](#))

III - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias;

IV - ouvir o ofendido;

V - ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no [Capítulo III do Título VII, deste Livro](#), devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura;

VI - proceder a reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações;

VII - determinar, se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias;

VIII - ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes;

IX - averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuam para a apreciação do seu temperamento e caráter. (BRASIL, 1941)

Passamos a analisar, de forma sintética:

I – Preservação do local do crime

O objetivo é que a autoridade policial tome providências no sentido de que não se alterem o estado e a conservação das coisas, ou seja, o que se visa é preservar os vestígios da infração penal para que os peritos possam realizar o exame de corpo de delito, de modo que tal exame possa aferir o que aconteceu no local.

O laudo de constatação do local do crime, a ser elaborado pelos peritos criminais pode ser ilustrado com fotografias, desenhos ou esquemas elucidativos, como previsto no artigo 169 do Código de Processo Penal, e constituirá importante fonte de informação no que diz respeito à possibilidade de averiguar a dinâmica da infração penal praticada.

II – **Apreensão de objetos** (após a liberação pelos peritos criminais)

Os objetos relacionados à prática da infração penal, após periciados, devem ser apreendidos. Havendo apreensão de objetos, deve constar no inquérito policial o auto de apreensão e tais objetos, caso pertençam às vítimas, serão restituídos, constando também no inquérito policial o devido termo de restituição.

Caso os objetos apreendidos sejam armas ou instrumentos utilizados na prática delituosa deverão acompanhar os autos de inquérito policial, como previsto no artigo 11 do Código de Processo Penal: “Os instrumentos do crime, bem como os objetos que interessarem à prova, acompanharão os autos de inquérito”, o que significa que serão encaminhados ao Juízo, ficando vinculados ao inquérito ou eventual processo, se for proposta a ação penal, para que, se houver necessidade, possam ser exibidos, o que ocorre, por exemplo, no caso do julgamento pelo Tribunal do Júri, em que a prova é produzida diante dos jurados leigos.

Há também a possibilidade de apreensão de objetos, por meio de busca pessoal ou domiciliar. A busca pessoal não depende de autorização judicial e é realizada quando há fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis referentes à prática da infração penal, nos termos do artigo 244 do Código de Processo Penal.

A busca domiciliar necessita obedecer ao disposto no artigo 5º, XI, da Constituição Federal, dependendo, salvo a hipótese de flagrante delito, de autorização judicial para que possa ser expedido o mandado de busca e apreensão que deverá ter como fundamento, explicitado pela autoridade policial em sua representação, o disposto no artigo 240 e seus incisos do Código de Processo Penal.

III – **Colher todas as provas que servirem para a elucidação do fato**

É de se notar que nesse inciso há remissão aos artigos 202 a 221 do Código de Processo Penal e artigo 12, inciso II, da Lei 11.340/06 (este último com a mesmaredação deste inciso III, do artigo 6º do Código de Processo Penal).

Os artigos 202 a 221 do Código de Processo Penal tratam das testemunhas. Assim, além da apreensão dos objetos relacionados à prática delituosa, deve a autoridade policial também ouvir as testemunhas do fato e não sendo possível a oitiva na fase de inquérito indicar, no relatório final, os respectivos nomes e endereços para que, eventualmente, possam vir a ser arroladas pelo Ministério Público ou pela Defesa a fim de que sejam realizadas as suas oitivas na fase processual.

E não somente testemunhas, mas qualquer outro tipo de prova,

a investigação diretamente no lugar dos fatos, feita pela autoridade policial, propicia-lhe arrolar testemunhas, determinar a colheita de material para exame (sangue, urina, fios de cabelo, sêmen, documentos, etc.) e outros elementos que auxiliem à formação de sua convicção acerca do autor da infração penal, bem como da própria existência desta. (NUCCI, 2008, p.90)

IV – Ouvir o ofendido

A oitiva do ofendido/vítima, quando possível, é de extrema relevância para o esclarecimento dos fatos, tanto no que diz respeito à autoria quanto à dinâmica do ocorrido e também para a elucidação no que se refere à motivação.

Sua oitiva deve ser realizada na forma prevista no artigo 201 do Código de Processo Penal, devendo ser indagado sobre as circunstâncias da infração, quem seja o autor ou quem presuma ser e também sobre quaisquer outras provas que porventura possa indicar.

Apesar do artigo 201, § 1º, do Código de Processo Penal, com redação determinada pela Lei 11.690/08 possibilitar a condução coercitiva da vítima, entende-se que, como se trata de medida que restringe direito fundamental, somente pode ser realizada se houver autorização judicial.

V – Oitiva do investigado

Utiliza-se aqui a palavra investigado e não indiciado, como consta no texto legal, por entender-se ser a mais adequada a essa fase de investigação, onde os fatos e a autoria ainda estão sendo apurados, não se podendo, portanto, falar em indiciado propriamente dito; essa designação deve ser reservada após o indiciamento a ser realizado pela autoridade policial.

Não está determinado pela lei processual penal o momento preciso do indiciamento, mas entende-se que o mesmo somente deve ser realizado ao término da

investigação quando for possível a constatação, com maior segurança, de indícios suficientes de autoria ou participação na prática delitiva, o chamado *fumus commissi delicti*.

Assim, finalizada a investigação, deve a autoridade policial elaborar o relatório final, nos termos do artigo 10 § 1º, do Código de Processo Penal e, a nosso entender, este deveria ser o momento de indiciamento.

O inciso V, do artigo 6º, do Código de Processo Penal estatui que o interrogatório deve ser realizado com a observância, no que for aplicável, do que está estabelecido para o interrogatório em juízo.

O interrogatório realizado em Juízo é tratado nos artigos 185 a 196 do Código de Processo Penal e a Lei 10.792/03 deu nova redação ao artigo 185, estabelecendo que o interrogatório será realizado na presença do defensor do acusado: “O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado **na presença de seu defensor, constituído ou nomeado**” (grifo nosso)

Como na redação do artigo 185 do Código de Processo Penal está expresso constituído ou nomeado, é inequívoco que a presença do defensor no interrogatório judicial é obrigatória. Caso o acusado não tenha defensor ou ainda que tenha, depois de intimado, atualmente para a própria audiência de instrução e julgamento (art.400 CPP), deixe de comparecer, deverá o juiz obrigatoriamente nomear defensor para participar do ato.

A redação do artigo 6º, inciso V, do mesmo diploma legal, estabelece que o regramento referente ao interrogatório judicial também deve ser aplicado ao interrogatório perante a autoridade policial. E, assim, deveria também o interrogatório perante a autoridade policial ser realizado na presença de defensor.

É de ser observado, no entanto, que no dispositivo em comento temos a presença da expressão “no que for aplicável”, o que permite a interpretação equivocada no sentido de que pode ser realizado o interrogatório na fase de inquérito, dado o seu caráter inquisitivo, sem a presença do defensor, o que, de fato, é a prática normal da polícia judiciária.

No cotidiano das delegacias de polícia é comum a oitiva do investigado sem a presença da defesa técnica, sem que isso seja considerado mácula ao devido processo legal, por entender-se que eventuais irregularidades no inquérito policial não têm o condão de prejudicar o processo.

Atualmente não mais se permite a condução coercitiva do investigado²³⁷, em razão do direito ao silêncio, previsto no artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal, não mais fazendo qualquer sentido tal medida. O interrogatório deve ser entendido como um meio de defesa e não como meio de prova. Constitui um direito do investigado e não um dever e, portanto, pode o investigado deixar de comparecer ao seu interrogatório como também, se presente, pode não responder às perguntas que lhe forem formuladas, sem que isso possa lhe acarretar qualquer prejuízo.

Ademais, cumpre a autoridade policial, na fase de inquérito, e ao juiz, no curso do processo, informar ao investigado ou acusado o seu direito de permanecer calado, devendo ser esclarecido expressamente que não está obrigado a responder as perguntas que lhe forem formuladas e que o silêncio não poderá acarretar prejuízo a sua defesa.

Deixar de informar sobre o direito ao silêncio constitui nulidade absoluta do ato de interrogatório uma vez que realizado em ofensa ao devido processo legal, pois em desconformidade com o disposto no próprio artigo 186, *caput*, do Código de Processo Penal e com o estatuído no artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal que consagra o direito ao silêncio.

A título de ilustração, com o objetivo de mostrar que mais do que um meio de defesa do acusado, o interrogatório era considerado um meio de prova, reproduzimos o conteúdo da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal sobre as provas, especificamente sobre o tema interrogatório:

(...) Embora mantido o princípio *nemotenetur se detegere* (não estando acusado na estrita obrigação de responder o que se lhe pergunta), já não será esse termo do processo, como atualmente, uma série de perguntas predeterminadas, sacramentais, a que o acusado dá as respostas de antemão estudadas, para não comprometer-se, mas uma **franca oportunidade de obtenção de prova**” (BRASIL, 1941, grifo nosso).

E, explicitamente, sobre o direito ao silêncio é o que diz a Exposição de Motivos:

É facultado ao juiz formular ao acusado quaisquer perguntas que julgue necessárias à pesquisa da verdade, **e se é certo que o silêncio do réu, não importará confissão, poderá, entretanto, servir, em face de outros indícios, à formação do convencimento do juiz**”.(BRASIL, 1941, grifo nosso)

²³⁷ Decisões sobre condução coercitiva de investigados para o interrogatório podem ser vistas no Anexo 2. Comentar o que ocorreu com o Presidente Lula.

Com a introdução do parágrafo único ao artigo 186, do Código de Processo Penal, realizada, tardiamente, pela Lei 10.792/03, tem-se que: “O silêncio que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa”.

Até porque seria contraditório ter assegurado o direito constitucional ao silêncio e, caso utilizado, pudesse ele ser interpretado em prejuízo da defesa. A introdução do parágrafo único ao artigo 186 teve como objetivo tornar explícito algo que já estava consagrado no texto constitucional, não poder o silêncio do acusado ou, na fase de inquérito, do investigado, ser interpretado em prejuízo da defesa e tampouco poderá servir para formar o convencimento do órgão julgador, como foi expresso na exposição de motivos do Código de Processo Penal.

Ainda que conste na parte final no artigo 198 do Código de Processo Penal, que o silêncio poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz: “O silêncio do acusado não importará em confissão, **mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz**”(grifo nosso) deve-se entender que tal parte do dispositivo legal não foi recepcionada pela Constituição Federal.

O direito de permanecer calado não pode, de modo algum, ser utilizado pelo órgão julgador para formar o seu convencimento; não pode o exercício de tal direito acarretar qualquer prejuízo ao acusado a quem é facultado, tanto perante a autoridade policial quanto em Juízo, não responder às perguntas que lhe forem formuladas, como também apresentar a versão dos fatos que lhe seja mais favorável.

Tendo em vista as normas atualmente em vigor para a realização do interrogatório em juízo e considerando que devem ser aplicadas ao interrogatório perante a autoridade policial:

(...) o que é inafastável é que ao sujeito passivo devem ser garantidos os direitos de saber em que qualidade presta as declarações, de estar acompanhado de advogado e que, se quiser, poderá reservar-se o direito de só declarar em juízo, sem qualquer prejuízo. O art. 5º, LV, da CB é inteiramente aplicável ao IP. O direito ao silêncio, além de estar contido na ampla defesa (autodefesa negativa), encontra abrigo no art. 5º, LXIII, da CB, que, ao tutelar o estado mais grave (preso), obviamente abrange e é aplicável ao sujeito passivo em liberdade (LOPES JUNIOR, GLOECKNER, 2014, p. 228)

Para Aury Lopes Junior e Gloeckner, o interrogatório perante a autoridade policial não somente deve ser realizado na presença de advogado como também a defesa técnica tem possibilidade de participação: “(...) não há como negar a necessidade da presença do advogado, bem como a possibilidade de participação da defesa, à luz da nova

redação dos arts. 185, 186, 188 e s. do CPP”. (LOPES JUNIOR, GLOECKNER, 2014, p. 228).

VI – Reconhecimento de pessoas e coisas e acareações

O reconhecimento a que se refere esse inciso não é somente o reconhecimento do investigado, mas também o de outras pessoas, envolvidas no fato, ativa ou passivamente. É possível ser realizado o reconhecimento de pessoas como também o reconhecimento de coisas.

O reconhecimento de pessoas deve ser realizado na forma prevista no artigo 226 do Código de Processo Penal:

Art. 226. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma:

I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida;

II - a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la;

III - se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela;

IV - do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais.

Parágrafo único. O disposto no nº III deste artigo não terá aplicação na fase da instrução criminal ou em plenário de julgamento. (BRASIL, 1941)

As regras estabelecidas devem ser rigorosamente observadas pela autoridade policial quando o reconhecimento de pessoas ou coisas for realizado ainda na fase de inquérito, até porque no artigo 6º, inciso VI, do Código de Processo Penal há, justamente, uma remissão aos artigos 226 a 230 do Código de Processo Penal, artigos estes que estabelecem as regras a serem seguidas para o reconhecimento de pessoas e coisas e para as acareações.

A forma estabelecida em lei para a produção da prova é uma garantia da sua licitude, a não observância da forma estipulada pela lei processual penal torna a prova assim obtida prova ilícita em sentido amplo e, especificamente, prova ilegítima por não ter sido produzida em conformidade com as regras do processo²³⁸.

²³⁸A atuação do Estado na persecução penal encontra limites e, entre eles, está o relacionado à produção das provas, que devem ser produzidas de acordo com o estabelecido no ordenamento jurídico. O artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal estabelece: “São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por

No entanto, lamentavelmente, não somente na fase de inquérito como também em juízo, o reconhecimento de pessoas não cumpre as formalidades exigidas pela lei processual penal; muitas vezes o investigado ou acusado é colocado sozinho para ser reconhecido, fato este que pode induzir o reconhecimento. E a própria redação da lei processual penal permite a não observância da forma prescrita ao estabelecer no inciso II do mencionado artigo 226 do Código de Processo Penal: “a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, **se possível**, ao lado de outras que com ela tiverem semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la”. (grifo nosso)

Ora, a expressão “se possível”, indica que quando não houver a possibilidade de colocar a pessoa a ser reconhecida ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, ela poderá ser colocada sozinho para o reconhecimento, o que acontece tanto na fase de inquérito quanto em contraditório judicial, o que pode induzir o ato de reconhecimento.²³⁹

Quanto à acareação, nos termos do artigo 229 do Código de Processo Penal, pode ser realizada entre acusados, entre acusado e testemunhas, entre testemunhas, entre acusado ou testemunha e a pessoa ofendida, e entre as pessoas ofendidas, sempre que houver divergências em suas declarações ou depoimentos sobre fatos ou circunstâncias relevantes.

O objetivo da acareação é esclarecer os pontos conflitantes justamente para por fim, para resolver a divergência, devendo-se obedecer ao disposto nos artigos 229, parágrafo único e 230, ambos do Código de Processo Penal.²⁴⁰

meios ilícitos”. Prova ilícita é gênero do qual são espécies as provas ilícitas propriamente ditas, ou seja, aquelas que ofendem uma norma do direito material (exemplo: confissão sob tortura, considerando-se que a tortura é crime previsto na Lei 9455/97) e provas ilegítimas são aquelas produzidas em desconformidade com as normas processuais penais (exemplo: reconhecimento de pessoas não obedecendo ao disposto no artigo 226 do CPP, apresentação de documento no dia de julgamento pelo Tribunal do Júri, sem que tenha sido juntado aos autos com antecedência mínima de 03 (três) dias do julgamento, violando o disposto no artigo 479 do CPP). A inadmissibilidade das provas ilícitas bem como das provas ilegítimas por derivação também tem previsão no próprio Código de Processo Penal, no artigo 157, em razão da nova redação determinada pela Lei 11.690/08.

²³⁹ Apesar de ser realizado desta forma, dificilmente haverá declaração de nulidade. Decisões sobre a validade do reconhecimento, ainda que não observado o disposto no artigo 226 do Código de Processo Penal podem ser vista no Anexo 2.

²⁴⁰ Segundo a opinião de Aury Lopes Junior e Gloeckner, sobre o assunto: “(...) destacamos que a nosso juízo o sujeito passivo não pode ser compelido a participar do reconhecimento ou acareação, eis que lhe assiste o direito de silêncio e de não fazer prova contra si mesmo (*nemotenetur se detegere*)” (LOPES JUNIOR, GLOECKNER, 2009, P. 231) Há, contudo, entendimento doutrinário no sentido de que o investigado ou acusado pode ser conduzido coercitivamente para o ato de reconhecimento ou de acareação.

VII – Exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias

Como estatuído no artigo 6º, inciso VII, do Código de Processo Penal, se a infração deixar vestígios, deve a autoridade policial determinar que se proceda ao exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias.

E é de se notar que as provas periciais são produzidas na fase de inquérito sem que haja a intervenção da defesa técnica ou sequer a possibilidade de contrariar a prova produzida nessa fase. O contraditório será exercido, posteriormente, no curso do processo, o que a doutrina denomina “contraditório diferido”.

Ocorre que o artigo 155 do Código de Processo Penal estabelece que o juiz poderá formar sua convicção com base nas provas não repetíveis produzidas no curso do inquérito, como é o caso das provas periciais²⁴¹ e, por esta razão, é defendida pela doutrina a necessidade de intervenção da defesa técnica no que diz respeito à produção das provas periciais, compartilhando deste entendimento estão Eugênio Pacelli e Denilson Feitoza, cujos pensamentos já foram expostos quando tratamos do tema ampla defesa e contraditório no inquérito policial.

Como tais provas podem servir de fundamento para a formação do convencimento do órgão julgador faz-se necessária a intervenção da defesa técnica no momento de sua produção.

É de se notar que o exame de corpo de delito pode ser realizado tanto na vítima como no autor do delito, sendo que ele, o autor do delito, tem o direito de não produzir prova contra si mesmo e, portanto, tem o direito de não se submeter ao exame de corpo de delito, como expressão do que a doutrina denomina de autodefesa negativa.

VIII – Identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes

Deve ser observado que a redação desse inciso como a dos demais é a da época da elaboração do Código de Processo Penal, Decreto-Lei 3689/41. Identificação datiloscópica é aquela realizada por meio da colheita das impressões digitais do investigado.

²⁴¹Art. 155 do CPP: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis, e antecipadas”. (grifo nosso)

No entanto, o artigo 5º, inciso LVIII, da Constituição da República Federativa do Brasil, estabelece: “o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei”.

Assim, a partir da Constituição Federal de 05 de outubro de 1988, não mais era possível a identificação datiloscópica para aquele que se identificasse civilmente, a não ser nos casos expressos em lei.

A lei regulamentando a identificação datiloscópica somente entrou em vigor no ano 2000, Lei 10.054/00, posteriormente, revogada pela Lei 12.037/09, que estabelece em seu artigo 1º, tal como preconizado na Constituição Federal, que o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal; e agora se trata de identificação criminal como gênero, e não somente a espécie de identificação criminal referente à identificação datiloscópica, salvo nos casos ali previstos.²⁴²

Sobre a identificação criminal deve ser feita uma relevante observação, em razão da entrada em vigor da Lei 12.654/2012 que alterou, de forma bastante significativa, a sistemática da identificação criminal.

Apesar do princípio de que ninguém está obrigado a produzir prova contra si mesmo, expresso pelo brocardo *nemotenetur se detegere*²⁴³, do qual o direito ao silêncio é apenas uma das manifestações, a Lei 12.654/12, contrariando a garantia constitucional passou a estabelecer as hipóteses em que é possível a coleta obrigatória de material genético, sendo possível, tanto na fase de investigação quanto na fase de execução penal, divergindo tão somente em relação às suas finalidades.

Na fase de inquérito a coleta do material genético terá como objetivo servir de prova para o caso concreto que está sendo investigado, ao passo que, no que se refere à submissão de pessoa já condenada a coleta visa a ser guardada em um banco de dados

²⁴²Art. 3º Embora apresentado documento de identificação, poderá ocorrer identificação criminal quando:
I – o documento apresentar rasura ou tiver indício de falsificação;
II – o documento apresentado for insuficiente para identificar cabalmente o indiciado;
III – o indiciado portar documentos de identidade distintos, com informações conflitantes entre si;
IV – a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa;
V – constar de registros policiais o uso de outros nomes ou diferentes qualificações;
VI – o estado de conservação ou a distância temporal ou da localidade da expedição do documento apresentado impossibilite a completa identificação dos caracteres essenciais.
Parágrafo único. As cópias dos documentos apresentados deverão ser juntadas aos autos do inquérito, ou outra forma de investigação, ainda que consideradas insuficientes para identificar o indiciado.

²⁴³“Nada a temer por se deter”

para que possa, futuramente, nos casos de práticas de infrações penais, servir para efeito de comparação de material genético nos crimes cuja autoria seja desconhecida.

Há aqui uma verdadeira coleta de material genético para o futuro, presumindo-se a periculosidade da pessoa que já foi condenada, obrigando-se a produzir prova para futuras infrações penais, a nosso entender em flagrante violação ao direito constitucional de não produzir prova contra si mesmo.

Como tal tipo de prova constitui uma ingerência nos direitos individuais é necessária para que seja realizada autorização judicial que pode ser obtida mediante representação da própria autoridade policial ou a requerimento do Ministério Público. Além da Lei 12.654/12 ter estabelecido até mesmo a possibilidade de determinação, de ofício, pelo juiz.; em flagrante opção do legislador infraconstitucional por uma postura inquisitiva do órgão julgador.

Na fase de inquérito, para que se proceda à coleta de material genético faz-se necessária a autorização judicial, devendo ser demonstrada que tal prova é imprescindível às investigações policiais no que concerne à obtenção de dados sobre a autoria do delito.

No que diz respeito à possibilidade de comparação do material genético referente a uma dada infração penal, cuja autoria seja desconhecida, poder-se-á recorrer ao banco de dados, para a devida comparação, desde que haja autorização judicial para tanto.²⁴⁴

Tal lei obriga o suposto autor da infração penal (fase de inquérito) ou a pessoa já condenada com trânsito em julgado (fase de execução penal) a se submeter ao fornecimento de material genético, objetivando a identificação criminal, de forma voluntária ou obrigatória, o que constitui inequívoca ofensa ao princípio de que não se é obrigado a produzir prova contra si mesmo.

Quanto à juntada aos autos de inquérito policial da folha de antecedentes criminais, trata-se de importante informação não somente para o juízo, mas também para as demais autoridades no âmbito criminal, pois permite aferir a possibilidade de eventual benefício, por exemplo, da liberdade provisória uma vez que ali constam não somente os registros de condenação, bem como informações sobre inquéritos ou processos em curso.

²⁴⁴Art.9 parágrafo 2º da Lei 12.654/2012 “A autoridade policial, federal ou estadual, poderá requerer ao juiz competente, no caso de inquérito instaurado, o acesso ao banco de dados de identificação de perfil genético.”

IX – Averiguar a vida pregressa

Se a folha de antecedentes criminais permite a verificação da vida pregressa no âmbito criminal, nesse inciso IX o objetivo é saber quem é o investigado em seu meio social.

Consta em tal inciso remissão ao artigo 59 do Código Penal que é, justamente, o artigo onde estão estabelecidos os critérios os quais o juiz deve se ater para a fixação da pena base. E um dos objetivos de averiguar a vida pregressa daquele que, em tese, praticou a infração penal é possibilitar ao juiz, em caso de condenação, melhor fixar a pena base, uma vez que desde a fase de inquérito se deve perquirir não somente sobre o fato, mas também sobre o autor.

Deve-se procurar saber quem é essa pessoa que cometeu a infração penal, como é seu comportamento individual, familiar e social, qual é a sua condição econômica, seu comportamento/estado de ânimo antes e depois de perpetrar a conduta delituosa e quaisquer outras informações que possam ser relevantes para aferir seu temperamento e caráter, na linguagem utilizada pelo próprio legislador ordinário.

Também constitui ato de investigação a **reprodução simulada dos fatos**, previsto no artigo 7º do Código de Processo Penal. Além das providências previstas no artigo 6º do mencionado diploma legal, que devem ser tomadas pela autoridade policial no momento em que tenha conhecimento da prática de um crime²⁴⁵ e, repita-se, trata-se de um elenco meramente exemplificativo, pode a autoridade policial proceder realizando outras diligências e, entre elas, a reprodução simulada dos fatos. Ficará a critério da autoridade policial, caso entenda ser necessária, a realização da reprodução simulada dos fatos, conhecida vulgarmente como a reconstituição do crime.

Não se pode, contudo, compelir a pessoa que está sendo investigada, o suposto autor da infração penal, a participar da reprodução simulada dos fatos, uma vez que lhe é assegurado o direito de não produzir prova contra si mesmo.

²⁴⁵ Com a entrada em vigor da Lei 9099/95, somente há instauração de inquérito policial para as infrações penais de maior potencial ofensivo, ou seja, aquelas cuja pena máxima cominada seja superior a 02 (dois) anos. Para as infrações de menor potencial ofensivo, nos termos do artigo 61 da Lei 9099/95, todas as contravenções penais e crimes cuja pena máxima cominada não ultrapasse o patamar de 02 (dois) anos, não há inquérito policial, devendo a autoridade policial lavrar o Termo Circunstanciado de Ocorrência (TCO). Não há necessidade de investigação tal como ocorre no inquérito policial, devendo constar no TCO tão somente um breve resumo dos fatos e qualificação dos envolvidos e de eventuais testemunhas.

A autoridade policial deve realizar esses atos de investigação e outros que entender necessários para o esclarecimento dos fatos, dentro dos prazos estabelecidos em lei para a finalização do inquérito policial, previstos no artigo 10 do Código de Processo Penal, em 10 (dez) dias se a pessoa investigada estiver presa e em 30 (trinta) dias, se estiver solta; nesse último caso pode haver dilação do prazo, nos termos do artigo 10, § 3º, do mencionado diploma legal.²⁴⁶

Ao final da investigação, após a realização de todas as diligências necessárias para a apuração do fato e da autoria, a autoridade policial elabora o seu relatório final e encaminha os autos de inquérito policial ao Juízo, como preceituado no artigo 10, § 1º, do Código de Processo Penal.²⁴⁷

Tratando-se de crime de ação penal privada, os autos de inquérito ficarão em cartório, aguardando a iniciativa do ofendido ou de seu representante legal para o oferecimento de queixa-crime, que poderá ser exercida no prazo de 06 (seis) meses a contar da data do conhecimento de quem seja o autor do fato (art.38 do CPP). E tratando-se de ação penal pública é determinada pelo juiz a abertura de vista ao titular da ação penal, o Ministério Público (art.129, I, do CPP).

²⁴⁶Os prazos mencionados são referentes aos crimes da competência da Justiça Estadual. Para os crimes da competência da Justiça Federal o inquérito deve ser finalizado em 15 (quinze) dias se o investigado estiver preso e em 30 (trinta) dias se estiver solto. Na Lei de Tóxicos (Lei 11.343/06), o prazo para a finalização do inquérito policial é de 30 (trinta) dias quando o investigado estiver preso e 90 (noventa) dias se estiver solto.

²⁴⁷Em nosso sistema processual penal os autos de inquérito não são remetidos diretamente ao titular da ação penal, o Ministério Público (art.129, inciso I, do CPP), são remetidos ao Poder Judiciário. No âmbito da competência da Justiça Federal já está ocorrendo a tramitação direta e na Justiça Estadual, alguns Estados também estão adotando a tramitação direta.

Anexo 2

Esse anexo se constitui em uma seleção de julgados referentes aos temas abordados com o objetivo de demonstrar a incongruência entre os princípios constitucionais e as decisões judiciais. Foram selecionadas decisões do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, organizadas por temas seguindo-se a sequência em que foram tratados no decorrer do trabalho.

NÃO INCIDÊNCIA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA NA FASE DE INQUÉRITO

Tema abordado no capítulo 2

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

EMENTA Agravo regimental no habeas corpus. Prisão preventiva. Pedido de revogação. Fundamentação idônea. Agravante foragida do distrito da culpa. Risco concreto à aplicação da lei penal. Constrangimento ilegal por excesso de prazo da instrução processual. Não caracterizado. Cerceamento de defesa na condução do inquérito policial. Inexistência. Regimental não provido. 1. Mostra-se idôneo o decreto de prisão preventiva quando assentado na garantia da aplicação da lei penal, ante a fuga de paciente do distrito da culpa. 2. A notícia de que a paciente se encontra foragida afasta o alegado constrangimento ilegal por excesso de prazo para o início da instrução processual, cuja relevância estaria justificada se ela estivesse presa e, por esse suposto excesso, fosse pleiteada sua soltura (v. g. RHC nº 80.525/RS, Primeira Turma, Relator o Ministro Moreira Alves, DJ de 15/12/2000). 3. **Consoante jurisprudência da Corte, o inquérito policial é peça meramente informativa, não suscetível de contraditório, razão pela qual não se faz necessária a oitiva da paciente para se decretar a prisão preventiva.** 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (HC 132803 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 01/03/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-054 DIVULG 22-03-2016 PUBLIC 28-03-2016)

EMENTA Agravo regimental. Inquérito. Diligências. Requerimento pelo Ministério Público. Deferimento, desde logo, pelo Relator. Admissibilidade. Pretendida manifestação prévia da defesa a respeito desse requerimento e dos documentos que o instruíram. Descabimento. Inaplicabilidade do princípio do contraditório na fase da investigação preliminar. Impossibilidade de a defesa controlar, ex ante, a investigação, restringindo os poderes instrutórios do relator do feito. Direito de ter acesso às provas já produzidas e formalmente incorporadas ao procedimento investigatório. Súmula Vinculante nº 14 do Supremo Tribunal Federal. Recurso não provido. **1. O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que o inquérito policial é peça meramente informativa, não suscetível de contraditório. Precedentes. 2. Não cabe à defesa controlar, ex ante, a investigação, de modo a restringir os poderes instrutórios do relator do feito para deferir, desde logo, as diligências requeridas pelo Ministério Público que entender pertinentes e relevantes para o**

esclarecimento dos fatos. 3. Assim, carece de fundamento a pretensão de que seja concedida à investigada a oportunidade de se manifestar previamente sobre relatório de análise de informações bancárias e requerimento de diligências com base nele formulado pelo Ministério Público Federal. 4. A Súmula Vinculante nº 14 do Supremo Tribunal Federal assegura ao defensor legalmente constituído do investigado o direito de pleno acesso ao inquérito, desde que se trate de provas já produzidas e formalmente incorporadas ao procedimento investigatório, excluídas, conseqüentemente, as informações e providências investigatórias ainda em curso de execução e, por isso mesmo, não documentadas no próprio inquérito (HC nº 93.767, Segunda Turma, Relator o Ministro Celso de Mello, DJe de 1º/4/14). 5. Agravo regimental não provido. (Inq 3387 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 15/12/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-036 DIVULG 25-02-2016 PUBLIC 26-02-2016)

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. VÍCIO NA REPRESENTAÇÃO OFERECIDA NA FASE POLICIAL. IRRELEVÂNCIA. CRIME PERSEGUIDO MEDIANTE AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA. POSSIBILIDADE DE APURAÇÃO DE OFÍCIO PELA AUTORIDADE POLICIAL E DE OFERECIMENTO DE DENÚNCIA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO COM BASE EM QUAISQUER ELEMENTOS DE INFORMAÇÃO QUE POSSUIR. AUSÊNCIA DE APRECIÇÃO DE REQUERIMENTO FORMULADO PELO RÉU NA FASE INQUISITORIAL. INEXISTÊNCIA DE CONTAMINAÇÃO DO PROCESSO EM RAZÃO DE EVENTUAIS VÍCIOS OCORRIDOS NA FASE EXTRAJUDICIAL. COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE. DESPROVIMENTO DO RECLAMO.

1. O crime imputado ao recorrente não se enquadra em quaisquer das hipóteses previstas no artigo 182 do Código Penal, sendo perseguido por meio de ação penal pública incondicionada, o que revela que o início da persecução penal não depende da representação de quem quer que seja.

2. Nos termos do artigo 5º do Código de Processo Penal, nos crimes de ação penal pública o inquérito policial pode ser iniciado até mesmo de ofício, sendo certo, outrossim, que o Ministério público não depende do procedimento inquisitorial para o oferecimento de denúncia, que pode estar subsidiada em quaisquer elementos de informação que o órgão acusatório possuir.

3. O inquérito policial é peça meramente informativa, na qual não imperam os princípios do contraditório e da ampla defesa, motivo pelo qual eventuais vícios ou irregularidades ocorridos no seu curso não têm o condão de macular a ação penal. Precedente.

4. Recurso desprovido

(RHC 68.592/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 19/04/2016, DJe 04/05/2016, grifo nosso)

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIMES AMBIENTAIS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE INDICIAMENTO FORMAL NO INQUÉRITO POLICIAL. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO.

I - A jurisprudência do excelso Supremo Tribunal Federal, bem como desta Corte, há muito já se firmou no sentido de que o trancamento da ação penal por meio do habeas corpus é medida excepcional, que somente deve ser adotada quando houver inequívoca comprovação da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito, o que não ocorre no caso. (Precedentes do STF e do STJ).

II - **O inquérito policial é procedimento administrativo de natureza inquisitorial destinado à formação da opinio delicti do titular da ação penal, não sendo a ele aplicáveis os princípios do contraditório e da ampla defesa** (Doutrina).

III - **É cediço na jurisprudência pátria que eventuais nulidades ocorridas no âmbito do inquérito policial não tem o condão de prejudicar a futura ação penal**, ocasião em que as provas, especialmente as orais, serão colhidas sob o crivo do contraditório e da ampla defesa (Precedentes do STF e do STJ).

IV - A ausência de indiciamento formal no inquérito policial não tem o condão de macular a denúncia (Precedente).

Recurso ordinário desprovido.

(RHC 66.987/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 17/03/2016, DJe 01/04/2016, grifo nosso)

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

EMENTA: "HABEAS CORPUS" - HOMICÍDIO QUALIFICADO - LESÃO AO DIREITO DE ACESSO AOS AUTOS DO INQUÉRITO - AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA OFENSA - NULIDADE NÃO RECONHECIDA - AUSÊNCIA DE ADVOGADO NA FASE INQUISITIVA - NULIDADE - INOCORRÊNCIA - PRELIMINAR REJEITADA - NEGATIVA DE AUTORIA DELITIVA - VIA ESTREITA - IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE - CONSTRANGIMENTO ILEGAL - INOCORRÊNCIA - ORDEM DENEGADA.

- Para que se declare nulidade, é necessária a demonstração da ocorrência de efetivo prejuízo para qualquer das partes ('pas de nullité sans grief'), conforme dispõe o artigo 563 do Código de Processo Penal.

- A estreita via do habeas corpus não se presta ao revolvimento probatório, com a apreciação dos depoimentos já colhidos durante a instrução criminal na ação penal originária, uma vez que tal tarefa incumbe, primeiramente, ao douto Magistrado da causa, que formará sua convicção.

- Sendo o inquérito policial peça de informação não há falar-se em nulidade das declarações colhidas perante a Autoridade Policial sem a presença de advogado, mormente por não vigorar nesta fase inquisitiva os princípios do contraditório e da

ampla defesa. (TJMG - Habeas Corpus Criminal 1.0000.16.031930-7/000, Relator(a): Des.(a) Beatriz Pinheiro Caires , 2ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 19/05/2016, publicação da súmula em 02/06/2016, grifo nosso)

EMENTA: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - NULIDADES - DECISÃO QUE RECONHECEU A DUPLICIDADE DOS AUTOS, DETERMINANDO O DESAPENSAMENTO E ARQUIVAMENTO DE UM DELES - REVOGAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - ILEGITIMIDADE DE PARTE - NÃO CONHECIMENTO - **FASE DO INQUÉRITO POLICIAL - AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DA DEFESA - OFENSA AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA - INOCORRÊNCIA** - RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E NÃO PROVIDO.
 - Verificada a ilegitimidade de parte no presente recurso, o não conhecimento deste, neste aspecto, é medida que se impõe.
 - **O inquérito policial, em razão de sua natureza administrativa, não está sujeito à observância do contraditório e da ampla defesa. Assim, sendo, inexistente nulidade em razão da falta de intimação da d. defesa nesta fase.**
 - Recurso parcialmente conhecido e não provido. (TJMG - Rec em Sentido Estrito 1.0024.15.182572-6/001, Relator(a): Des.(a) Corrêa Camargo , 4ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 24/02/2016, publicação da súmula em 02/03/2016, grifo nosso)

EMENTA: HABEAS CORPUS - NULIDADE DO PROCEDIMENTO - VÍCIOS DO INQUÉRITO POLICIAL - NULIDADE AFASTADA - NEGATIVA DE AUTORIA - IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE EM HABEAS CORPUS – ORDEM DENEGADA

1 - **Eventuais vícios ocorridos na fase policial não contaminam o processo criminal, que tem início com o regular recebimento da denúncia, uma vez que os princípios constitucionais que asseguram o contraditório e a ampla defesa não se aplicam ao inquérito, posto que mero procedimento administrativo inquisitorial.**
 2 - A prisão preventiva não é determinada com fulcro na comprovação inequívoca da autoria, mas com base em seus indícios, associados a outros requisitos.
 3- Ordem denegada. (TJMG - Habeas Corpus Criminal 1.0000.16.007879-6/000, Relator(a): Des.(a) Kárin Emmerich , 1ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 22/03/2016, publicação da súmula em 01/04/2016, grifo nosso)

VÍCIOS DO INQUÉRITO NÃO MACULAM A AÇÃO PENAL

Tema relacionado aos capítulos 2 e 5

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIMES DE CORRUPÇÃO PASSIVA, PECULATO E ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. DESCABIMENTO DE

IMPETRAÇÃO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA: SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ALEGAÇÃO DE SUSPEIÇÃO DE DELEGADO DE POLÍCIA E NULIDADE DAS PROVAS: IMPROCEDÊNCIA, INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA E PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO.

1. É firme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que o não exaurimento da jurisdição nas instâncias antecedentes, configurada pela não interposição de agravo regimental da decisão monocrática pela qual se negou seguimento ao habeas corpus, configura óbice ao conhecimento das ações e recursos posteriores, por inobservância ao princípio da colegialidade. Precedentes. 2. **A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal estabelece que a suspeição de autoridade policial não é motivo de nulidade do processo, pois o inquérito é mera peça informativa, de que se serve o Ministério Público para o início da ação penal.** Precedentes. 3. **É inviável anulação do processo penal por alegada irregularidade no inquérito, pois, segundo jurisprudência firmada neste Supremo Tribunal, as nulidades processuais concernem tão somente aos defeitos de ordem jurídica pelos quais afetados os atos praticados ao longo da ação penal condenatória.** Precedentes. 4. Recurso ordinário desprovido. (RHC 131450, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 03/05/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016, grifo nosso)

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. SUPENSÃO DA AÇÃO PENAL. ALEGAÇÕES DE NULIDADE DECORRENTE DA DISTRIBUIÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES PROVENIENTES DE PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO: AUSÊNCIA DE PLAUSIBILIDADE JURÍDICA. RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 1. Os princípios constitucionais do juiz natural e do promotor natural têm seu emprego restrito às figuras dos magistrados e dos membros do Ministério Público, não podendo ser aplicados por analogia às autoridades policiais ou ao denominado “delegado natural”, que obviamente carecem da competência de sentenciar ou da atribuição de processar, nos termos estabelecidos na Constituição da República. 2. A conexão probatória e objetiva estabelecida entre os crimes antecedentes e os delitos imputados ao Recorrente torna prevento o Juízo. 3. **O inquérito é peça informativa que não contamina a ação penal.** Precedentes. 4. **A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que o princípio do pas de nullité sans grief exige, em regra, a demonstração de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, independentemente da sanção prevista para o ato, podendo ser ela tanto a de nulidade absoluta quanto à relativa, pois não se decreta nulidade processual por mera presunção.** Precedentes. 5. Recurso ao qual se nega provimento. (RHC 126885, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 15/12/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016, grifo nosso)

EMENTA: HABEAS CORPUS - HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO E CORRUPÇÃO DE MENORES - ALEGAÇÃO DE IRREGULARIDADES NO INQUÉRITO POLICIAL - NÃO GERAM A NULIDADE DO PROCESSO - RÉU NÃO

CIENTIFICADO DAS SUAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS - NULIDADE DO INTERROGATÓRIO PRESTADO NA FASE PRÉ PROCESSUAL - DESENTRANHAMENTO - IMPOSSIBILIDADE - PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. I- Eventuais vícios ou irregularidades no inquérito policial não geram a nulidade do processo, por se tratar de mera peça informativa. II- Não tendo sido demonstrada a ocorrência de efetivo prejuízo para defesa, não há que se falar em desentranhamento do interrogatório por ausência de formalidade no inquérito. (TJMG - Habeas Corpus Criminal 1.0000.16.022296-4/000, Relator(a): Des.(a) Alberto Deodato Neto , 1ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 17/05/2016, publicação da súmula em 25/05/2016, grifo nosso)

RECONHECIMENTO DE PESSOA

Tema pertinente aos capítulos 2, 3 e 5 e tratado também no anexo 1

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

EMENTA. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE FURTO DUPLAMENTE QUALIFICADO. ARTIGO 155, § 4º, II E IV, DO CÓDIGO PENAL. AUSÊNCIA DO NECESSÁRIO PREQUESTIONAMENTO. PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. OFENSA REFLEXA AO TEXTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO JÁ CARREADO AOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 279/STF. 1. Os princípios da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal e dos limites da coisa julgada, quando debatidos sob a ótica infraconstitucional, revelam uma violação reflexa e oblíqua da Constituição Federal decorrente da necessidade de análise de malferimento de dispositivo infraconstitucional, o que torna inadmissível o recurso extraordinário. Precedentes: RE 676.478 Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe de 24/5/2013, e o ARE 715.175, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe de 22/5/2013. 2. O prequestionamento da questão constitucional é requisito indispensável à admissão do recurso extraordinário. A Súmula 282 do STF dispõe, verbis: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”. 3. A alegação tardia da matéria constitucional, só suscitada em sede de embargos de declaração, não supre o requisito do prequestionamento. Precedentes: RE 598.123-AgR/PI, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, e AI 521.577-AgR/PE, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma. 4. O recurso extraordinário não se presta ao exame de questões que demandam revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, adstringindo-se à análise da violação direta da ordem constitucional. 5. In casu, o acórdão extraordinariamente recorrido assentou: “Furto qualificado. Subtração, em concurso de agentes e mediante destreza, de cartão magnético retirado do bolso da vítima no interior de agência bancária. Subsequentes saques em caixa eletrônico no valor total de R\$ 3.500,00. Configuração. Pretendida absolvição. Inadmissibilidade. Materialidade e autoria demonstradas. Negativa de autoria isolada do

conjunto probatório. Alegação de ausência na comarca, local dos fatos. Alibi não demonstrado. Testemunha, suposta acompanhante do réu, desmentida por prova documental. Declarações firmes prestadas pela vítima, que reconheceu o acusado como um dos autores do furto. **Reconhecimento fotográfico e durante audiência em juízo. Validade dos atos, ainda que não realizados na forma prevista no artigo 226 do CPP.** Suficiência para a procedência da ação penal. Pena. Fixação acima do mínimo legal justificada pela segunda qualificadora, a funcionar como circunstância judicial desfavorável. Admissibilidade. Condenação mantida. Preliminar de nulidade rejeitada. Apelo, no mérito, desprovido.” 6. Agravo regimental DESPROVIDO. (ARE 823431 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 10/02/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-041 DIVULG 03-03-2015 PUBLIC 04-03-2015, grifo nosso)

Recurso ordinário em habeas corpus. 2. Roubo majorado pelo concurso de agentes e emprego de arma de fogo. Condenação. **3. Alegação de inobservância das formalidades previstas no art. 226 do Código de Processo Penal. Nulidade da condenação. Improcedência.** 4. Reconhecimento do recorrente ratificado em Juízo, sob o crivo do contraditório. Sentença amparada em outros elementos de prova (depoimentos dos policiais, entre outros). 5. Ausência de constrangimento ilegal. Recurso a que se nega provimento. (RHC 119956, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 19/08/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-172 DIVULG 04-09-2014 PUBLIC 05-09-2014, grifo nosso)

Recurso ordinário em habeas corpus. 2. Roubo majorado pelo concurso de agentes (art. 157, § 2º, inciso II, c/c art. 70, todos do CP). Condenação. **3. Art. 212 do CPP. Ordem de inquirição das testemunhas. Ainda que se entendesse pela imposição de uma ordem legal, a jurisprudência do STF é no sentido de reconhecer a nulidade como relativa.** **4. Reconhecimento pessoal (art. 226 do CPP). A lei processual penal não exige, mas recomenda a colocação de outras pessoas junto ao acusado, devendo tal procedimento ser observado sempre que possível.** 5. Presença de elementos seguros para manter a condenação do recorrente: prisão em flagrante; depoimentos dos policiais e das vítimas e reconhecimento do réu ratificado em juízo, sob o crivo do contraditório. 6. Ausência de constrangimento ilegal. Recurso a que se nega provimento. (RHC 119439, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 25/02/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-172 DIVULG 04-09-2014 PUBLIC 05-09-2014, grifo nosso)

EMENTA : HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. ALEGADA DEFICIÊNCIA DA DEFESA TÉCNICA. FALTA DE REALIZAÇÃO DO RECONHECIMENTO (ART. 226) E DA ACAREAÇÃO (ART. 229), AMBOS DO CPP. NULIDADE PROCESSUAL NÃO CARACTERIZADA. AMPLA DEFESA. ALEGAÇÃO REJEITADA. PRETENSÃO ABSOLUTÁRIA. IMPOSSIBILIDADE NA VIA CONTIDA DO HABEAS CORPUS. ORDEM DENEGADA. 1. Naquelas situações em que a deficiência da defesa evidencia descaso, falta de iniciativa e desinteresse pela realização de diligências cabíveis, é possível equiparar esse tipo de deficiência à total ausência de defesa técnica (Súmula

523/STF). 2. **No caso, não há nenhuma esqualidez na assistência técnica do paciente pela falta de realização das providências dos arts. 226 e 229, ambos do Código de Processo Penal (reconhecimento e acareação).** Tal como assentou a autoridade apontada como coatora, “além de facultativa a realização das referidas diligências, nos termos dos artigos 226 e 229 do Código de Processo Penal, não está o Magistrado vinculado as suas conclusões”. E o fato é que o Tribunal de Segundo Grau, soberano na análise da prova, não teve dúvida em assentar a autoria dos delitos protagonizados pelo paciente. Fazendo-o com apoio na prova judicialmente produzida, em confronto com os elementos colhidos na fase investigatória. 3. Não há como acatar, na via processualmente contida do habeas corpus, a tese defensiva de falta de provas para a condenação do paciente. Via de verdadeiro atalho que não se presta para a renovação de atos próprios da instrução processual penal. Noutros termos: a Constituição Federal de 1988, ao cuidar do habeas corpus (inciso LXVIII do art. 5º), autoriza o respectivo manejo “sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção”. Mas a Constituição não pára por aí e arremata o seu discurso normativo pela seguinte forma: “por ilegalidade ou abuso de poder”. Saltando aos olhos que ilegalidade e abuso de poder não se presumem, pois, aí, a presunção é exatamente inversa. E, nesse caso, ou os autos dão conta de uma vistosa violência indevida, de um cerceio absolutamente antijurídico, seja por abuso de poder, seja por ilegalidade, ou do habeas corpus não se pode socorrer o paciente. Donde a dificuldade de acatar a tese de inocência do acusado; até porque a pretensão absolutória foi rechaçada tanto em sede de apelação quanto no bojo da revisão criminal. 4. Ordem denegada.

(HC 102603, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 01/03/2011, DJe-112 DIVULG 10-06-2011 PUBLIC 13-06-2011 EMENT VOL-02542-01 PP-00033, grifo nosso)

EMENTA: HABEAS-CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO NA FASE INQUISITORIAL. INOBSERVÂNCIA DE FORMALIDADES. TEORIA DA ÁRVORE DOS FRUTOS ENVENENADOS. CONTAMINAÇÃO DAS PROVAS SUBSEQÜENTES. INOCORRÊNCIA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. PROVA AUTÔNOMA. 1. **Eventuais vícios do inquérito policial não contaminam a ação penal. O reconhecimento fotográfico, procedido na fase inquisitorial, em desconformidade com o artigo 226, I, do Código de Processo Penal, não tem a virtude de contaminar o acervo probatório coligido na fase judicial, sob o crivo do contraditório.** Inaplicabilidade da teoria da árvore dos frutos envenenados (fruits of the poisonous tree). Sentença condenatória embasada em provas autônomas produzidas em juízo. 2. Pretensão de reexame da matéria fático-probatória. Inviabilidade do writ. Ordem denegada. (HC 83921, Relator(a): Min. EROS GRAU, Primeira Turma, julgado em 03/08/2004, DJ 27-08-2004 PP-00070 EMENT VOL-02161-02 PP-00209 RTJ VOL-00191-02 PP-00598, grifo nosso)

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECONHECIMENTO PESSOAL DO ACUSADO. INOBSERVÂNCIA DAS DISPOSIÇÕES DO ART. 226 DO CPP. NULIDADE NÃO VERIFICADA. SÚMULA N. 83 DO STJ. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. **Este Tribunal Superior é firme no entendimento de que a inobservância das formalidades legais para o reconhecimento pessoal do acusado não enseja nulidade, por não se tratar de exigência, apenas recomendação, sendo válido o ato quando realizado de forma diversa da prevista em lei**, notadamente quando amparado em outros elementos de prova.

2. No caso, o Tribunal a quo considerou outros elementos de prova além do reconhecimento pessoal dos agentes realizado extrajudicialmente para embasar a condenação, notadamente os depoimentos das vítimas que, além de reconhecerem os réus, também em juízo, em respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa, narraram de forma harmônica as circunstâncias em que o delito foi praticado.

3. O recurso especial interposto pela defesa não foi admitido em juízo prévio de admissibilidade, realizado pelo Tribunal a quo, e o agravo interposto contra essa decisão foi conhecido para negar seguimento ao recurso especial, uma vez que estava correta a decisão da instância antecedente, conclusão que é mantida nesta ocasião.

4. Deve ser aplicado à espécie o entendimento firmado pela Sexta Turma desta Corte Superior no julgamento dos EDcl nos REsp n.

1.484.413/DF e 1.484.415/DF para determinar a execução provisória da pena.

5. Agravo regimental não provido. Pedido do Ministério Público Federal acolhido para determinar o envio de cópia dos autos ao Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Timon - MA, a fim de que expeça o mandado de prisão e encaminhe a guia de recolhimento provisória ao juízo das Execuções Criminais, para efetivo início da execução provisória das penas impostas aos recorrentes.

(AgRg no AREsp 837.171/MA, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 12/04/2016, DJe 20/04/2016, grifo nosso)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO E EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO. **ALEGAÇÃO DE NULIDADE NO RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO. ART. 226 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. PRINCÍPIO PAS NULLITTÉ SANS GRIEF. .CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO E SUFICIENTE PARA CONDENAÇÃO.** ARMA NÃO APREENDIDA. INCIDÊNCIA DA CAUSA DE AUMENTO. POSSIBILIDADE. EREsp n. 961.863/RS. PROVA TESTEMUNHAL. DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE EXTORSÃO. INVIABILIDADE NA VIA ELEITA. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, passou a inadmitir habeas corpus substitutivo de recurso próprio, ressalvando, porém, a possibilidade de concessão da ordem de ofício nos casos de flagrante constrangimento ilegal.

- **A impetrante não logrou demonstrar qual o prejuízo experimentado pela defesa, limitando-se a afirmar que a não observância do art.226 do Código de Processo Penal implica em nulidade absoluta.**

- **Não estando demonstrado qual teria sido o prejuízo concreto suportado pelo paciente, deve ser aplicado o princípio pas de nullitté sans grief, previsto no art. 563 do Código de Processo Penal.**

- A jurisprudência desta Corte se firmou no sentido de que a incidência da majorante pela utilização de arma prescinde da apreensão e perícia no objeto, uma vez comprovada sua utilização por outros meios de prova, como o testemunho da vítima.

- Não há como conhecer do pedido para desclassificar a conduta do paciente para o roubo tentado, pois a desconstituição das conclusões a que chegaram as instâncias ordinárias, que são soberanas na análise das provas juntadas aos autos, implica reexame detalhado de todo conjunto fático-probatório, procedimento vedado dentro dos estreitos limites da via eleita.

Habeas corpus não conhecido.

(HC 216.858/TO, Rel. Ministro ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 05/04/2016, DJe 19/04/2016, grifo nosso)

HABEAS CORPUS. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. 1) ABSOLVIÇÃO.NECESSÁRIO REEXAME DE PROVAS. INCOMPATIBILIDADE COM A VIA ELEITA. 2) VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL E AMPLA DEFESA. VÍCIO NÃO DEMONSTRADO. 3) INOBSERVÂNCIA DO ARTIGO 226 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CPP. RECONHECIMENTO DE PESSOAS. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal - STF, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

- A absolvição do paciente, ante a insuficiência de provas quanto à autoria delitiva, requer o reexame aprofundado de todo o conjunto fático-probatório, providência incompatível com os estreitos limites do remédio constitucional, que é caracterizado pelo rito célere e cognição sumária.

- A violação ao devido processo legal e à ampla defesa deve ser especificada e demonstrada pelo impetrante, uma vez que a decisão contrária aos seus interesses nos autos, por si só, não se presta para tanto, sobretudo quando foi observado, como no caso dos autos, o princípio do livre convencimento motivado.

- **A tese da nulidade em razão da inobservância do art. 226 do CPP não foi debatida e nem sequer suscitada perante as instâncias ordinárias, razão pela qual não compete ao Superior Tribunal de Justiça sua análise, sob pena de se incorrer em indevida supressão de instância.**

- Habeas Corpus não conhecido.

(HC 252.210/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 16/02/2016, DJe 25/02/2016, grifo nosso)

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

EMENTA: HABEAS CORPUS - TENTATIVA DE HOMICÍDIO E TRÁFICO DE DROGAS - PRISÃO PREVENTIVA - PRESENÇA DE FUNDAMENTOS IDÔNEOS CAPAZES DE JUSTIFICAR A CUSTÓDIA PREVENTIVA - - DECISÃO FUNDAMENTADA - SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA POR OUTRA MEDIDA CAUTELAR - IMPOSSIBILIDADE - PROVA ILÍCITA - NÃO CONFIGURAÇÃO - PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE - INAPLICABILIDADE - CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO - ORDEM DENEGADA. Atendido ao menos um dos pressupostos do art. 312 do CPP, qual seja a garantia da ordem pública, bem como um dos requisitos instrumentais do art. 313 do CPP, deve ser a prisão preventiva mantida, não havendo que se falar em sua revogação, ou mesmo em substituição pelas medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319 do CPP, pelo fato de estas se revelarem absolutamente insuficientes. Expostos os motivos do livre convencimento da magistrada face à indicação das razões da necessidade da prisão preventiva, atende-se a disposição do art. 93, IX da Constituição da República, não prevalecendo a tese de ausência de fundamentação da decisão. **A doutrina e a jurisprudência amenizaram o rigor do art. 226 do Código de Processo Penal, de forma que eventual descumprimento das formalidades não tem o condão de macular o valor do reconhecimento, mas apenas determinar sua valoração em cotejo com as demais provas produzidas.** Quanto ao argumento de violação ao princípio da proporcionalidade, prematuro o pleiteado exame, não sendo possível, nesse momento, fazer ilações sobre a perspectiva de pena in concreto, uma vez que se trata de questão que dependerá da análise completa das diretrizes do art. 59 do Código Penal, na fase de prolação da sentença, sendo, ademais, impossível a concessão de "habeas corpus" por presunção. (TJMG - Habeas Corpus Criminal 1.0000.16.031263-3/000, Relator(a): Des.(a) Edison Feital Leite , 1ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 31/05/2016, publicação da súmula em 10/06/2016, grifo nosso)

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - DELITO DE ROUBO MAJORADO - **REJEIÇÃO DA PRELIMINAR DE NULIDADE PROCESSUAL EM VIRTUDE DO RECONHECIMENTO PESSOAL DO ACUSADO TER OCORRIDO SEM A OBSERVÂNCIA DO ART. 226 DO CPP** - MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS - RELEVÂNCIA DA PALAVRA DA VÍTIMA - APREENSÃO DA "RES FURTIVA" NA POSSE DO AGENTE - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO - NÃO INCIDÊNCIA DA ATENUANTE PREVISTA NO ART. 65, INC. III, "B", DO CÓDIGO PENAL - RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA - IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL NA SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA - IMPOSSIBILIDADE DE AFASTAMENTO DA MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA BRANCA - POTENCIALIDADE LESIVA PRESUMIDA - IMPOSSIBILIDADE DE SE

RECONHECER A TENTATIVA - CRIME CONSUMADO - MANUTENÇÃO DA REPRIMENDA E DO REGIME - ISENÇÃO DAS CUSTAS - PEDIDO PREJUDICADO. - **De acordo com precedentes do Superior Tribunal de Justiça, o reconhecimento pessoal do réu, ainda que realizado de forma diversa do previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, não enseja nulidade do feito, uma vez que o referido artigo traz apenas uma recomendação e, não, uma exigência.** - Demonstradas a autoria e a materialidade delitivas, a manutenção da condenação do réu pela prática do crime de roubo majorado é medida que se impõe. - Deve-se emprestar especial valor à palavra da vítima, principalmente quando descreve com firmeza o "modus operandi" e reconhece, do mesmo modo, os autores do delito. - É pacífico o entendimento jurisprudencial e doutrinário de que a apreensão de bens em poder do suspeito determina a inversão do ônus da prova, impondo ao acusado o dever cabal de explicar e provar os fatos que alega, com o intuito de elidir o delito ou demonstrar a aquisição daqueles bens. - Para a configuração da atenuante prevista no art. 65, inc. III, "b", do Código Penal, a reparação do dano deve ser operada pelo agente, logo após o crime, por espontânea vontade, para minorar ou evitar os efeitos do crime, antes do julgamento. - A confissão parcial não impede o reconhecimento da atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea "d", do Código Penal, em benefício do réu, conforme precedentes do Superior Tribunal de Justiça. - Nos termos do enunciado nº 42 deste egrégio Tribunal de Justiça e da súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, a circunstância atenuante não pode reduzir a pena aquém do mínimo legal, como nenhuma agravante pode aumentá-la além do máximo cominado. - A potencialidade lesiva da arma branca é presumida, nos termos dos precedentes do Superior Tribunal Justiça, motivo pelo qual deve ser mantida a majorante prevista no art. 157, §2º, inc. I, do CPB, pois restou comprovada a utilização do artefato. - De acordo com precedentes do STF e STJ, a consumação do crime de roubo se dá quando o agente, mediante violência ou grave ameaça, torna-se possuidor da coisa móvel alheia subtraída, ainda que por pouco tempo, não sendo necessária a posse mansa e pacífica. - Já tendo sido concedida ao réu a isenção do pagamento das custas, resta prejudicado o pedido formulado a este Tribunal. (TJMG - Apelação Criminal 1.0024.15.092392-8/001, Relator(a): Des.(a) Catta Preta, 2ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 16/06/2016, publicação da súmula em 27/06/2016, grifo nosso)

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - ROUBO MAJORADO - **PRELIMINAR DE NULIDADE PROCESSUAL - RECONHECIMENTO DOS AGENTES NA FASE ADMINISTRATIVA - AUSÊNCIA DE PREJUÍZO - PRELIMINAR REJEITADA - ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA - NEGATIVA DE AUTORIA - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - RECONHECIMENTO FEITO PELA VÍTIMA - DESCLASSIFICAÇÃO PARA RECEPÇÃO - DELITO DE RESISTÊNCIA - ABSOLVIÇÃO - INVIABILIDADE - DIREITO DO AGENTE DE AGUARDAR O JULGAMENTO DO RECURSO EM LIBERDADE - PRETENSÃO PREJUDICADA - ABRANDAMENTO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA - CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS AO ACUSADO.** **reconhecimento dos agentes efetuado na esfera administrativa, não requer o cumprimento, stricto sensu, das formalidades constantes do art. 226 do CPP, bem como não vicia a instrução processual, pelo que deve ser rejeitada a preliminar.** A palavra da vítima que, de forma firme e coerente, reconhece o réu, aliada a outros elementos de convicção, constitui lastro probatório suficiente para sustentar o decreto condenatório. Reconhecida a autoria e a materialidade do delito de roubo circunstanciado, não se acolhe o pedido de desclassificação da conduta denunciada para o crime de receptação. Restando comprovado o emprego da "violência" e da "ameaça", a absolvição pelo crime resta inviabilizada. Em sede de recurso de apelação, mostra-se prejudicado o pedido formulado pela defesa para que o agente aguarde em

liberdade o julgamento do recurso interposto, mormente porque não é a adequada via eleita pelo legislador constituinte para questionar eventual violência ou coação na liberdade de locomoção e, sobretudo, quando já apreciadas e declaradas legítimas as circunstâncias que motivaram a prisão preventiva, em sede de Habeas Corpus, inexistindo fato inédito a contrariar aquele já preteritamente decidido. Presentes circunstâncias judiciais desfavoráveis ao acusado e sendo socialmente recomendável o início de cumprimento de pena em regime mais gravoso, não há que se falar em abrandamento de regime. (TJMG - Apelação Criminal 1.0223.14.017868-0/001, Relator(a): Des.(a) Sálvio Chaves , 7ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 16/06/2016, publicação da súmula em 24/06/2016, grifo nosso)

PRISÃO PREVENTIVA – PERICULOSIDADE – GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA

Tema abordado no capítulo 3

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

EMENTA: HABEAS CORP US. CONSTITUCIONAL. PENAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PARA A PRISÃO PREVENTIVA. INEXISTÊNCIA DE EXCESSO DE PRAZO PARA A FORMAÇÃO DA CULPA. COMPLEXIDADE DO FEITO. ORDEM DENEGADA. 1. Consideradas as circunstâncias do ato praticado e pelos fundamentos adotados pelo Juízo de origem, mantidos nas instâncias antecedentes, a constrição da liberdade do Paciente harmoniza-se com a jurisprudência deste Supremo Tribunal, assentada em ser a **periculosidade do agente, evidenciada pelo modus operandi e pelo risco de reiteração delitiva, motivo idôneo para a custódia cautelar**. Precedentes. 2. **Não se há cogitar de desídia judicial na tramitação do feito na origem, cujo processamento não foi concluído devido à complexidade do feito, evidenciada pela pluralidade de réus e consideradas as diversas testemunhas e a necessidade de expedição de cartas precatórias**. 3. Ordem denegada. (HC 134929, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 28/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-166 DIVULG 08-08-2016 PUBLIC 09-08-2016 – grifo nosso)

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. HOMICÍDIO E TENTATIVA DE HOMICÍDIO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PARA A PRISÃO PREVENTIVA. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE PROVA. INEXISTÊNCIA DE EXCESSO DE PRAZO PARA A FORMAÇÃO DA CULPA. COMPLEXIDADE DO FEITO. ORDEM DENEGADA. 1. Além da necessidade de resguardar a aplicação da lei penal, pelo período em que o Paciente permaneceu foragido por mais de dez anos, a demonstrar a propensão de esquivar-se da persecução criminal, a constrição da liberdade do Paciente harmoniza-se com a jurisprudência deste Supremo Tribunal, assentada em ser a **periculosidade do agente, evidenciada pelo risco de reiteração delitiva, motivo idôneo para a custódia cautelar**. Precedentes. 2. Seria preciso reexaminar fatos e provas dos autos para acolher a alegação da defesa de ter o Paciente pretendido informar novo endereço para afastar a possibilidade da prisão, ao que não se presta o habeas corpus. 3. Pelo que decidido nas instâncias antecedentes, não se há cogitar de desídia judicial na tramitação do feito na origem, harmonizando-se as decisões proferidas com a jurisprudência deste Supremo Tribunal

de ser **improcedente a alegação de excesso de prazo quando a complexidade do processo justifica a tramitação mais alongada do processo.** 4. Ordem denegada. (HC 134154, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 10/05/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-105 DIVULG 20-05-2016 PUBLIC 23-05-2016 – grifo nosso)

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. IMPUTAÇÃO DA PRÁTICA DOS DELITOS DO ART. 33, CAPUT, E 35 DA LEI N. 11.343/2006; DOS ARTS. 12 E 16, PARÁGRAFO ÚNICO, INC. IV, DA LEI N. 10.826/2003 (ESTATUTO DO DESARMAMENTO). FUNDAMENTAÇÃO CAUTELAR IDÔNEA PARA A PRISÃO. ORDEM DENEGADA. 1. Consideradas as circunstâncias do ato praticado e os fundamentos apresentados nas instâncias antecedentes, mantidos pela autoridade apontada coatora, além da necessidade de resguardar a aplicação da lei penal, **a constrição da liberdade da Paciente harmoniza-se com a jurisprudência deste Supremo Tribunal, assentada em ser a periculosidade do agente evidenciada pelo modus operandi e pelo risco de reiteração delitiva, motivo idôneo para a custódia cautelar.** 2. Ordem denegada. (HC 133005, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 15/03/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-063 DIVULG 06-04-2016 PUBLIC 07-04-2016-grifo nosso)

Habeas corpus. Direito Processual Penal. 2. Tráfico ilícito de entorpecentes e associação para o tráfico (arts. 33 e 35 da Lei n. 11.343/2006). 3. Prisão em flagrante convertida em preventiva. Pedido de liberdade provisória. 4. Alegação de excesso de prazo na formação da culpa. Não ocorrência. 5. Prisão preventiva. **Necessidade de garantia da ordem pública.** Gravidade demonstrada pelos dados concretos do delito. Excessiva quantidade de droga apreendida. Fundamentação idônea que recomenda a medida constritiva. 6. Ausência de constrangimento ilegal. Ordem denegada. (HC 131225, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 08/03/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-078 DIVULG 22-04-2016 PUBLIC 25-04-2016 – grifo nosso)

Habeas corpus. 2. Latrocínio. Prisão preventiva. 3. Alegação de ausência dos requisitos autorizadores da custódia cautelar (art. 312 do CPP). 4. **Demonstrada a necessidade da segregação provisória para garantia da ordem pública. Fundado risco de reiteração delitiva.** Gravidade concreta do delito. Precedentes. 5. Não configurado constrangimento ilegal. Ordem denegada. (HC 128715, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 25/08/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-180 DIVULG 10-09-2015 PUBLIC 11-09-2015 – grifo nosso)

Habeas corpus. Direito processual penal. 2. Tentativa de homicídio duplamente qualificado. 3. Prisão preventiva. **Necessidade de garantia da ordem pública.** 4. Gravidade demonstrada pelo modus operandi. **Periculosidade concreta do acusado.** Fundamentação idônea que recomenda a medida constritiva. 5. Ausência de constrangimento ilegal. 6. Ordem denegada. (HC 128676, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 01/09/2015,

PROCESSO ELETRÔNICO DJe-189 DIVULG 22-09-2015 PUBLIC 23-09-2015 – grifo nosso)

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. QUANTIDADE DE ENTORPECENTE APREENDIDO. **NECESSIDADE DA PRISÃO PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. SEGREGAÇÃO JUSTIFICADA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA.** HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

2. A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico, e a medida deve estar embasada em decisão judicial fundamentada (art.

93, IX, da CF), que demonstre a existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal. Exige-se, ainda, na linha perfilhada pela jurisprudência dominante deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que a decisão esteja pautada em motivação concreta, sendo vedadas considerações abstratas sobre a gravidade do crime.

3. No presente caso, a prisão preventiva está devidamente justificada para a garantia da ordem pública, em razão da periculosidade do agente, evidenciada pela qualidade e expressiva quantidade de droga apreendida (155 papелotes de cocaína).

4. As condições subjetivas favoráveis do paciente, tais como primariedade e bons antecedentes, por si sós, não obstam a segregação cautelar, quando presentes os requisitos legais para a decretação da prisão preventiva.

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC 355.536/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 14/06/2016, DJe 21/06/2016 – grifo nosso)

PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. EXCESSO DE PRAZO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. MODUS OPERANDI. EXCESSO DE PRAZO. INDEVIDA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO.

I - Tendo em vista que a tese acerca do excesso de prazo não foi apreciada pelo eg. Tribunal a quo, não é possível a esta Corte preceder a tal análise, sob pena de indevida supressão de instância (precedentes).

II - A segregação cautelar deve ser considerada exceção, já que, por meio desta medida, priva-se o réu de seu jus libertatis antes da execução (provisória ou definitiva) da pena. É por isso que tal medida constrictiva só se justifica caso demonstrada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, ex vi do artigo 312 do Código de Processo Penal.

III - In casu, o decreto prisional encontra-se devidamente fundamentado em dados concretos extraídos dos autos, que evidenciam que a liberdade do ora recorrente acarretaria risco à ordem pública, notadamente se considerada a sua periculosidade evidenciada na forma pela qual o delito foi em tese praticado, em concurso de pessoas e com grave e injusta agressão à vítima de idade avançada (precedentes).

IV - Condições pessoais favoráveis, tais como primariedade e bons antecedentes não têm o condão de, por si sós, garantirem ao recorrente a revogação da prisão preventiva ou a aplicação de medida diversa da prisão, se há nos autos elementos hábeis a recomendar a manutenção de da custódia cautelar.

Recurso ordinário parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido.

(RHC 69.721/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 14/06/2016, DJe 27/06/2016 – grifo nosso)

HABEAS CORPUS. IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO INTERESTADUAL DE ENTORPECENTES. NEGATIVA DE APELO EM LIBERDADE. FUNDAMENTOS DO DECRETO DE PRISÃO PREVENTIVA MANTIDOS. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. NECESSIDADE DA PRISÃO PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. SEGREGAÇÃO JUSTIFICADA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

2. A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico, e a medida deve estar embasada em decisão judicial fundamentada (art.

93, IX, da CF), que demonstre a existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal. Exige-se, ainda, na linha perfilhada pela jurisprudência dominante deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que a decisão esteja pautada em motivação concreta, sendo vedadas considerações abstratas sobre a gravidade do crime.

3. **No presente caso, a prisão preventiva está devidamente justificada para a garantia da ordem pública, em razão da periculosidade do agente**, evidenciada pela expressiva quantidade de droga apreendida (9.777 g de maconha, tipo skank).

4. **As condições subjetivas favoráveis da recorrente, tais como primariedade e bons antecedentes, por si sós, não obstam a segregação cautelar, quando presentes os requisitos legais para a decretação da prisão preventiva.**

5. É da jurisprudência das Turmas que compõem a Terceira Seção deste Superior Tribunal a permissividade de se negar ao acusado o direito de recorrer solto da sentença condenatória, se presentes os motivos para a segregação preventiva, mormente em relação ao réu que se manteve preso durante a persecução penal.

6. Habeas corpus não conhecido.

(HC 346.588/CE, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 10/05/2016, DJe 16/05/2016 – grifo nosso)

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

EMENTA: HABEAS CORPUS - ROUBOS MAJORADOS E ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA - NEGATIVA DE AUTORIA - IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE NESTA VIA - **PRISÃO PREVENTIVA - PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ARTIGO 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS À CONCESSÃO DA ORDEM - INSUFICIÊNCIA - - EXCESSO DE PRAZO NÃO EVIDENCIADO - AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.** A negativa de autoria e os argumentos de inocência pressupõem análise de mérito e necessária incursão probatória, o que é inviável na via estreita. Não há ilegalidade na decretação da prisão preventiva quando presentes os pressupostos e ao menos um dos requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal. **A gravidade concreta do crime e a periculosidade revelada pelo modus operandi da conduta são motivos suficientes à custódia processual para garantia da ordem pública. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. As condições subjetivas favoráveis do paciente, tais como primariedade, bons antecedentes, residência fixa e trabalho lícito, por si sós, não obstam a decretação da prisão provisória.** Se a autoridade judiciária vem imprimindo a celeridade possível ao processo, inexistente demora excessiva a amparar a alegação de constrangimento ilegal. (TJMG - Habeas Corpus Criminal 1.0000.16.045374-2/000, Relator(a): Des.(a) Flávio Leite , 1ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 26/07/2016, publicação da súmula em 05/08/2016- grifo nosso)

EMENTA: HABEAS CORPUS - TRÁFICO DE DROGAS - GRAVIDADE CONCRETA DO CRIME - ILEGALIDADE DA PRISÃO EM FLAGRANTE - NÃO CONFIGURADA - PRISÃO PREVENTIVA - DECISÃO FUNDAMENTADA - PRESENTES OS REQUISITOS DOS ART. 312 E 313 DO CPP - INSUFICIÊNCIA DE OUTRAS MEDIDAS CAUTELARES NÃO PRISIONAIS - ART. 319, CPP - CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO - ORDEM DENEGADA.

- Considerando a natureza de crime permanente do tráfico ilícito de drogas, e consequente estado constante de flagrância, prescindível o mandado de busca e apreensão para atuação policial.

-Atendidos os requisitos dos arts. 311 e seguintes do CPP e, considerando que as medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP não são mais adequadas e suficientes às peculiaridades do presente caso, mostra-se possível a segregação antecipada do paciente.

-Vislumbra-se, no caso, a existência de elementos concretos que permitem concluir pela necessidade do decreto de **prisão preventiva, fundamentada, sobretudo, na necessidade de se garantir a ordem pública, a conveniência da instrução criminal e a aplicação da lei penal**, haja vista a **periculosidade do agente**, a gravidade concreta do crime, a existência de prova da materialidade e indícios suficientes de autoria.

-O habeas corpus não se presta ao exame aprofundado de provas, motivo pelo qual a análise de regime inicial de cumprimento de pena cabe ao magistrado de primeira instância em fase de prolação de sentença.

-De acordo com **posicionamento firmado pelo STJ, "as condições subjetivas favoráveis do recorrente, tais como primariedade, bons antecedentes, residência fixa e trabalho lícito, por si sós, não obstam a segregação cautelar, quando presentes os requisitos legais para a decretação da prisão preventiva"**.

- Ordem denegada (TJMG - Habeas Corpus Criminal 1.0000.16.044053-3/000, Relator(a): Des.(a) Wanderley Paiva, 1ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 19/07/2016, publicação da súmula em 29/07/2016 – grifo nosso)

EMENTA: HABEAS CORPUS - HOMICÍDIO QUALIFICADO - TENTATIVA - GRAVIDADE CONCRETA DO CRIME - PRISÃO PREVENTIVA -DECISÃO FUNDAMENTADA - EXCESSO DE PRAZO - NÃO CONFIGURADO -PRESENTES OS REQUISITOS DOS ART. 312 E 313 DO CPP - CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO - ORDEM DENEGADA.

- Atendidos os requisitos dos arts. 311 e seguintes do CPP e, considerando que as medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP não são mais adequadas e suficientes às peculiaridades do presente caso, mostra-se possível a segregação antecipada do paciente.

- Vislumbra-se, no caso, a existência de elementos concretos que permitem concluir pela necessidade do decreto de **prisão preventiva, fundamentada, sobretudo, na necessidade de se garantir a ordem pública, haja vista a periculosidade do agente**, a gravidade concreta do crime, a existência de prova da materialidade e indícios suficientes de autoria.

- **Demonstrado que a liberdade do paciente representa patente ameaça à ordem pública, entendida esta como sinônimo de paz social, que se encontra em risco quando o agente, em liberdade, provavelmente continuará praticando infrações penais, a manutenção da prisão preventiva é medida que se impõe.**

- **De acordo com posicionamento firmado pelo STJ, "as condições subjetivas favoráveis do recorrente, tais como primariedade, bons antecedentes, residência fixa e trabalho lícito, por si sós, não obstam a segregação cautelar, quando presentes os requisitos legais para a decretação da prisão preventiva"**.

- Ordem denegada. (TJMG - Habeas Corpus Criminal 1.0000.16.045432-8/000, Relator(a):

Des.(a) Wanderley Paiva , 1ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 19/07/2016, publicação da súmula em 29/07/2016 – grifo nosso)

EMENTA: HABEAS CORPUS - HOMICÍDIO TENTADO QUALIFICADO POR MOTIVO FÚTIL - PRISÃO PREVENTIVA - PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ARTIGO 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - **CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS - INSUFICIÊNCIA - CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO**. Não há ilegalidade na decretação da prisão preventiva quando presentes os pressupostos e ao menos um dos requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal. **A gravidade concreta do crime e a periculosidade revelada pelo modus operandi da conduta são motivos suficientes à custódia processual para garantia da ordem pública**. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. **Eventuais condições subjetivas favoráveis do paciente, tais como primariedade, bons antecedentes, residência fixa e trabalho lícito, por si sós, não obstam a decretação da prisão provisória**. (TJMG - Habeas Corpus Criminal 1.0000.16.039942-4/000, Relator(a): Des.(a) Flávio Leite , 1ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 05/07/2016, publicação da súmula em 15/07/2016 – grifo nosso)

EMENTA: HABEAS CORPUS - RECEPÇÃO - PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA - DECISÃO FUNDAMENTADA - MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR - NECESSIDADE - PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS E REQUISITOS DOS ART. 312 E SEQUINTE DO CPP - **GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA** - RÉU REINCIDENTE E PORTADOR DE MAUS ANTECEDENTES - CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS - IRRELEVÂNCIA - AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL - DENEGADO O HABEAS CORPUS.

- Demonstrada a existência de indícios de autoria e materialidade delitiva, a prisão preventiva deve ser decretada, nos termos dos art. 312 e ss. do CPP, se houver necessidade cautelar.

- Estando demonstrada, por meio de elementos do caso concreto, **a periculosidade do agente e a real possibilidade de reiteração delitiva, imperiosa a manutenção de sua prisão processual para a garantia da ordem pública e consequente acautelamento do meio social**.

- **A existência de condições pessoais favoráveis não implica a concessão da liberdade provisória, quando presentes, no caso concreto, outras circunstâncias autorizadoras da segregação cautelar**. (TJMG - Habeas Corpus Criminal 1.0000.16.035708-3/000, Relator(a): Des.(a) Jaubert Carneiro Jaques , 6ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 14/06/2016, publicação da súmula em 24/06/2016 – grifo nosso)

NÃO OBEDIÊNCIA AO COMANDO LEGAL NO QUE SE REFERE À ORDEM NA INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS – ART.212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Tema abordado no capítulo 3

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Ementa: PROCESSUAL PENAL E CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. INADMISSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA

JULGAR HABEAS CORPUS: CRFB/88, ART. 102, I, D E I. HIPÓTESE QUE NÃO SE AMOLDA AO ROL TAXATIVO DE COMPETÊNCIA DESTA SUPREMA CORTE. SONEGAÇÃO PREVIDENCIÁRIA (ART. 337-A, I E III, DO CP). PROVA PERICIAL. DESNECESSIDADE ASSENTADA EM DOIS GRAUS DE JURISDIÇÃO, MEDIANTE AMPLA COGNIÇÃO FÁTICO-PROBATÓRIA. PROCESSO TRANSITADO EM JULGADO. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INADMISSIBILIDADE NA VIA ELEITA. DEMAIS MATÉRIAS NÃO CONHECIDAS PELO STJ. NÃO CONHECIMENTO, NESTE WRIT, SOB PENA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. ESTUPRO. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. **ORDEM DE INQUIRÇÃO DAS TESTEMUNHAS. ART. 212 DO CPP. NULIDADE RELATIVA. PREJUÍZO NÃO-DEMONSTRADO. WRIT DENEGADO.** 1. **A inquirção de testemunhas consubstanciada fora de ordem estabelecida, quando muito, gera nulidade relativa, impondo a incidência do princípio pás de nullité sans grief.** 2. **A jurisprudência desta Suprema Corte é pacífica no sentido de que a inobservância da ordem de inquirção de testemunhas não constitui vício capaz de inquinar de nulidade o ato processual ou a ação penal, razão por que a demonstração do efetivo prejuízo se faz necessária para a invalidação do ato.** Precedente: HC nº 112.446/SP, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, unânime, DJe 1º.06.2012 3. In casu, a) **Verifica-se que as testemunhas foram inquiridas, de acordo com a ata da audiência de instrução realizada em 02.07.2009, na seguinte ordem: primeiramente responderam as perguntas do magistrado e, em seguida, as do Ministério Público e da Defesa. Entrementes, a Impetrante não se desincumbiu do ônus de demonstrar o efeito prejuízo advindo da alteração da ordem na inquirção das testemunhas.** Muito pelo contrário, as instâncias inferiores expressamente examinaram a matéria, assentando a inexistência de quaisquer prejuízos à efetiva defesa, na medida em que foi oportunizado exercício do contraditório e da ampla defesa (CRFB/88, art. 5º, XXXV) b) A defesa do paciente não logrou demonstrar o efetivo prejuízo advindo da alteração da ordem de inquirção das testemunhas, ex vi do art. 212 do CPP, na redação dada pela Lei nº 11.690/2008. Ao revés, as instâncias inferiores bem examinaram a matéria, asseverando que foi oportunizado o exercício dos postulados da ampla defesa e do contraditório (CRFB/88, art. 5º, XXXV). 4. A competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar habeas corpus está definida, exaustivamente, no artigo 102, inciso I, alíneas “d” e “i”, da Constituição da República, sendo certo que o paciente não está arrolado em qualquer das hipóteses sujeitas à jurisdição desta Corte. 5. A concessão, ex officio, da ordem não se justifica in casu porquanto inexistente error in procedendo. 6. Writ denegado.(HC 114787, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 25/06/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-158 DIVULG 13-08-2013 PUBLIC 14-08-2013, grifo nosso)

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. PORTE ILEGAL DE ARMA. ART. 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INVERSÃO NA ORDEM DE PERGUNTAS ÀS TESTEMUNHAS. PERGUNTAS FEITAS PRIMEIRAMENTE PELA MAGISTRADA. NULIDADE RELATIVA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. ORDEM DENEGADA. 1. Pelo que se tem nos autos, não foi vedado à defesa nem à acusação inquirir diretamente as testemunhas. **O juiz de primeira instância apenas afirmou, com base na sua interpretação**

do art. 212 do Código de Processo Penal, com a alteração da Lei n. 11.690/2008, que deveria inquirir primeiramente as testemunhas. 2. O princípio do pas de nullité sans grief exige, sempre que possível, a demonstração de prejuízo concreto pela parte que suscita o vício. Precedentes. Prejuízo não demonstrado pela defesa. 3. Recurso ao qual se nega provimento.

(RHC 113382, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 25/09/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-197 DIVULG 05-10-2012 PUBLIC 08-10-2012, grifo nosso)

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. **INQUIRÇÃO DAS TESTEMUNHAS. INVERSÃO DA ORDEM PREVISTA NO ART. 212 DO CPP. NULIDADE RELATIVA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. CONDENAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE DOLO. VERIFICAÇÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.**

1. Não há falar em ofensa ao art. 212 do Código de Processo Penal.

Embora "a nova redação do art. 212 do Código de Processo Penal tenha estabelecido uma ordem de inquirição das testemunhas, a não observância dessa regra, acarreta, no máximo, nulidade relativa, sendo necessária, ainda, a demonstração de efetivo prejuízo (pas de nullité sans grief), por ser tratar de mera inversão, visto que não foi suprimida do juiz a possibilidade de efetuar perguntas, ainda que subsidiariamente, para a busca da verdade" (RHC 38.435/SP, Rel.Min. ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, DJe 15/5/2014). No caso dos autos, tendo a defesa alegado a nulidade sem, entretanto, explicar qual o prejuízo suportado, fica fragilizada a assertiva de violação do art. 212 do Código de Processo Penal.

2. O Tribunal a quo, segundo as circunstâncias específicas do caso, concluiu que a conduta do recorrido está tipificada no art. 14 da Lei n.º 10.826/2003. Dessa forma, para modificar o entendimento do Tribunal de origem e decidir pela absolvição do recorrente, seria imprescindível a incursão no conjunto fático-probatório e nos elementos de convicção dos autos, o que é vedado em sede de recurso especial a teor do enunciado da Súmula 7/STJ: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial".

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1545129/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 24/05/2016, DJe 01/06/2016, grifo nosso)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE NA ORDEM DAS PERGUNTAS FORMULADAS ÀS TESTEMUNHAS E AO RÉU. ART. 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. PRINCÍPIO PAS NULLITÉ SANS GRIEF. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, passou a inadmitir habeas corpus substitutivo de recurso próprio, ressalvando, porém, a possibilidade de concessão da ordem de ofício nos casos de flagrante constrangimento ilegal.

- **A inversão da ordem de inquirição direta das testemunhas prevista no art. 212 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei n.11.690/2008, não altera o sistema acusatório.** (EDcl no AgRg no AREsp 431.895/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 19/8/2014) - **O impetrante não logrou demonstrar qual o prejuízo experimentado pela defesa, limitando-se a afirmar que se trata de nulidade absoluta e que a magistrada teria assumido o papel da acusação.**

- **Não estando demonstrado qual teria sido o prejuízo concreto suportado pelo paciente, deve ser aplicado o princípio pas de nullité sans grief, previsto no art. 563 do Código de Processo Penal.**

Habeas corpus não conhecido.

(HC 341.534/SC, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 05/04/2016, DJe 19/04/2016, grifo nosso)

EMENTA: EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE - ROUBO - INVERSÃO ORDEM PREVISTA NO ART. 212 DO CPP - NULIDADE RELATIVA - PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO - DESCLASSIFICAÇÃO PARA FURTO - INVIABILIDADE - EMPREGO DE VIOLÊNCIA EVIDENCIADO - PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - INAPLICABILIDADE - EMBARGOS INFRINGENTES REJEITADOS. 1- A inversão da ordem prevista no art. 212 do CPP é causa de nulidade relativa, a qual somente pode ser declarada se alegada em momento oportuno e causar prejuízo efetivo. 2- Quando o agente subtrai, de forma brusca, a coisa que se encontrava junto ao corpo da vítima, fazendo esta cair ao chão, não há que se falar em violência apenas sobre a coisa, mas também sobre a pessoa, o que torna inadmissível a desclassificação do crime de roubo para o delito de furto. 3- Não se aplica o princípio da insignificância ao delito de roubo. (TJMG - Emb Infring e de Nulidade 1.0035.08.133312-8/002, Relator(a): Des.(a) Júlio César Lorens, 5ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 21/06/2016, publicação da súmula em 29/06/2016, grifo nosso)

EMENTA: PROCESSO PENAL - AUSÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NAS AUDIÊNCIAS DE INSTRUÇÃO CRIMINAL - INTIMAÇÃO REGULAR DO PROMOTOR DE JUSTIÇA - INOCORRÊNCIA DE IMPEDIMENTO À PARTICIPAÇÃO DA ACUSAÇÃO - INOBSERVÂNCIA DA REGRA DO ART. 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - NULIDADE RELATIVA - AUSÊNCIA DE PREJUÍZO - PRELIMINAR REJEITADA. ROUBO IMPRÓPRIO - TENTATIVA - DESCLASSIFICAÇÃO PARA FURTO TENTADO - GRAVE AMEAÇA COMPROVADA - RECONHECIMENTO DA MODALIDADE TENTADA - IMPOSSIBILIDADE - CONFISSÃO ESPONTÂNEA.

- O não comparecimento do Ministério Público nas audiências de instrução criminal não gera nulidade do processo se o mesmo foi devidamente intimado para os atos.

- **A inobservância da regra do art. 212 do Código de Processo Penal gera nulidade relativa (Precedente do STF). Estando presente na audiência o réu e seu defensor, que pode formular perguntas diretamente às vítimas, inexistente prejuízo que justifique a anulação do processo, o qual não pode ser presumido apenas em face da formulação de perguntas pela Magistrada ou por ter sido proferida a condenação em desfavor do réu.**

-Comprovadas a materialidade e a autoria delitivas, e inexistindo causas de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade, mantém-se a condenação do apelante pela prática do delito de

roubo impróprio na modalidade tentada.

- Rejeita-se o pedido de desclassificação para o crime de furto, porquanto devidamente comprovado o emprego de grave ameaça para assegurar a impunidade do crime.

- Deve-se aplicar a atenuante da confissão espontânea quando constatada a denominada confissão qualificada, que serviu de fundamento para a condenação do réu. Aplicação do entendimento sumulado no eg. STJ no verbete nº 545.

v.v. - CONSTITUCIONAL E PROCESSO PENAL - ROUBO IMPRÓPRIO TENTADO - NÃO COMPARECIMENTO DO REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO - PROVA DA ACUSAÇÃO PRODUZIDA PELO MAGISTRADO - VIOLAÇÃO AO SISTEMA ACUSATÓRIO E À IMPARCIALIDADE DO JUIZ - NULIDADE ABSOLUTA POR AFRONTA ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS - NULIDADE.

- A Constituição da República, em seu art. 129, inciso I, consagrou o sistema acusatório como regente do processo penal brasileiro, ao dispor que compete ao Ministério Público "promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei". Sendo assim, cabe ao órgão acusador tanto a gestão da prova quanto o ônus de sua produção, sendo tal incumbência indisponível e indelegável. - Nesse contexto, se o representante do parquet, ainda que por motivo justo, não comparece à audiência de instrução e julgamento, prejudicando a produção da prova que lhe aproveita, é defeso ao juiz avocar para si a gestão da prova, sob pena de romper a imparcialidade do órgão jurisdicional e, por conseguinte, violar frontalmente as garantias do devido processo legal e do sistema acusatório. (TJMG - Apelação Criminal 1.0514.14.006050-0/001, Relator(a): Des.(a) Amauri Pinto Ferreira (JD CONVOCADO) , 4ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 17/02/2016, publicação da súmula em 24/02/2016, grifo nosso)

EMENTA: PENAL - HOMICÍDIO CULPOSO - PRELIMINAR - NULIDADE - INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS PELO MAGISTRADO - OFENSA AO PRINCÍPIO ACUSATÓRIO - INOCORRÊNCIA - PRERROGATIVA DO JUIZ - MÉRITO - ATENUANTE - RÉU MAIOR DE 70 (SETENTA) ANOS - RECONHECIMENTO - REDUÇÃO DA PENA-BASE AQUÉM DE SEU PATAMAR MÍNIMO - INADMISSIBILIDADE - PENA DE PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA - REDUÇÃO EX OFFICIO.

- Não se constitui em ofensa ao princípio acusatório a inquirição de testemunhas pelo Magistrado, não somente porque a lei não veda tal conduta, como porque ela expressamente a autoriza na busca pela verdade real, nos termos do p. único do art. 212 do Código de Processo Penal.

- Comprovado nos autos que o réu era maior de setenta anos na data da sentença é de ser reconhecida a atenuante prevista no inciso I do art. 65 do Código Penal.

- Fixada a pena-base no mínimo legal, o reconhecimento de qualquer atenuante não tem o condão de reduzi-la aquém desse patamar, consoante Súmula nº. 231 do STJ e Súmula nº. 42 do TJMG.

- A fixação do valor da prestação pecuniária em quantum superior ao mínimo exige motivação idônea, sendo imperativa a sua redução se fixado tal valor com excesso na r. sentença recorrida. (TJMG - Apelação Criminal 1.0382.11.012721-6/001, Relator(a): Des.(a) Júlio Cezar Gutierrez , 4ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 10/02/2015, publicação da súmula em 25/02/2015, grifo nosso)

RATIFICAÇÃO DAS DECLARAÇÕES E DEPOIMENTOS DA FASE DE INQUÉRITO EM JUÍZO

Tema abordado no capítulo 4

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Recurso ordinário em habeas corpus. 2. Roubo duplamente majorado (concurso de agentes e emprego de arma de fogo). Condenação. Pena reduzida em apelação. 3. Alegações: a) **ocorrência de nulidade processual, ante a ofensa ao disposto no art. 203 do CPP, devido à leitura de depoimentos colhidos na fase inquisitorial na audiência de inquirição de testemunhas;** e b) o STJ, no recurso da defesa, emitiu decisão em reformatio in pejus, devendo, portanto, a pena-base ser reduzida ao mínimo legal. 4. **A ratificação em juízo dos depoimentos colhidos na fase inquisitorial não configura a ilegalidade pretendida, na medida em que se franqueou à defesa a plena intervenção no ato, mediante realização de perguntas e reperguntas, com isso prestigiando-se a ampla defesa e o contraditório.** 5. Reformatio in pejus na decisão do STJ. Inocorrência. Pena do recorrente não agravada. A Corte de Justiça não complementou indevidamente a fundamentação, apenas se valeu dos fundamentos utilizados pelas instâncias ordinárias. 6. Ausência de constrangimento ilegal. Recurso ordinário a que se nega provimento. (RHC 123894, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 03/03/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-051 DIVULG 16-03-2015 PUBLIC 17-03-2015 – grifo nosso)

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO. AUSÊNCIA DE APRECIÇÃO DE TESE DEFENSIVA NA SENTENÇA DE PRONÚNCIA. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO TRIBUNAL A QUO. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE NESTA CORTE SOB PENA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ALEGAÇÃO DE COLIDÊNCIA DE DEFESAS. PREJUÍZO NÃO CONFIGURADO. RÉS DEFENDIDAS POR ADVOGADOS DIFERENTES A PARTIR DA DIVERGÊNCIA DE INTERESSES. RATIFICAÇÃO DE DEPOIMENTOS EM JUÍZO. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. INOCORRÊNCIA. EXCESSO DE FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO DE PRONÚNCIA NÃO CONFIGURADO. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DO WRIT.

ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADA.

1. A alegação de falta de apreciação, na sentença de pronúncia, de tese defensiva, não foi apreciada pelo Tribunal a quo no acórdão impugnado, o que inviabiliza o exame das matérias por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.
2. Só se configura o conflito de defesas na hipótese em que um réu atribui a outro a prática criminosa que só pode ser imputada a um único acusado, de modo que a condenação de um ensejará a absolvição do outro, ou quando o delito tenha sido praticado de maneira que a culpa de um réu exclua a do outros. Precedentes do STJ.

3. In casu, incorreu colidência de defesa, já que as co-rés foram patrocinadas por defensores distintos a partir do momento em que os depoimentos demonstraram-se conflitantes.

4. **Inexiste ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório na ratificação, em juízo, de depoimentos colhidos na fase inquisitorial, quando foi oportunizada à defesa a realização de perguntas e reperguntas às testemunhas inquiridas. Aplicação do princípio do pas de nullité sans grief.**

5. Na sentença de pronúncia, o Magistrado não pode proferir colocações incisivas e considerações pessoais em relação ao réu nem se manifestar de forma conclusiva ao acolher o libelo ou rechaçar tese da defesa a ponto de influenciar na valoração do Jurados, sob pena de subtrair do Júri o julgamento do litígio 6. Entretanto, o comedimento desejado não pode ser tamanho a ponto de impedir que o Juiz não possa explicar seu convencimento quanto à existência de prova da materialidade e indícios suficientes da autoria.

7. In casu, o douto Magistrado, ao pronunciar a ré, atentou-se aos limites de sobriedade impostos a fim de legitimar a segunda fase do processo.

8. Habeas Corpus parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegado.

(HC 128.716/MS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 15/10/2009, DJe 23/11/2009)

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS - NULIDADE PROCESSUAL - ILEGALIDADES SUPOSTAMENTE OCORRIDAS NA FASE DE INQUÉRITO - **ILICITUDE DA PROVA POR VIOLAÇÃO AO DISPOSTO NOS ART. 203 E 204 DO CPP - INOCORRÊNCIA** - PRELIMINARES REJEITADAS - ABSOLVIÇÃO PELA INSUFICIÊNCIA DE PROVAS - IMPOSSIBILIDADE - MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS - DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS RESPONSÁVEIS PELA PRISÃO DO APELANTE EM PERFEITA CONSONÂNCIA COM O ACERVO PROBATÓRIO -DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE USO PRÓPRIO - INVIABILIDADE - DESTINAÇÃO MERCANTIL COMPROVADA - CONDENAÇÃO MANTIDA - ISENÇÃO DAS CUSTAS PROCESSUAIS - MATÉRIA AFETA AO JUÍZO DA EXECUÇÃO. I- Eventuais vícios ou irregularidades ocorridos na fase de inquérito policial não acarretam a nulidade do processo, não havendo que se falar em "ilicitude" passível de macular as provas derivadas, ou mesmo o feito. II- **Não há que se falar em ilicitude da prova e nulidade do feito em função da leitura, em audiência de instrução, das declarações prestadas pelas testemunhas na fase inquisitorial, não havendo qualquer vedação nesse sentido nos artigos 203 e 204 do Código de Processo Penal.** III - A segura prova testemunhal, aliada ao exame detido dos demais elementos colhidos durante a instrução criminal, com especial destaque para as circunstâncias da prisão do agente, é suficiente para se revelar a existência do tráfico ilícito de drogas e sua autoria, em conformidade com o sistema do livre convencimento motivado. IV- Demonstrada a finalidade mercantil da substância entorpecente apreendida, incabível a desclassificação para o delito do art. 28 da Lei 11.343/06. V - A condenação nas custas é uma consequência natural da sentença penal condenatória, conforme reza o art. 804 do CPP, sendo que eventual impossibilidade de seu pagamento deverá ser analisada pelo juízo da execução, quando exigível o encargo. (TJMG - Apelação Criminal 1.0261.15.004881-5/001, Relator(a): Des.(a) Alberto Deodato Neto , 1ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 19/07/2016, publicação da súmula em 29/07/2016 – grifo nosso)

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - ROUBO MAJORADO - PRELIMINAR - NULIDADE DO PROCESSO - LEITURA DOS DEPOIMENTOS PRESTADOS EM INQUÉRITO PARA FINS DE RATIFICAÇÃO EM JUÍZO - PROCEDIMENTO PLENAMENTE ACEITÁVEL - PRELIMINAR REJEITADA - MINORANTE DA TENTATIVA - NÃO CONFIGURADA - FRAÇÃO DE AUMENTO REFERENTE AO CONCURSO FORMAL - OBSERVÂNCIA À QUANTIDADE DE DELITOS PRATICADOS - ISENÇÃO DAS CUSTAS PROCESSUAIS - MATÉRIA AFETA AO JUÍZO DA EXECUÇÃO - RECURSO NÃO PROVIDO. I- **A leitura, em juízo, dos depoimentos prestados na fase inquisitorial, para fins de ratificação, não gera qualquer nulidade. Ao contrário, trata-se de procedimento costumeiro nas audiências de instrução e julgamento, que visa à judicialização da prova.** II- A consumação do crime de roubo se dá no exato momento em que a vítima perde a posse de seus bens, mediante a cessação da violência ou grave ameaça, sendo irrelevante o fato de inexistir posse mansa e pacífica da res, ou que o autor seja perseguido e preso instantes após o desapossamento. III- O quantum de aumento das reprimendas previsto no art. 70, caput, do CP, é variável de acordo com a quantidade de crimes cometidos em concurso. IV- A condenação do vencido ao pagamento das custas decorre de expressa previsão legal (art. 804 do CPP), sendo que eventual impossibilidade de seu pagamento deverá ser analisada pelo juízo da execução, quando exigível o encargo. (TJMG - Apelação Criminal 1.0672.15.019553-1/001, Relator(a): Des.(a) Alberto Deodato Neto , 1ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 05/07/2016, publicação da súmula em 15/007/2016 – grifo nosso)

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO - ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO E CONCURSO DE PESSOAS NA FORMA TENTADA (CP, ART. 157, § 2º, I E II C/C ART. 14) - **PRELIMINAR DE NULIDADE - SUPOSTA OFENSA AO DISPOSTO NO ART. 203 DO CPP - INEXISTÊNCIA** - MAJORANTES DE EMPREGO DE ARMA E CONCURSO DE PESSOAS - MANUTENÇÃO - DELITO DE CORRUPÇÃO DE MENORES (ART. 244-B DA LEI 8.069/90) - CRIME FORMAL - SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO - INVIABILIDADE - PLEITO DE ISENÇÃO DAS CUSTAS PROCESSUAIS - MATÉRIA PERTINENTE AO JUÍZO DE EXECUÇÃO - SENTENÇA MANTIDA.

-O fato de o representante do Ministério Público, na audiência de oitiva de testemunhas, fazer a leitura do depoimento prestado na fase de inquérito, para posterior ratificação, constitui nulidade relativa, cujo reconhecimento demanda a comprovação do prejuízo para a parte, assim como a necessidade de ser alegada na primeira oportunidade, situações estas que não se verificaram no caso específico dos autos.

-Ademais, não houve a mera ratificação em Juízo das declarações prestadas na fase inquisitorial, tendo sido oportunizado às partes a ampla defesa e o contraditório.

-Embora não apreendida e periciada a arma utilizada na prática delituosa, a comprovação de seu efetivo emprego por outros meios idôneos de prova autoriza a majoração da pena do delito de roubo.

-O ônus de demonstrar que o instrumento é desprovido de potencial lesivo, como na hipótese de arma de brinquedo é do acusado, o que não ocorreu no caso dos autos.

-Verificada a divisão de tarefas e o liame subjetivo entre os autores na prática do crime de roubo circunstanciado em sua forma tentada, caracterizado está o concurso de pessoas.

-O crime previsto no art. 244-B da Lei 8.060/90 é um delito formal, bastando para sua configuração que o agente imputável instigue ou pratique com o menor uma infração penal, independente da existência ou não de vida criminal pregressa do tutelado.

-Conforme estipula o artigo 804 do Código de Processo Penal, a condenação nas custas decorre de expressa previsão legal, devendo suposta impossibilidade de pagamento ser analisada pelo juízo da execução, quando exigível o encargo. (TJMG - Apelação Criminal 1.0672.14.003900-5/001, Relator(a): Des.(a) Wanderley Paiva , 1ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 14/06/2016, publicação da súmula em 24/06/2016 – grifo nosso)

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - FURTO - AUTORIA E MATERIALIDADE EVIDENCIADAS - RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

I - Deve ser caracterizada como criminoso a conduta de quem, durante a madrugada, entra por um basculante nos fundos do estabelecimento comercial, subtraindo importância em dinheiro, vários maços de cigarros e alguns isqueiros. Não há, enfim, fragilidade probatória. Ela, ao reverso, é plena e categórica, afastando qualquer possibilidade de absolvição.

II - A leitura, feita em juízo, dos depoimentos prestados pelas testemunhas na fase inquisitorial, não nulifica a prova, ainda mais se os depoimentos judiciais não se prenderam à ratificação dos anteriores, sendo oportunizados às partes a ampla defesa e o contraditório.

III - Diante do relevante valor do conjunto de bens subtraídos, inviável o reconhecimento do princípio da insignificância.

IV - Condenações por fatos anteriores ao apurado na ação penal de que se cuida, ainda que com trânsito em julgado posterior, não servem para caracterizar a agravante da reincidência, podendo, contudo, fundamentar a exasperação das penas-base como Maus antecedentes.

V - Possível o reconhecimento do furto privilegiado, eis que preenchidos os requisitos previstos no art. 155, §2º, CP. Penas redimensionadas.

VI - Os péssimos antecedentes autorizam a manutenção do regime prisional e a vedação à pena restritiva de direitos. (TJMG - Apelação Criminal 1.0261.14.005107-7/001, Relator(a): Des.(a) Corrêa Camargo , 4ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 15/06/2016, publicação da súmula em 22/06/2016 – grifo nosso)

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - CRIME DE FURTO PRIVILEGIADO - PRELIMINAR - NULIDADE - REJEIÇÃO - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - INAPLICABILIDADE - CONFISSÃO ESPONTÂNEA - RECONHECIMENTO - PENA INALTERADA - ISENÇÃO DE CUSTAS PROCESSUAIS - MATÉRIA AFETA AO JUÍZO DA EXECUÇÃO. 1 - **Não caracteriza nulidade ou violação ao devido processo legal a leitura em voz alta, pelo Juiz, dos depoimentos prestados pelas testemunhas na fase inquisitorial, para fins de ratificação.**

2 - Para que seja reconhecida a atipicidade da conduta por aplicação do Princípio da Insignificância é necessário que se verifique, no caso concreto, (a) a mínima ofensividade da conduta do agente; (b) a nenhuma periculosidade social da ação; (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada. 3 - A restituição do objeto furtado à vítima não torna irrelevante a conduta do agente, que deve ser penalmente responsabilizado por agir de forma contrária ao Direito. 4 - Tendo a pena-base sido fixada no mínimo legal, o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea não conduz à redução da pena. 5 - A imposição do pagamento das custas processuais é consequência da condenação pelo injusto penal, consoante o disposto no art. 804 do Código de Processo Penal, ficando o pedido de isenção relegado ao Juízo da execução. (TJMG - Apelação Criminal 1.0261.14.004744-8/001, Relator(a): Des.(a) Octavio Augusto De Nigris Bocalini , 3ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 08/03/2016, publicação da súmula em 18/03/2016 – grifo nosso)

PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

Tema relacionado ao capítulo 3

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. HOMICÍDIO E TENTATIVA DE HOMICÍDIO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PARA A PRISÃO PREVENTIVA. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE PROVA. **INEXISTÊNCIA DE EXCESSO DE PRAZO PARA A FORMAÇÃO DA CULPA. COMPLEXIDADE DO FEITO.** ORDEM DENEGADA. 1. Além da necessidade de resguardar a aplicação da lei penal, pelo período em que o Paciente permaneceu foragido por mais de dez anos, a demonstrar a propensão de esquivar-se da persecução criminal, a constrição da liberdade do Paciente harmoniza-se com a jurisprudência deste Supremo Tribunal, assentada em ser a periculosidade do agente, evidenciada pelo risco de reiteração delitiva, motivo idôneo para a custódia cautelar. Precedentes. 2. Seria preciso reexaminar fatos e provas dos autos para acolher a alegação da defesa de ter o Paciente pretendido informar novo endereço para afastar a possibilidade da prisão, ao que não se presta o habeas corpus. 3. Pelo que decidido nas instâncias antecedentes, **não se há cogitar de desídia judicial na tramitação do feito na origem, harmonizando-se as decisões proferidas com a jurisprudência deste Supremo Tribunal de ser improcedente a alegação de excesso de prazo quando a complexidade do processo justifica a tramitação mais alongada do processo.** 4. Ordem denegada. (HC 134154, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 10/05/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-105 DIVULG 20-05-2016 PUBLIC 23-05-2016, grifo nosso)

EMENTA AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. HOMICÍDIO. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. **EXCESSO DE PRAZO NÃO CONFIGURADO.** 1. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla ao preceito constitucional. 2. Prisão preventiva decretada forte na garantia da ordem pública, presentes as circunstâncias concretas reveladas nos autos. Precedentes. 3. **A razoável duração do processo não pode ser considerada de maneira isolada e descontextualizada das peculiaridades do caso concreto.** 4. Agravo regimental conhecido e não provido. (HC 125144 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 31/05/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-134 DIVULG 27-06-2016 PUBLIC 28-06-2016, grifo nosso)

Habeas corpus. 2. Tráfico e associação para o tráfico de drogas (arts. 33, caput, e 35 da Lei n. 11.343/2006). 3. Prisão preventiva. Necessidade da custódia cautelar para garantir a ordem pública. 3.1. Gravidade concreta do delito: grande quantidade de droga apreendida (4,24 kg de cocaína). 3.2. Acusado que responde a outra ação penal no mesmo juízo processante, também

por crime de tráfico (real possibilidade de reiteração delitiva). 3.3. Fundamentação idônea que recomenda a medida constritiva. 4. **Alegação de excesso de prazo na formação da culpa.** 4.1. **Pluralidade de réus e expedição de carta precatória para oitiva de testemunha. Demora justificada.** 5. **Ausência de constrangimento ilegal.** Ordem denegada, com recomendação de celeridade no julgamento da ação penal. (HC 133056, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 07/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-132 DIVULG 23-06-2016 PUBLIC 24-06-2016, grifo nosso)

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PRISÃO PREVENTIVA. ROUBO QUALIFICADO (EMPREGO DE ARMA E CONCURSO DE AGENTES), ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA, RECEPÇÃO, USO DE DOCUMENTO FALSO, PORTE DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO, DE USO RESTRITO COM MARCAÇÃO SUPRIMIDA, DISPARO DE ARMA EM VIA PÚBLICA. EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA. GRAVIDADE CONCRETA DOS DELITOS. PERICULOSIDADE SOCIAL. MODUS OPERANDI. FUGA. CONTUMÁCIA DELITIVA. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. MANUTENÇÃO DA PRISÃO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. O habeas corpus não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. Na espécie, há um conflito de interesses a serem protegidos: de um lado, direito individual à razoável duração do processo e, de outro, o dever do Estado de garantir a proteção da ordem pública.

3. **Embora caracterizada excessiva demora na finalização da instrução processual, porquanto o paciente está preso há dois anos e houve sete tentativas frustradas de finalização da audiência de instrução e julgamento, canceladas por causas não atribuíveis à defesa, trata-se de causa complexa, com pluralidade de réus e de delitos (o paciente foi denunciado pela prática de sete crimes).**

4. Destaca-se, ainda, a periculosidade social do agente, evidenciada pelo (i) modus operandi dos delitos (roubo praticado mediante grave ameaça e em concurso de pessoas, paciente efetuou disparos de arma de fogo em via pública; os réus empreenderam fuga, trocaram de veículo, mas perseguidos até cidade vizinha, foram presos em flagrante delito); e (ii) por sua permanência na atividade criminosa (paciente responde a quatro outras ações penais pela prática de delitos da mesma espécie).

5. **Aplicando-se os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade no sopesamento dos interesses em conflito, afere-se que, neste momento processual, a proteção da ordem pública deve prevalecer e não há constrangimento ilegal na manutenção da prisão preventiva do paciente, diante, inclusive, da gravidade concreta dos crimes a ele imputados.**

6. Habeas corpus não conhecido.

(HC 350.982/CE, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 14/06/2016, DJe 21/06/2016, grifo nosso)

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. RECEPÇÃO E ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. PRISÃO PREVENTIVA. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS. ALEGAÇÃO. EXCESSO DE PRAZO PARA A FORMAÇÃO DA CULPA. NÃO OCORRÊNCIA. FEITO COMPLEXO. NECESSIDADE. EXPEDIÇÃO DE CARTAS PRECATÓRIAS. CONCLUSÃO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. FASE DE ALEGAÇÕES FINAIS. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. RECURSO DESPROVIDO.

1. A questão do eventual excesso de prazo para o encerramento da instrução criminal, à luz da jurisprudência desta Corte Especial, deve ser apreciada com base no princípio da razoabilidade de modo que o eventual constrangimento ilegal não resulta de um critério aritmético, há que ser verificado pelo julgador numa aferição do caso concreto, de acordo com as suas peculiaridades e complexidades.
2. O caso apresenta complexidade a justificar uma dilatação dos prazos processuais. A ação penal conta com pluralidade de réus, localizados em diferentes comarcas, com defensores distintos, exigindo a necessidade de expedição de cartas precatórias.

Precedentes. Ademais, o relato informativo constante dos autos demonstra que o processo, a despeito da explicada complexidade, segue o curso normal, não havendo qualquer registro de fatos que possam indicar um retardo excessivo ou desarrazoado a justificar o relaxamento da prisão cautelar, estando o feito inclusive na fase de alegações finais para a defesa, o que atrai a incidência do enunciado n. 52 da Súmula desta Corte Superior.

3. Recurso ordinário em habeas corpus a que se nega provimento.

(RHC 62.264/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 16/06/2016, DJe 24/06/2016, grifo nosso)

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

"HABEAS CORPUS". ROUBO TRIPLAMENTE MAJORADO. CORRUPÇÃO DE MENORES. RELAXAMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO. INADMISSIBILIDADE. EXTRAPOLAÇÃO DO PRAZO DEVIDAMENTE JUSTIFICADA. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA. COM RECOMENDAÇÃO. OFÍCIO. 1. Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de excesso de prazo na formação da culpa, nos termos da súmula nº. 52 do STJ. 2. O prazo legal para a conclusão do processo de réu preso não pode ser resultado exclusivo da simples somatória dos lapsos para a realização de todos os atos previstos na Lei, devendo se adequar às particularidades da causa. 3. Ordem denegada. Com recomendação. Ofício. V.V. - Configura-se constrangimento ilegal o excesso de prazo na prisão cautelar do paciente quando este se encontrar preso há um ano e três meses sem que a defesa tenha dado causa à delonga e ausentes quaisquer intercorrências incomuns aptas a justificar a delonga na tramitação processual. (TJMG - Habeas Corpus Criminal 1.0000.16.029530-9/000, Relator(a): Des.(a) Marcílio Eustáquio Santos, 7ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 16/06/2016, publicação da súmula em 23/06/2016, grifo nosso)

EMENTA: HABEAS CORPUS - HOMICÍDIOS QUALIFICADOS CONSUMADO E TENTADO - EXCESSO DE PRAZO - INOCORRÊNCIA - PACIENTE PRONUNCIADO - INTELIGÊNCIA DA SÚMULA N.º 21, DO STJ - CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO - ORDEM DENEGADA. **Conforme inteligência da Súmula n.º 21, do Superior Tribunal de Justiça, pronunciado o réu fica superada a alegação do constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo na formação de sua culpa.** (TJMG - Habeas Corpus Criminal 1.0000.16.024501-5/000, Relator(a): Des.(a) Corrêa Camargo, 4ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 15/06/2016, publicação da súmula em 22/06/2016, grifo nosso)

NÃO APRECIACÃO DAS TESES DEFENSIVAS

Tema abordado nos capítulos 4 e 5

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

EMENTA DIREITO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. TENTATIVA DE HOMICÍDIO. JÚRI. PENA REDIMENSIONADA PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DOSIMETRIA DA PENA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. OFENSA REFLEXA. **1. Segundo a jurisprudência desta Suprema Corte, desnecessário o exame detalhado de cada argumento suscitado pela parte a ensejar ofensa ao art. 93, IX, da Constituição Federal. 2. Inadequada a interposição do extraordinário para rever dosimetria da pena, matéria de cunho eminentemente infraconstitucional. Ofensa à Constituição Federal, se existente, seria meramente indireta, ou reflexa, a depender de interpretação da legislação ordinária.** Precedentes. 3. O recurso extraordinário não se presta para o reexame de fatos e provas da causa. Súmula 279/STF. 4. Agravo regimental conhecido e não provido. (ARE 742871 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 17/09/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-194 DIVULG 02-10-2013 PUBLIC 03-10-2013 – grifo nosso)

Agravo regimental em habeas corpus. 2. Tempestividade do regimental certificada. 3. Crime contra os costumes – atentado violento ao pudor (art. 214; 224, “a”; 226, II, todos o CP). 4. Nulidade na ação penal a partir da instrução processual. Requerimento de nova perícia psicológica. Arcabouço probatório suficiente robusto para corroborar as informações contidas nos laudos periciais. 5. **Alegação de nulidade na sentença proferida em primeiro grau, ante a ausência de apreciação de todas as teses defensivas. Inexistente. Acórdão recorrido decidido em estrita conformidade com a jurisprudência desta Corte no sentido de que não é necessário que o órgão julgante se manifeste sobre todos os argumentos apresentados pela defesa, bastando apenas a motivação idônea e que mantenha correlação com as provas carreadas nos autos.** Precedentes. 6. 5. Agravo regimental a que se nega provimento.
(HC 126555 AgR-AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em

24/11/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-247 DIVULG 07-12-2015 PUBLIC 09-12-2015 – grifo nosso)

Ementa: HABEAS CORPUS. PENAL. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA POR AUSÊNCIA DE EXAME DA TOTALIDADE DAS TESES DEFENSIVAS. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. PREJUÍZO DA DEFESA NÃO DEMONSTRADO. FALTA DE INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. INOCORRÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE ADMITIR-SE O WRIT CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. ORDEM DENEGADA. I – Improcedente a alegação de nulidade da sentença por cerceamento de defesa porque **o órgão julgador não está obrigado a rebater todas as teses defensivas, bastando que exponha, de forma fundamentada, as razões de seu convencimento. Precedentes. II – **Entendimento desta Corte no sentido de que, para o reconhecimento de eventual nulidade, ainda que absoluta, faz-se necessária a demonstração do efetivo prejuízo, o que não ocorreu na espécie.** III - As circunstâncias consideradas no agravamento da pena-base são de caráter objetivo – natureza e quantidade da droga apreendida-, de modo que não há falar em falta de individualização. IV – O habeas corpus, em que pese configurar remédio constitucional de largo espectro, não pode ser utilizado como sucedâneo da revisão criminal, salvo em situações nas quais se verifique flagrante ilegalidade ou nulidade, o que não é o caso dos autos. V – Ordem denegada.**

(HC 107784, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 09/08/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-170 DIVULG 02-09-2011 PUBLIC 05-09-2011 – grifo nosso)

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA HOMICÍDIO. DETERMINAÇÃO DO DOLO DO ACUSADO. NECESSIDADE DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. VERBETE SUMULAR N.º 07/STJ.

ALEGADA INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO PROCESSANTE. NULIDADE. INEXISTÊNCIA.

AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. TESE DE NULIDADE DAS DECISÕES QUE RECEBERAM A DENÚNCIA. SUPOSTA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. COMANDOS NORMATIVOS INCAPAZES DE ALTERAR O ENTENDIMENTO FIRMADO PELO ACÓRDÃO RECORRIDO.

ÓBICE DO VERBETE SUMULAR N.º 284/STF. ARGUIÇÃO DE INÉPCIA DA DENÚNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. EXORDIAL ACUSATÓRIA QUE DESCREVE SATISFATORIAMENTE AS CONDUITAS, EM TESE, DELITUOSAS. CRIME DE AUTORIA COLETIVA. DESNECESSIDADE DE INDIVIDUALIZAÇÃO MINUCIOSA DAS CONDUITAS.

ALEGADA NULIDADE DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. SUPOSTO NÃO ENFRENTAMENTO DE TODAS AS TESES DEFENSIVAS E INVERSÃO NA ORDEM DE OITIVA DE TESTEMUNHAS. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO E AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DOS DISPOSITIVOS LEGAIS TIDOS POR VIOLADOS. VERBETE SUMULAR N.º 284/STF. AUSÊNCIA DE ARGUMENTOS IDÔNEOS PARA INFIRMAR OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A defesa alega competência do Tribunal do Júri para o julgamento do feito, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, soberano na análise dos aspectos fáticos e probatórios da demanda, após o reexame das provas dos autos, entendeu que o caso não é da competência do Tribunal do Júri, afirmando expressamente que o dolo dos Acusados estaria voltado ao delito patrimonial e afastando a tese defensiva.

2. No caso, ao contrário do que afirma a Defesa, o propósito recursal implicaria, necessariamente, o reexame de todo o conjunto fático-probatório, o que não se coaduna com a via eleita, em face do óbice do enunciado n.º 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

3 Incabível o reconhecimento de nulidade decorrente da suposta incompetência do Juízo da 18.ª Vara Criminal de São Paulo, pois exige a prévia demonstração do efetivo prejuízo - o que não ocorreu na hipótese -, conforme disposto no art. 563 do Código de Processo Penal, o qual positivou o dogma fundamental da disciplina das nulidades (pas de nullité sans grief).

4. Não se verifica a alegada violação aos arts. 395, 396, 396-A e 397, do Código de Processo Penal, os dispositivos tidos por violados não possuem comando normativo capaz de alterar a conclusão a que chegou o Tribunal de origem no julgamento das apelações, incidindo o óbice do enunciado n.º 284 da Súmula do Pretório Excelso.

5. Esta Corte Superior de Justiça, na linha do entendimento perfilhado pelo Supremo Tribunal Federal, tem decidido que, nos crimes de autoria coletiva, é prescindível a descrição minuciosa e individualizada da ação de cada acusado, bastando a narrativa das condutas delituosas e da suposta autoria, com elementos suficientes para garantir o direito à ampla defesa e ao contraditório.

6. A denúncia da hipótese dos autos é apta, reservando-se para a instrução criminal o detalhamento mais preciso das condutas dos acusados e a comprovação dos fatos a eles imputados, a fim de que se permita a correta e equânime aplicação da lei penal.

7. A Defesa alega nulidade da sentença condenatória por não enfrentamento de todas as teses defensivas e por inversão na ordem de oitiva das testemunhas, no entanto, a Defesa não explicitou adequadamente os fundamentos do pleito e sequer indicou os dispositivos legais tidos por violados pelo acórdão recorrido, incidindo o óbice do enunciado n.º 284 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

8. À minguada de argumentos novos e idôneos para infirmar os fundamentos da decisão agravada, proferida em conformidade com a jurisprudência desta Corte e com a legislação processual pertinente, mantenho-a incólume.

9. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 257.232/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 26/08/2014, DJe 02/09/2014 -, grifo nosso)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO E CORRUPÇÃO ATIVA. ALEGAÇÃO DE INÉPCIA DA DENÚNCIA. NULIDADE SUSCITADA APÓS PROLATADA A SENTENÇA CONDENATÓRIA, CONFIRMADA PELA CORTE A QUO. MATÉRIA PRECLUSA.

IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECER A INOCÊNCIA NA VIA ELEITA. TESE DE NULIDADE DA SENTENÇA PELO NÃO ENFRENTAMENTO DAS TESES DE DEFESA.

INOCORRÊNCIA. INCIDÊNCIA DAS CAUSAS DE AUMENTO PREVISTAS NOS INCISOS III E IV DO ART. 40 DA LEI 11.343/06. AFASTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE.

REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA.

APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI ANTIDROGAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE.

PRETENDIDO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. SUPERVENIENTE TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE QUE, EVENTUALMENTE, PUDESSE ENSEJAR A CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

HABEAS CORPUS PARCIALMENTE PREJUDICADO E, NO MAIS, NÃO CONHECIDO.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso ordinário, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República.

2. Esse entendimento tem sido adotado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça também nos casos de utilização do habeas corpus em substituição ao recurso especial, com a ressalva da posição pessoal desta Relatora, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

3. Hipótese em que o Paciente FLED foi condenado, em primeira instância, à pena de 11 (onze) anos e 02 (dois) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 1678 (mil seiscientos e setenta e oito) dias-multa, por violação ao art. 33, caput, e ao art. 35 c.c. art. 40, incisos III e IV, todos da Lei n.º 11.343/06; e o Paciente DIEGO à pena de 09 (nove) anos, 07 (sete) meses e 06 (seis) dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais 1440 (mil quatrocentos e quarenta) dias-multa, pela prática dos mesmos delitos. Foram, ainda, condenados como incurso no art. 333, do Código Penal, à pena de 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão (Paciente FLED) e à pena de 02 (dois) anos de reclusão (Paciente DIEGO), ambos em regime inicial aberto.

4. Com a superveniência de sentença condenatória fica preclusa a alegação de inépcia da denúncia. Ademais, a denúncia, embora sucinta, descreve com todos os elementos indispensáveis, a existência dos crimes em tese, bem como a participação dos Pacientes, com

indícios suficientes para a deflagração da persecução penal, possibilitando-lhe o pleno exercício do direito de defesa.

Precedentes do Supremo Tribunal Federal e desta Corte Superior.

5. Não se tem como omissa uma sentença que, embora não se referindo, expressamente, à tese defensiva específica, fundamenta a manutenção da sentença com base nos elementos probatórios válidos sobre a materialidade e a autoria do crime para efeito da condenação.

6. No caso, as instâncias ordinárias reconheceram a existência de conjunto probatório suficiente a justificar a aplicação das causas de aumento previstas nos incisos IV e VI do art. 40 da Lei n.º 11.343/06. Assim, não é possível infirmar essa convicção na via estreita do remédio heróico, por demandar análise de matéria fático-probatória, o que é vedado em sede de habeas corpus.

7. A teor do entendimento desta Corte Superior, a condenação pelo delito de associação para o tráfico ilícito de drogas evidencia a dedicação do acusado à atividade criminosa, inviabilizando, portanto, a aplicação da causa de diminuição de pena inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos.

8. Com a superveniência do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, resta prejudicada a análise do direito de recorrer em liberdade.

9. Ordem de habeas corpus parcialmente prejudicada e, no mais, não conhecida.

(HC 233.258/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 04/02/2014, DJe 17/02/2014 – grifo nosso)

LESÃO CORPORAL DE NATUREZA GRAVE. ACÓRDÃO QUE NÃO TERIA APRECIADO AS TESES SUSCITADAS PELA DEFESA EM SUAS RAZÕES DE APELAÇÃO. ARESTO QUE EXPLICITOU ADEQUADAMENTE OS MOTIVOS PELOS QUAIS MANTEVE A SENTENÇA CONDENATÓRIA. INEXISTÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO PER RELATIONEM. NULIDADE NÃO CARACTERIZADA.

1. A imprescindibilidade de fundamentação das decisões judiciais mereceu destaque na Constituição Federal, constando expressamente do inciso IX do artigo 93, justificando-se na medida em que só é possível o seu controle ou impugnação se as razões que as justificaram forem devidamente apresentadas.

2. O julgador não está obrigado a refutar expressamente todas as teses aventadas pela defesa, desde que pela motivação apresentada seja possível aferir as razões pelas quais acolheu ou rejeitou as pretensões deduzidas. Precedentes.

3. No caso dos autos, a instância de origem, de forma motivada, manteve a sentença condenatória, afirmação que, em momento algum, pode ser confundida com a adoção de seus termos para afastar as teses defensivas, já que a Corte Estadual, por seus próprios fundamentos, apreciou cada uma das alegações contidas nas razões recursais, o que afasta a eiva suscitada na impetração.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - ROUBOS MAJORADOS - ART. 157, § 2º, INCISOS I E II, DO CÓDIGO PENAL - NULIDADE - **ALEGAÇÃO DE FALTA DE APRECIÇÃO DE TESES DEFENSIVAS - PRELIMINAR NÃO ACOLHIDA** - MÉRITO - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - PROVAS SUFICIENTES DE MATERIALIDADE E AUTORIA - DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE RECEPÇÃO - INVIABILIDADE - RECONHECIMENTO DE CRIME ÚNICO - NÃO CABIMENTO - REDUÇÃO DAS PENAS-BASE - VIABILIDADE - ESCOLHA DO QUANTUM DE ACRÉSCIMO NO ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO - AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA - SIMPLES MENÇÃO AO NÚMERO DE CAUSAS DE AUMENTO - IMPOSSIBILIDADE - PRECEDENTES DO STJ - ABRANDAMENTO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA - JUSTIÇA GRATUITA OU ISENÇÃO DE CUSTAS - JUÍZO DA EXECUÇÃO - RECURSO PROVIDO EM PARTE.

Não há que se falar em nulidade da sentença se o juízo de origem analisou, mesmo que implicitamente, todas as teses defensivas.

Se a prova dos autos, em seu conjunto, aponta para a autoria e a materialidade do delito de roubo em desfavor do réu, impõe-se a sua condenação, não havendo, outrossim, que se falar em desclassificação para o crime de receptação.

A inobservância à formalidade prevista no art. 226, inciso II, do Código de Processo Penal não configura ilegalidade, mormente quando o reconhecimento foi realizado com segurança pelas vítimas e está amparado nas demais provas carreadas ao processado.

Verificando-se que as circunstâncias judiciais atinentes aos motivos, circunstâncias e consequências do crime foram avaliadas de forma equivocada no juízo de origem, cabível a correção por esta instância revisora, culminando na redução das penas-base. Nos termos da Súmula nº 443 do STJ, "O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes". Necessário o abrandamento do regime inicial de cumprimento de pena em virtude do quantum da pena fixada, de ofício, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal. A condenação do réu no pagamento das custas é efeito da condenação, nos termos do artigo 804 do Código de Processo Penal, de modo que a concessão da justiça gratuita não implica na isenção do pagamento das custas processuais, cuja matéria é afeta ao juízo da execução.

REDUÇÃO DA PENA - PERSONALIDADE - DECOTE DA ANÁLISE DESFAVORÁVEL - NECESSIDADE - PROCESSOS EM CURSO. Os inquéritos policiais e ações penais em andamento não podem ser utilizados como fundamento para majorar a pena-base. Inteligência da Súmula 444 do STJ. (TJMG - Apelação Criminal 1.0481.15.002577-5/001, Relator(a): Des.(a) Kárin Emmerich, 1ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 26/07/2016, publicação da súmula em 05/08/2016 – grifo nosso)

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - LATROCÍNIO - **PRELIMINAR - NULIDADE DA SENTENÇA POR AUSÊNCIA DE ANÁLISE DE TESE DEFENSIVA - INOCORRÊNCIA - NULIDADE DO RECONHECIMENTO PESSOAL - NÃO CONFIGURADA** - MÉRITO - MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS - DELAÇÃO E PROVA TESTEMUNHAL E MATERIAL EM CONSONÂNCIA COM OS DEMAIS ELEMENTOS DE CONVICÇÃO - AMPLO CONJUNTO PROBATÓRIO - REDUÇÃO DAS PENAS-BASE - IMPOSSIBILIDADE - ISENÇÃO DAS CUSTAS PROCESSUAIS - MATÉRIA AFETA AO JUÍZO DA EXECUÇÃO. **I. Não se tem como**

omissa a sentença que, apesar de não combater expressamente todas as teses defensivas, fundamenta a condenação com base nos elementos probatórios válidos. II. O art. 226 do CPP dispõe sobre simples recomendações para o reconhecimento pessoal, sendo que a inobservância do disposto não tem o condão, por si só, de gerar nulidade. III. A delação do comparsa, aliada às provas testemunhal e material, serve perfeitamente como base para se definir a autoria do delito e, assim, afastar a tese absolutória por ausência de provas. IV. Quando a análise das circunstâncias judiciais é feita corretamente, não há que se falar em redução da pena-base. V. Eventual impossibilidade de pagamento das custas processuais deverá ser analisada pelo juízo da execução, quando exigível o encargo. V.V. O § 3º do art. 157 do Código Penal prevê duas modalidades de crimes qualificados pelo resultado. A 1ª parte do dispositivo legal prevê o crime de roubo qualificado pela lesão corporal grave. A 2ª parte dispõe sobre o delito de latrocínio, que nada mais é do que o crime de roubo qualificado pela morte. Se ocorrer lesão corporal grave, não deve prevalecer a modalidade tentada, e é imperiosa a desclassificação do crime de "latrocínio tentado" para a conduta descrita no art. 157, § 3º, primeira parte, do CP. (TJMG - Apelação Criminal 1.0145.08.503371-3/001, Relator(a): Des.(a) Alberto Deodato Neto , 1ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 19/07/2016, publicação da súmula em 29/07/2016)

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - FURTO QUALIFICADO TENTADO - AUSÊNCIA DE ANÁLISE E FUNDAMENTAÇÃO DAS TESES DEFENSIVAS - NULIDADE DA SENTENÇA POR OFENSA AO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO - INOCORRÊNCIAS - PRELIMINARES REJEITADAS - QUALIFICADORA DO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO DEVIDAMENTE COMPROVADA - CAUSA DE AUMENTO DE PENAS DO REPOUSO NOTURNO - DECOTE - TENTATIVA - "ITER CRIMINIS" AFASTADO DA CONSUMAÇÃO - REDUÇÃO NO PATAMAR MÁXIMO - RECONHECIMENTO DO FURTO PRIVILEGIADO - POSSIBILIDADE - CUSTAS PROCESSUAIS - ISENÇÃO DO PAGAMENTO - PEDIDO PREJUDICADO. 1. O julgador, ao decidir, não está obrigado a se manifestar expressamente sobre todos os pontos que a parte entender relevante, podendo fazê-lo implicitamente. 2. Não há falar-se em nulidade da sentença por ofensa ao princípio da correlação, vez que a decisão encontra-se em perfeita sintonia com os fatos articulados na denúncia. 3. Deve ser mantida a qualificadora do rompimento de obstáculo uma vez que restou devidamente comprovado através dos relatos da vítima e laudo pericial de vistoria do local do furto. 4. Em condenação por furto qualificado, para não incorrer em bis in idem, não se deve aplicar a causa especial de aumento de pena consistente na prática delitiva durante o repouso noturno. 5. O iter criminis percorrido se distanciou da consumação, sendo correta a redução das penas no grau máximo previsto no artigo 14, II, do CP, ou seja, em 2/3 (dois terços). 6. O furto privilegiado é uma medida de política criminal, contudo, para o seu reconhecimento a primariedade do agente e o pequeno valor da coisa furtada são requisitos concomitantes. 7. Fica prejudicado o pedido de isenção do pagamento das custas processuais, porque a sentença já a concedeu. Provimento parcial ao recurso é medida que se impõe. (TJMG - Apelação Criminal 1.0024.14.236414-0/001, Relator(a): Des.(a) Antônio Carlos Cruvinel , 3ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 28/06/2016, publicação da súmula em 08/07/2016 – grifo nosso)

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES - NULIDADE - AUSÊNCIA DE ANÁLISE DE TESE DEFENSIVA - INOCORRÊNCIA - PRELIMINAR REJEITADA. ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - PRIVILÉGIO - INVIABILIDADE DE RECONHECIMENTO - REQUISITOS LEGAIS NÃO PREENCHIDOS - RECURSO NÃO PROVIDO. I - Se, ao analisar todas as circunstâncias do caso concreto na sentença, com a exposição da prática delitiva e das razões do convencimento, de forma pormenorizada, de acordo com o contexto das provas, restaram as teses defensivas implicitamente rejeitadas, na medida em que a decisão acolhe posição oposta à apresentada pela defesa, inexistente nulidade da sentença por falta de análise de tese defensiva. II - Em se tratando de tráfico de drogas, o depoimento dos policiais que efetuaram a prisão em flagrante, se coerente com as demais provas dos autos, é apto a formar um juízo probatório para a condenação, sendo, neste caso, irrelevante a negativa de autoria dos réus. III - O benefício previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 somente pode incidir quando o agente é primário, possui bons antecedentes e não se dedica a atividades nem integra organização criminosa, sendo citados requisitos cumulativos. (TJMG - Apelação Criminal 1.0701.14.036654-6/001, Relator(a): Des.(a) Júlio César Lorens, 5ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 10/05/2016, publicação da súmula em 18/05/2016 – grifo nosso)

SÚMULA Nº 523 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Tema abordado no capítulo 5

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Ementa: PROCESSO PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ALEGAÇÃO DE NULIDADE ADVINDA DA INTIMAÇÃO DO PACIENTE, COM 15 (QUINZE) DIAS DE ANTECEDÊNCIA, EM LUGAR DA CITAÇÃO, PARA A AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. EXERCÍCIO DA AMPLA DEFESA. PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. ORDEM DENEGADA. 1. O processo penal rege-se pelo princípio da instrumentalidade das formas, do qual se extrai que as formas, ritos e procedimentos não encerram fins em si mesmos, mas meios de se garantir um processo justo e equânime, que confira efetividade aos postulados constitucionais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal. 2. **É cediço na Corte que: a) o princípio que vige no processo penal é o de que a nulidade de um ato processual somente deve ser declarada quando há a efetiva demonstração de prejuízo, nos termos do que dispõe o art. 563 do CPP, verbis: Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa; b) o enunciado da Súmula nº 523 do Supremo Tribunal Federal é nesse mesmo sentido, verbis: No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu; c) precedentes: HC 93.868/PE, Rel. Ministra Cármen Lúcia, Primeira Turma, Julgamento em 28/10/2008; HC 98.403/AC, Rel. Ministro Ayres Britto, Segunda Turma, Julgamento em 24/8/2010, HC 94.817, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Segunda**

Turma, Julgamento em 3/8/2010. 3. In casu, o paciente foi preso em flagrante por tráfico de entorpecentes, apresentou defesa prévia e foi intimado, e não citado, como deveria, com 15 (quinze) dias de antecedência para a audiência de instrução e julgamento. 4. Na hipótese vertente, o acolhimento da alegação de nulidade em razão da ausência de citação pessoal traduz apego desmedido à forma, consoante observado pelo órgão do Parquet federal oficiante no STJ, verbis: Só mesmo um apego exagerado às formas legais (num verdadeiro fetichismo das formas) é que poderia conduzir à nulidade da ação penal em apreço, razão pela qual entendemos que a ordem deve ser denegada.” Isto porque, repita-se, o paciente foi preso em flagrante, apresentou defesa prévia e foi intimado com 15 (quinze) dias de antecedência para a audiência de instrução e julgamento, restando incontroverso que tinha plena ciência da acusação que lhe pesava, circunstâncias que autorizam a conclusão, por ora, de que lhe foi garantido o exercício da ampla defesa. 5. Ordem Denegada. (HC 111472, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 25/06/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-158 DIVULG 13-08-2013 PUBLIC 14-08-2013 – grifo nosso)

EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CORRUPÇÃO DE MENOR. ALEGAÇÃO DE NULIDADE PROCESSUAL. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. INDEFERIMENTO DE VISTA DA PRINCIPAL PROVA. PERÍCIA COMPLEMENTAR. AUSÊNCIA DE NULIDADE OU DE PREJUÍZO PARA O PACIENTE: INCIDÊNCIA DA SÚMULA 523 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CONSTRANGIMENTO OU ABUSO DE PODER NÃO CONFIGURADOS. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE HABEAS CORPUS COMO SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. ORDEM DENEGADA. 1. Não se comprova, nos autos, nulidade do processo criminal por cerceamento de defesa, violação do princípio da ampla defesa e do contraditório, em desfavor do Paciente, tendo sido garantida à defesa a oportunidade de acesso ao material probatório por produção de cópias, não existindo obstáculo à pretendida análise reservada dos vídeos e ao confronto das imagens com os prontuários médicos. 2. Não se pode valer o Paciente de suposto prejuízo a que deu causa 3. A Súmula n. 523 deste Supremo Tribunal Federal dispõe que a deficiência da defesa somente anulará o processo se houver prova de prejuízo para o réu, não demonstrado. 4. O habeas corpus não pode ser utilizado como sucedâneo de revisão criminal. Precedentes. 5. Ordem denegada.
(HC 91711, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 25/06/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-229 DIVULG 20-11-2013 PUBLIC 21-11-2013 – grifo nosso)

Ementa: PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS (ART. 12 DA LEI 6.368/76). LAUDO DEFINITIVO DE EXAME TOXICOLÓGICO. JUNTADA TARDIA, POSTERIOR À SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA. CONJUNTO PROBATÓRIO INDEPENDENTE. EXERCÍCIO DO CONTRADITÓRIO. PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO.

RECURSO DESPROVIDO. 1. A nulidade decorrente da juntada tardia do laudo de exame toxicológico no crime de tráfico de drogas tem como pressuposto a comprovação do prejuízo ao réu. (Precedentes: HC 104.871/RN, Relator Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 7/10/2011); HC 82.035/MS, Relator Min. Sydney Sanches, Primeira Turma, DJ 4/4/2003; HC 85.173/SP, Relator Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe 15/2/2005; HC 69.806/GO, Relator Min. Celso de Mello, Primeira Turma, DJ 4/6/1993). 2. In casu: a) o recorrente foi denunciado (fls. 9) como incurso nas sanções do art. 12 da Lei 6.368/76, porque, em 27/9/2005, ao final do banho de sol dos detentos da cadeia pública da Comarca de Ponte Nova/MG, tentava esconder dos policiais 7 (sete) invólucros contendo substância vegetal esverdeada conhecida como “maconha”, de peso aproximado de 8,57g (oito gramas e cinquenta e sete centigramas); b) o Juiz de Direito de primeira instância proferiu sentença absolutória, por julgar que, para se aferir a materialidade delitiva, imprescindível seria a elaboração de laudo toxicológico definitivo, sendo insuficiente o laudo de constatação preliminar; c) o laudo definitivo, embora tenha sido elaborado antes da sentença, somente veio a ser juntado aos autos após a sua prolação; houve apelação pelo Ministério Público, que restou provida para condenar o réu, decisão confirmada em sede de embargos infringentes; d) a condenação fundou-se em conjunto probatório independente do laudo definitivo consistente em: laudo preliminar assinado por perito oficial não contestado pela defesa, bem como a confissão do acusado de que a droga era de sua propriedade; e) o contraditório foi oportunizado à defesa no momento das contrarrazões de apelação, e pela posterior interposição de embargos infringentes. 3. O processo penal rege-se pelo princípio da instrumentalidade das formas, do qual se extrai que as formas, ritos e procedimentos não existem como fins em si mesmos, mas como meios de se garantir um processo justo, equânime, que confira efetividade aos postulados constitucionais da ampla defesa, do contraditório, e do devido processo legal. 4. **É cediço na Corte que: a) no processo penal vigora o princípio geral de que somente se proclama a nulidade de um ato processual quando há a efetiva demonstração de prejuízo, nos termos do que dispõe o art. 563 do CPP, verbis: Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa; b) nesse mesmo sentido é o conteúdo do Enunciado da Súmula nº 523 do Supremo Tribunal Federal: No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu; c) precedentes: HC 93.868/PE, Rel. Ministra Cármen Lúcia, Primeira Turma, Julgamento em 28/10/2008; HC 98.403/AC, Rel. Ministro Ayres Britto, Segunda Turma, Julgamento em 24/8/2010, HC 94.817, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, Julgamento em 3/8/2010. 5. Recurso ordinário desprovido. (RHC 110429, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 06/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-058 DIVULG 20-03-2012 PUBLIC 21-03-2012 REVJMG v.63, n. 200, 2012, p. 359-361 – grifo nosso)**

Ementa: PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 38 DA LEI Nº 10.409/2002. **INOBSERVÂNCIA. NULIDADE. PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. NULIDADE SUPRIDA. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESTA PARTE, DENEGADA.** 1. O art. 38 da Lei nº 10.409/02, ao

estabelecer um contraditório preliminar, pretendeu fornecer elementos de aferição do juízo acerca da aptidão da denúncia. 2. **É cediço na Corte que a declaração de nulidade decorrente da inobservância do procedimento de contraditório prévio previsto na Lei nº 10.409/02 depende da demonstração de prejuízo à defesa.** Precedentes: HC 99441/SP, rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJ de 18/3/2010; HC 95434/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJ de 1/10/2009. 3. **O princípio geral do processo penal é o de que somente se proclama a nulidade de um ato processual quando há a efetiva demonstração de prejuízo, nos termos do que dispõe o art. 563 CPP, in verbis: “Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”, sufragado pela Súmula nº 523 do Supremo Tribunal Federal: “No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.”** 4. A doutrina assenta, in litteris: **“Constitui seguramente a viga mestra do sistema das nulidades e decorre da idéia geral de que as formas processuais representam tão-somente um instrumento para correta aplicação do direito; sendo assim, a desobediência às formalidades estabelecidas pelo legislador só deve conduzir ao reconhecimento da invalidade do ato quando a própria finalidade pela qual a forma foi instituída estiver comprometida pelo vício”** (in Grinover, Ada Pellegrini - As nulidades no processo penal, Revista dos Tribunais, 7ª EDIÇÃO, 2001, p. 28). 5. **O processo penal pátrio, no que tange à análise das nulidades, adota o Sistema da Instrumentalidade das Formas, em que o ato é válido se atingiu seu objetivo, ainda que realizado sem obediência à forma legal. É que o item XVII da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal assenta: “não será declarada a nulidade de nenhum ato processual, quando este não haja influído concretamente na decisão da causa ou na apuração da verdade substancial. Somente em casos excepcionais é declarada insanável a nulidade.”** 6. **Outrossim, o princípio pas de nullité sans grief – corolário da natureza instrumental do processo – exige, sempre que possível, a demonstração de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, ainda que a sanção prevista seja a de nulidade absoluta do ato”** (HC 93868/PE, Rel. Ministra CÁRMEN LÚCIA, PRIMEIRA TURMA, DJe 16/12/2010). À guisa de exemplo, demais precedentes: HC 98403/AC, Rel. Ministro AYRES BRITTO, SEGUNDA , DJe 07/10/2010; HC 94.817, Rel. Ministro GILMAR MENDES, SEGUNDA TURMA, DJe 02/09/2010; HC 98403/AC, Rel. Ministro AYRES BRITTO, SEGUNDA TURMA, DJe 07/10/2010; HC 94.817, Rel. Ministro GILMAR MENDES, SEGUNDA TURMA, DJe 02/09/2010. 7. In casu, depois de um longo processo em que a defesa dispôs de diversas oportunidades para manifestar-se não apenas sobre os aspectos substanciais da acusação, mas também sobre os formais, o paciente restou condenado a vinte e cinco anos de reclusão em decisão fundada no exame do conjunto fático-probatório dos autos, substituindo a do recebimento da denúncia – em cujo contexto se insere o contraditório prévio previsto no art. 38 da Lei nº 10.409/02. 8. **A fortiori, conclui-se que, independentemente da participação do paciente na fase preliminar do processo-crime, a denúncia seria recebida, não havendo prejuízo para a defesa.** 9. Parecer da PGR pela denegação da ordem. 10. Ordem parcialmente conhecida e, nesta parte, denegada. (HC 100515, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX, Segunda Turma, julgado em 16/08/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-182 DIVULG 14-09-2012 PUBLIC 17-09-2012 – grifo nosso)

EMENTA: 1. Habeas Corpus. 2. Furto Qualificado. 3. **Alegação de nulidade decorrente da falta de intimação pessoal do defensor dativo para a sessão de julgamento da apelação.** 4. **Decorridos quase 5 (cinco) anos do trânsito em julgado da condenação, não há porque declarar a nulidade da ação penal por falta de intimação pessoal do defensor dativo da pauta de julgamento da apelação perante o Tribunal de Justiça.** 5. **A jurisprudência do STF consolidou o entendimento segundo o qual a matéria relativa à nulidade processual torna-se definitiva com o trânsito em julgado da condenação. Precedentes.** 6. **Ausência de comprovação do prejuízo (Súmula nº 523 do STF) pois houve publicação da pauta de julgamento na imprensa oficial.** 7. Ordem indeferida. (HC 86128, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 12/02/2008, DJe-074 DIVULG 24-04-2008 PUBLIC 25-04-2008 EMENT VOL-02316-03 PP-00655 – grifo nosso)

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. RELATÓRIO CIRCUNSTANCIADO DE INVESTIGAÇÕES. UTILIZAÇÃO DO DEPOIMENTO DE POLICIAIS QUE EFETUARAM O FLAGRANTE.

POSSIBILIDADE. DEFESA COLIDENTE. NÃO OCORRÊNCIA. ENUNCIADO DE SÚMULA N. 523, STF. PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do writ, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

2. **"O depoimento dos policiais prestado em juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do paciente, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade das testemunhas, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, fato que não ocorreu no presente caso."** (HC 165.561/AM, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 15/02/2016).

3. O condutor do Auto de Prisão em Flagrante teve seu depoimento colhido em juízo, sob o crivo do contraditório, atestando a comercialização de ilícitos flagrada na localidade, em conhecido ponto de venda de drogas.

4. "Ainda que a condenação tivesse sido amparado apenas no depoimento de policiais - o que não ocorreu na espécie -, de qualquer forma não seria caso de anulação da sentença, porquanto esses não se encontram legalmente impedidos de depor sobre atos de ofício nos processos de cuja fase investigatória tenha participado, no exercício das funções. Em sendo assim, tais depoimentos revestem-se de inquestionável eficácia probatória, principalmente

quando prestados em juízo, sob a garantia do contraditório" (HC 30.776/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJ 8/3/2004, p.304)

5. A despeito da substituição de patronos, de certo que seu novo representante interpôs seu intento recursal, objetivando a reforma da sentença, sendo certo que "a técnica defensiva (e a tese a ser ofertada, esta pertencente ao advogado), não fugiu àquilo que se possa mensurar como qualitativa, afastando a possibilidade de se declarar que o paciente esteve indefeso".

6. Ao contrário do que ocorre quando da falta de defesa, sua deficiência não dá ensejo à declaração de nulidade, pois, em sendo esta relativa, há necessidade de demonstração do efetivo prejuízo acarretado ao acusado. Aplicação do verbete Sumular n. 523, STF.

7. Não obstante a intimação ter sido direcionada supostamente a outro patrono, certo é que ficou superada qualquer alegação de nulidade em vista da interposição de apelo recursal, ficando, portanto, patente a inexistência de prejuízo à defesa do acusado.

Precedentes.

8. Nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal, consubstanciado pela máxima do pas de nullité sans grief, não há que ser declarado um ato nulo se da nulidade não resultar prejuízo. Sob esse viés, considerando o exercício do contraditório e da ampla defesa, em todas suas variáveis, não há que se falar em nulidade.

9. Habeas corpus não conhecido.

(HC 280.912/MG, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 16/06/2016, DJe 24/06/2016 – grifo nosso)

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO.

NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO, RECEPÇÃO, ADULTERAÇÃO DE CHASSI E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO E RESTRITO. PRISÃO PREVENTIVA. ALEGADO EXCESSO DE PRAZO PARA O FIM DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. PREJUDICIALIDADE. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA.

SÚMULA N. 52/STJ. APONTADA NULIDADE NA AUDIÊNCIA DE OITIVA DE TESTEMUNHAS PELA AUSÊNCIA DE DEFENSOR CONSTITUÍDO. NÃO OCORRÊNCIA.

DEFENSOR DATIVO NOMEADO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC n.

109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC n.

121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC n.

117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n.

284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, Sexta

Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min.

Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração.

Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

III - O prazo para a conclusão da instrução criminal não tem as características de fatalidade e de improrrogabilidade, fazendo-se imprescindível raciocinar com o juízo de razoabilidade para definir o excesso de prazo, não se ponderando a mera soma aritmética dos prazos para os atos processuais. (Precedentes do STF e do STJ).

IV - Além disso, na hipótese, verifica-se, conforme consulta realizada junto ao sítio eletrônico do eg. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, que já foi proferida sentença condenatória em desfavor do paciente na data de 27/1/2016. Assim, fica superada a alegação de excesso de prazo para a formação da culpa, nos termos do enunciado da Súmula nº 52/STJ.

V - Lado outro, cumpre salientar que a jurisprudência pacífica desta Corte adota o princípio pas de nullité sans grief, que exige a demonstração de efetivo prejuízo para a parte a fim de justificar a anulação de atos processuais, o que não ocorre na presente hipótese, uma vez que a defesa constituída tinha ciência da data da referida audiência de oitiva de testemunhas e não compareceu, sendo nomeado defensor dativo para suprir a ausência, com a posterior disponibilização do teor dos depoimentos.

VI - Ademais, "Somente a ausência de defesa técnica, ou situação a isso equiparável, com prejuízos demonstrados ao acusado, é apta a macular a prestação jurisdicional, nos termos da Súmula 523 do STF" (HC n. 56.973/RO, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 15/12/2015).

Habeas corpus não conhecido.

(HC 341.602/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 02/06/2016, DJe 16/06/2016 – grifo nosso)

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. PENDÊNCIA DE JULGAMENTO DE HABEAS CORPUS EM INSTÂNCIA SUPERIOR. AUSÊNCIA DE PROVIMENTO LIMINAR. NÃO SUSPENSÃO DA AÇÃO PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS AO ACÓRDÃO DE RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. REGRA REGIMENTAL VIGENTE.

DESNECESSIDADE DE INCLUSÃO EM PAUTA. PRINCÍPIO TEMPUS REGIT ACTUM.

DESIGNAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO POR JUIZ INSTRUTOR.

POSSIBILIDADE. NÃO COMPARECIMENTO DO ADVOGADO CONSTITUÍDO. NOMEAÇÃO DE DEFENSOR DATIVO. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO RÉU PARA A AUDIÊNCIA. NULIDADES RELATIVAS. PREJUÍZOS INEXISTENTES. PEDIDO GENÉRICO DE PERÍCIA. INDEFERIMENTO. CONCLUSÃO DE DILIGÊNCIAS APÓS O INTERROGATÓRIO. POSSIBILIDADE.

INTIMAÇÃO PRÉVIA DO ADVOGADO PARA JULGAMENTO DO AGRAVO REGIMENTAL. DESNECESSIDADE.

1. A pendência de julgamento de habeas corpus por instância superior sem que haja provimento liminar não impede o curso da ação penal na instância a quo.
 2. A regra vigente do art. 264 do RISTJ não impunha a inserção em pauta para julgamento dos embargos de declaração opostos ao acórdão de recebimento da denúncia. Princípio tempus regit actum.
 3. A simples leitura da ementa não vicia o julgamento, porquanto aos Ministros é disponibilizado previamente o conteúdo do voto, a evidenciar aptidão dos julgadores para decidir.
 4. O inciso III do art. 3º da Lei n. 8.038/90 confere ao juiz instrutor poderes para designar audiências e decidir questões pertinentes à instrução processual, ressalvadas as competências exclusivas do relator.
 5. Se a defesa tinha plena ciência de que as testemunhas seriam ouvidas por videoconferência nas cidades onde se encontravam, não se justificando o comparecimento do advogado em cidade estranha ao local onde devia realizar-se o ato processual, correta a designação de defensor dativo pelo juiz instrutor, nos termos do art. 265, § 2º, do Código de Processo Penal. Aplicação da Súmula n. 523 do STF.
 6. **Embora seja conveniente, não é obrigatória nem indispensável a presença do acusado para a validade do ato processual. Trata-se de nulidade relativa, que demanda a demonstração de concreto prejuízo.**
 7. **As nulidades suscitadas pela parte agravante demanda a comprovação do efetivo prejuízo, nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal. Vigora, no direito processual penal, o princípio pas de nullité sans grief.**
 8. O pedido genérico de prova pericial merece indeferimento, principalmente quando a denúncia vem acompanhada de fatos relatórios técnicos de análise.
 9. Não há nulidade quando as diligências determinadas no curso da ação penal findam após o interrogatório, conforme o disposto no art. 402 do CPC.
 10. **Não há, no Regimento Interno do STJ, previsão para a intimação prévia do advogado para ser cientificado do julgamento de agravo regimental, que será apresentado em mesa, tampouco previsão da possibilidade de sustentação oral.**
 11. Agravo regimental desprovido.
- (AgRg na APn 702/AP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/06/2016, DJe 16/06/2016 – grifo nosso)

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. TRIBUNAL DO JÚRI. SIGILO DAS VOTAÇÕES. VOTAÇÃO DOS QUESITOS LEVADA ATÉ O FINAL, SEM TER SIDO ENCERRADA QUANDO OBTIDA A MAIORIA. ARTIGO 483, §§ 1º E 3º, DO CPP. NULIDADE DO JULGAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 523/STF. AUSÊNCIA DE PREJUÍZOS À DEFESA. MERA IRREGULARIDADE.

1. **Cinge-se à questão acerca da nulidade da sessão plenária por ter sido a votação dos quesitos levada até o final, sem ter sido encerrada quando obtida a maioria, em desrespeito ao contido no artigo 483, §§ 1º e 3º, do CPP.**

2. No ponto, o Tribunal de origem afastou o vício por não ter o acusado demonstrado o prejuízo sofrido, além de considerar a matéria preclusa.

3. No campo da nulidade no processo penal vigora o princípio "pas de nulité sans grife", segundo o qual, o reconhecimento de nulidade exige a comprovação de efetivo prejuízo (art. 563 do Código de Processo Penal). Foi, desse modo, editado pelo Supremo Tribunal Federal o enunciado sumular 523, que assim dispõe: No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.

Nessa linha, a demonstração do prejuízo sofrido pela defesa - que, em alguns casos de nulidade absoluta, por ser evidente, pode decorrer de simples raciocínio lógico do julgador - é reconhecida pela jurisprudência atual como imprescindível tanto para a nulidade relativa quanto para a absoluta.

4. No presente caso, o Tribunal a quo afastou a ocorrência de qualquer prejuízo. Assim, ausente a demonstração do prejuízo sofrido pelo recorrente, por ter sido a votação dos quesitos levada até o final, sem ter sido encerrada quando obtida a maioria, não há nulidade a ser sanada.

5. Ademais, segundo julgado da Sexta Turma desta Corte Superior de Justiça "conquanto a regra contida nos §§ 2º e 3º do art. 483 do CPP, com a redação determinada pela Lei nº 11.689/2008, estabeleça o encerramento da votação com a resposta de mais de 3 (três) jurados, a circunstância de o magistrado haver prosseguido na abertura das respostas dos demais jurados não maculou o princípio do sigilo das votações, tratando-se de mera irregularidade"

(HC 162.443/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 10/04/2012, DJe 09/05/2012 – grifo nosso).

6. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1454610/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/05/2016, DJe 25/05/2016)

DEFICIÊNCIA DE DEFESA. NULIDADE RELATIVA. VERBETE 523 DA SÚMULA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DEFENSOR PÚBLICO. DILIGÊNCIA NA ATUAÇÃO.

PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. NULIDADE NÃO CONFIGURADA.

1. Consolidou-se no âmbito dos Tribunais Superiores o entendimento de que apenas a falta de defesa técnica constitui nulidade absoluta da ação penal, sendo certo que eventual alegação de sua deficiência, para ser apta a macular a prestação jurisdicional, deve ser acompanhada da demonstração de efetivo prejuízo para o acusado, tratando-se, pois, de nulidade relativa. Enunciado 523 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

2. Não se pode qualificar como defeituoso o trabalho realizado pelos membros da Defensoria Pública que atuaram nos autos, oferecendo defesa preliminar em favor da ré, participando da instrução probatória, bem como apresentando alegações finais e recorrendo da sentença condenatória.

3. Habeas corpus não conhecido.

(HC 350.457/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 26/04/2016, DJe 03/05/2016 – grifo nosso)

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - TRIBUNAL DO JÚRI - HOMICÍDIO QUALIFICADO - INCONFORMISMO MINISTERIAL - PRELIMINAR - NULIDADE DO PROCESSO POR AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO E OITIVA DE TESTEMUNHA IMPRESCINDÍVEL EM PLENÁRIO - INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO NO CASO CONCRETO - ABSOLVIÇÃO DECRETADA PELO CONSELHO DE SENTENÇA - DECISÃO NÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS - CASSAÇÃO DO DECISUM POPULAR - INVIABILIDADE - VEREDICTO MANTIDO - RECURSO MINISTERIAL DESPROVIDO. 1. Se a testemunha, ainda que arrolada com cláusula de imprescindibilidade, estiver em lugar incerto e não sabido e a parte a quem interessa seu depoimento não indicar outros endereços em que pode ser encontrada, não se adia o julgamento plenário do Tribunal do Juri, nos termos do artigo 461, §2º, do Código de Processo penal. **Ademais, no âmbito do processo penal, em homenagem ao princípio páis de nullité sans grief consagrado pelo legislador no artigo 563 do CPP e pela jurisprudência na Súmula 523/STF, não deve ser declarada a nulidade quando não resultar prejuízo comprovado para a parte que a alega.** 2. Acolhendo os jurados uma das versões possíveis para o caso, mais condizente com as provas que lhes foram apresentadas, impende manter o soberano juízo trazido pelo Júri Popular, que não se revela arbitrário, escandaloso ou totalmente divorciado do contexto probatório, sob pena de se negar vigência ao princípio constitucional da soberania dos veredictos provenientes do tribunal popular. 3. Recurso não provido. (TJMG - Apelação Criminal 1.0672.12.018570-3/001, Relator(a): Des.(a) Eduardo Brum, 4ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 01/06/2016, publicação da súmula em 08/06/2016 – grifo nosso)

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO MAJORADO. PRELIMINAR. **AUSÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA. INOCORRÊNCIA.** RECURSO MINISTERIAL. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. POSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA COM A ATENUANTE DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA. NECESSIDADE. EXASPERAÇÃO DA FRAÇÃO DE AUMENTO PELAS MAJORANTES. IMPOSSIBILIDADE. CRITÉRIO QUALITATIVO. ISENÇÃO DA CUSTAS PROCESSUAIS. RÉU HIPOSSUFICIENTE. PRELIMINAR REJEITADA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. **A deficiência de peça processual apresentada não constitui nulidade absoluta, porquanto não ocorrido prejuízo ao paciente, conforme dispõe a Súmula 523 do Supremo Tribunal Federal, bem como a Súmula 39 deste Egrégio Tribunal.** 2. A fixação da pena-base tem como parâmetro as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, sendo que a pena variará conforme a quantidade de circunstâncias desfavoráveis ao réu. 3. Havendo uma circunstância judicial desfavorável ao acusado, a pena-base deve ser fixadas acima do mínimo legal cominado ao delito, mantendo-se o intuito de reprovar e prevenir o crime. 4. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça já decidiu que a atenuante da confissão espontânea deve compensar-se com a agravante da reincidência, sobretudo quando esta última decorre de apenas uma condenação criminal anterior. 5. A escolha da fração referente à exasperação da reprimenda pela presença das causas de aumento deve ser feita não em razão do número de majorantes que foram reconhecidas, mas sim, de acordo com elementos concretos dos autos, conforme preceitua a súmula 443 do STJ. 6. Sendo normal o calibre da arma de fogo utilizada no crime, e na presença de apenas dois agentes, número mínimo exigido para a configuração do concurso de pessoas, a pena do roubo deve ser majorada na fração mínima. 7. Se o acusado foi assistido por Defensora Dativa, faz jus à isenção das custas processuais, pois beneficiado

pela Lei Estadual 14.939/03. 8. Preliminar rejeitada. Recurso parcialmente provido. De ofício, concedida a isenção das custas processuais ao apelado. V.V. A teor do art. 67 do Código Penal, a agravante da reincidência prepondera sobre a atenuante da confissão espontânea, razão pela qual é inviável a compensação entre as referidas circunstâncias. (TJMG - Apelação Criminal 1.0290.15.000482-5/001, Relator(a): Des.(a) Marcílio Eustáquio Santos , 7ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 12/05/2016, publicação da súmula em 20/05/2016 – grifo nosso)

EMENTA: PENAL E PROCESSO PENAL - JÚRI - HOMICÍDIOS QUALIFICADOS CONSUMADO E TENTADO - NÃO CONHECIMENTO DE PARTE DO RECURSO - RECONHECIMENTO DA PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA - INOVAÇÃO - NÃO CONHECER - PRELIMINAR - **NULIDADE DO PROCESSO - FALTA DE DEFESA PLENA - REJEIÇÃO** - MÉRITO - CASSAÇÃO DO VEREDICTO - DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA A PROVA DOS AUTOS - DESCABIMENTO - RESPALDO PROBATÓRIO - SÚMULA 28 DO TJMG - REVISÃO DA PENA - CABIMENTO.

- Não se conhece de pleito defensivo relativo ao reconhecimento da participação de menor importância, se referida tese não foi argüida perante os jurados, soberanos para apreciarem a questão.

- **"No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu"** (Súmula 523 do STF).

- A cassação do veredicto popular por manifestamente contrário à prova dos autos só é possível quando a decisão for escandalosa, arbitrária e totalmente divorciada do contexto probatório, nunca aquela que opta por uma das versões existentes. (súmula 28 TJMG).

- Sendo as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP majoritariamente desfavoráveis ao acusado, impõe-se a manutenção da pena-base acima do mínimo legal.

- Reconhecida a atenuante da menoridade relativa, mister a redução da pena em quantum razoável.

- A redução da pena correspondente à tentativa se estabelece de acordo com a maior ou menor extensão do iter criminis percorrido pelo agente, levando-se em consideração tanto o desvalor da ação quanto do resultado. (TJMG - Apelação Criminal 1.0024.15.092244-1/001, Relator(a): Des.(a) Júlio Cezar Gutierrez , 4ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 04/05/2016, publicação da súmula em 11/05/2016)

EMENTA: HABEAS CORPUS - SOBRESTAMENTO DO FEITO - AUDIÊNCIA JÁ REALIZADA - PERDA DO OBJETO DA IMPETRAÇÃO - **NÃO COMPARECIMENTO DE RÉU PRESO À AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO - PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO - ABANDONO DO CAUSÍDICO DURANTE A REALIZAÇÃO DE AIJ - DEFENSOR NOMEADO PARA O ATO - GARANTIA DA AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO - DEFESA SATISFATÓRIA - CERCEAMENTO DE DEFESA - NÃO OCORRÊNCIA - RELAXAMENTO DA PRISÃO - EXCESSO DE PRAZO CONFIGURADO. 01. Não há falar-se em constrangimento ilegal quando o pedido de sobrestamento do feito visava a não realização de audiência de instrução e julgamento designada e esta já ocorreu, restando prejudicada, em parte, a impetração. 02. Se não comprovado qualquer prejuízo emergido do não comparecimento de réu preso à audiência de instrução do**

feito, não há que se falar em nulidade processual por cerceamento de defesa. 03. No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu (Súmula 523 do STF). Havendo o paciente, durante o curso do processo, gozado de satisfatória assistência prestada por profissional habilitado, é de se rejeitar o pedido de reconhecimento de nulidade processual por cerceamento de defesa. 04. Não obstante a gravidade da imputação delitiva que pesa sobre o paciente, não pode ela ser obstáculo ao direito subjetivo à razoável duração do processo (inc. LXXVIII do art. 5º da CF). Desta forma, estando o paciente preso há quinhentos dias, ou seja, mais de um ano, sem que a instrução tenha se encerrado, e havendo evidências de que a demora na conclusão não decorre de manobras protelatórias defensivas, caracterizado está o constrangimento ilegal.

V.v.p. Não há falar-se em constrangimento ilegal por excesso de prazo quando houver pluralidade de réus - 19 denunciados - com defensores distintos, além da necessidade de diligências demoradas, tornando, assim, complexa a causa, o que autoriza a manutenção da prisão processual, considerando o princípio da razoabilidade. (TJMG - Habeas Corpus Criminal 1.0000.16.011536-6/000, Relator(a): Des.(a) Fortuna Grion , 3ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 19/04/2016, publicação da súmula em 04/05/2016 – grifo nosso)

EMENTA: APELAÇÃO - NULIDADE - AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DA DEFENSORIA DA DEFESA DA EXPEDIÇÃO DE CARTA PRECATÓRIA - VÍCIO CONFIGURADO.

É nulo o processo criminal em que não haja intimação da defesa - e, em sendo Defensoria Pública, intimação pessoal - da expedição de carta precatória para oitiva de testemunhas a se realizar no juízo deprecado.

V.v. INTIMAÇÃO DA EXPEDIÇÃO DE CARTA PRECATÓRIA - NULIDADE RELATIVA - AUSÊNCIA DE PREJUÍZO - RETIRADA DO RÉU DA SALA DE AUDIÊNCIA - PREJUÍZO - INEXISTÊNCIA - PRELIMINARES REJEITADAS.

FRAUDE PROCESSUAL PENAL - CRIME NÃO CONFIGURADO - MANUTENÇÃO DA ABSOLVIÇÃO - EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - RECONHECIMENTO DA FORMA TENTADA DO DELITO - INVIABILIDADE - DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA - INOCORRÊNCIA - PENA-BASE DE UM DOS RÉUS REDUZIDA - RECURSO DO 1º APELANTE PROVIDO EM PARTE, RECURSOS DO 2º E 3º APELANTES NÃO PROVIDOS. I - De acordo com a Súmula 155 do STF, "é relativa a nulidade do processo criminal por falta de intimação da expedição de precatória para inquirição de testemunha". II - O CPP é expresso ao estabelecer, em seu art. 563, que as nulidades no processo penal somente devem ser declaradas quando trouxerem prejuízo efetivo, entendimento esse, inclusive, sumulado pelo STF (Súmula 523). III - Quando a conduta imputada aos réus não configura o tipo penal previsto no art. 347, parágrafo único, do CP, restando abarcada pela garantia constitucional da autodefesa, a manutenção de suas absolvições é medida que se impõe. IV - Diante da falta de harmonia nas declarações judiciais dos réus, os quais apresentaram narrativas dissonantes entre si e divorciadas do conjunto probatório, não tendo logrado êxito em se desincumbir do ônus que lhes é imposto pelo art. 156 do CPP, deve prevalecer a confissão e a delação extrajudiciais de um deles, que se encontram em consonância com os demais elementos dos autos, sendo elas suficientes para a formação do juízo de certeza necessário para a prolação de um decreto condenatório. V - Evidenciada a consumação do crime de extorsão mediante sequestro e não restando demonstrada qualquer intenção do agente em interromper a prática criminosa, não há que se falar em desistência voluntária ou em desclassificação do delito para a forma tentada.

(TJMG - Apelação Criminal 1.0151.12.003467-4/001, Relator(a): Des.(a) Júlio César Lorens , 5ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 27/04/2016, publicação da súmula em 29/04/2016 – grifo nosso)

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - AMEAÇA - PRELIMINARES - INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO ART. 203 DO CPP - AUSÊNCIA DE INTERROGATÓRIO - NULIDADE - NÃO OCORRÊNCIA - MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS - AUSÊNCIA DE DOLO - INOCORRÊNCIA - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO NÃO PROVIDO. I - Ainda que a testemunha ratifique, na fase judicial, as declarações por ela prestadas na presença da autoridade policial, não há que se falar nulidade quando é dada às partes a oportunidade de formular perguntas com a finalidade de esclarecer os fatos e aferir a credibilidade das informações apresentadas. II - O CPP é expresso ao estabelecer, em seu art. 563, que as nulidades no processo penal somente devem ser declaradas quando trouxerem prejuízo efetivo, entendimento esse inclusive sumulado pelo STF (Súmula 523). III - De acordo com o art. 367 do CPP, "o processo seguirá sem a presença do acusado que, citado ou intimado pessoalmente para qualquer ato, deixar de comparecer sem motivo justificado, ou, no caso de mudança de residência, não comunicar o novo endereço ao juízo". IV - O fato de o agente se encontrar exaltado no momento das ameaças proferidas contra a vítima não afasta o dolo de sua conduta, ao contrário, potencializa a força intimidadora de suas palavras, provocando maior temor na vítima. V- Nos termos do art. 17 da Lei 11.340/06, "é vedada a aplicação, nos casos de violência doméstica familiar contra a mulher, de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa". V.v. APELAÇÃO - AMEAÇA - MERA RATIFICAÇÃO DE DECLARAÇÕES EXTRAJUDICIAIS EM AUDIÊNCIA - IMPOSSIBILIDADE - AUSÊNCIA DE PROVAS - ABSOLVIÇÃO DECRETADA - RECURSO PROVIDO. (TJMG - Apelação Criminal 1.0261.13.004376-1/001, Relator(a): Des.(a) Júlio César Lorens , 5ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 12/04/2016, publicação da súmula em 25/04/2016 – grifo nosso)