

Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal

Boletim Informativo IBRAPP - Ano 01 - Nº 01 - ISSN XXXXXXXX - 2011/02

www.ibrapp.com.br



IBRAPP

Leia nesta edição:

A Incontrolável Tentação dos
Juízes pela Busca da Verdade

André Machado Maya

A Quebra dos Sigilos Bancário e
Fiscal nas Investigações Criminais

Guilherme Rodrigues Abrão

Juiz de Garantias: Signo de
um Processo Penal Democrático

Nereu José Giacomolli

Delação Premiada:
Terror e Surpresa

Alexandre Moraes da Rosa

Verdades no Processo Penal

Fabício Dreyer de Ávila Pozzebon

Vale a Pena Salvar a Dicotomia
Sistema Inquisitório - Sistema
Acusatório?

Fabiano Kingeski Clementel

Modelos Processuais: uma
Discussão (ainda) Necessária?

Fauzi Hassan Choukr

Primeiras Reflexões acerca da Distinção
entre Princípios e Regras
Constitucionais do Processo Penal

Giovani Agostini Saavedra

Apresentação: O Projeto IBRAPP

O ano era 1941. Em pleno Estado Novo, regime político inspirado na ditadura portuguesa de Salazar, o Brasil, então governado por Getúlio Vargas, firmava seu compromisso, junto aos Estados Unidos da América, de entrar na II Guerra Mundial. Grandes manifestações cívicas e patrióticas eram promovidas pelo governo. A imprensa, por sua vez, era censurada sem pudores. Militantes ligados aos movimentos comunistas, como Luis Carlos Prestes, e intelectuais, como Monteiro Lobato, eram presos por manifestações públicas contrárias ao governo. Pois justamente em meio a esse turbilhão político-social, sob a égide da denominada Constituição Polaca, de 1937, há exatos 70 anos, em 03 de outubro de 1941, era sancionado o Código de Processo Penal brasileiro – Decreto-Lei n. 3.689/41 – que entraria em vigor em 1º de janeiro de 1942 e assim permaneceria por longo período, atravessando – e se adaptando com – os mais variados regimes políticos, desde a ditadura militar das décadas de 1960 e 1970, até a democracia instaurada pela Constituição Federal de 1988.

Ainda hoje, pois, a legislação processual penal vigente traz consigo, arraigada nos mais variados dispositivos legais do Código de Processo Penal, a marca inquisitorial típica do período político em que foi gestada, sob forte influência do Código Rocco italiano, de 1930, e também traços claros da antiga estrutura ordenatória característica do processo canônico, mantida, ainda que disfarçadamente, pelo Código Napoleônico de 1808, o qual, embora tenha introduzido o contraditório na fase judicial, manteve a fase pré-processual tipicamente inquisitória, permitindo ao juiz utilizar a prova colhida na investigação para condenar o réu, o que levou Ferrajoli a defini-lo como *un monstruo nacido de la unión del proceso acusatorio con el inquisitivo, que fue el llamado proceso mixto*.

Pois agora, em meados do século XXI, entra em pauta a necessidade de adequação da legislação processual penal aos ideais democráticos da Constituição Federal aprovada há 22 anos. Exemplo disso foram as reformas (?) parciais aprovadas pelo Congresso Nacional em 2008 – Leis 11.689, 11.690 e 11.719, e também a nomeação de uma comissão de juristas, pelo Senado Federal, para a elaboração de um anteprojeto do novo Código de Processo Penal,

o que culminou no Projeto de Lei 156/2009, recentemente aprovado pela referida Casa legislativa. O momento é, então, propício para pensar o Direito Processual Penal.

Engajados nesse intuito, de pensar e refletir o futuro do processo penal brasileiro, alunos e professores do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS, capitaneados pelo Professor Dr. Nereu José Giacomolli, deram início às atividades do Grupo de Estudos em Processo Penal contemporâneo, donde resultou a ideia de criação de um instituto orientado especificamente ao estudo da temática processual penal. É, então, fundado o Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal – IBRAPP –, que ora se apresenta ao público acadêmico e profissional.

Tendo como principais finalidades promover o debate público entre os mais variados atores jurídicos e fomentar o desenvolvimento do ensino, de pesquisas e de estudos relacionados ao direito processual penal e demais áreas do conhecimento que com ele possam se relacionar, o IBRAPP toma por base a compreensão de que um processo penal compatível com um Estado Democrático de Direito pauta-se por alguns princípios basilares, dentre os quais merecem destaque a presunção de inocência, a imparcialidade, o contraditório e a ampla defesa. Isso tudo porque do sistema político democrático decorre a imprescindibilidade da humanização do processo penal.

A ideia, ainda embrionária, é, enfim, romper com as barreiras cartesianas e deterministas que hoje governam a temática processual penal e conduzem seu debate a uma pobre reflexão dogmática. A ideia é agir, e não apenas refletir. É admitir a transdisciplinariedade como instrumento de abertura da ciência processual penal à complexidade característica da sociedade atual, aceitando a contribuição de outros ramos da ciência ao aperfeiçoamento do Direito Processual Penal.

Isso tudo, porém, depende, antes de mais nada, da democratização dos debates, da participação ativa e efetiva dos mais variados atores jurídicos, tanto profissionais quanto estudantes, vinculados ou não ao âmbito acadêmico, mas que, a sua maneira, estejam preocupados com o futuro processo penal que começa a ser desenhado nesse início de século e que, para nós, deve estar alicerçado, sobretudo, na principiologia do Estado Democrático de Direito.

A incontrolável tentação dos juízes pela busca da verdade:

Na pauta o artigo 212 do Código de Processo Penal

O ano era 2008. No mês de maio, eram aprovadas no Congresso Nacional as Leis 11.689, 11.690 e 11.719, as quais reformavam em parte o Código de Processo Penal brasileiro, notadamente os capítulos referentes aos procedimentos e às provas. O intuito, embora questionado por alguns, era aproximar um pouco a legislação processual penal ordinária ao texto da Constituição Federal. De modo geral, contudo, as matrizes do ordenamento processual penal se mantiveram atreladas ao inquisitorialismo estruturante do Código de Processo Penal de 1941, notadamente pela redação dada ao artigo 156 do CPP, que manteve a gestão da prova nas mãos do juiz, ampliando a possibilidade de o magistrado determinar a produção de provas mesmo antes de iniciada a ação penal. Em outros pontos, porém, a reforma avançou em relação ao que dispunha o Código de 1941, como, por exemplo, ao inovar na metodologia de inquirição das testemunhas e ao trazer para o âmbito do processo penal o princípio da identidade física do juiz. Dedicamos essas linhas ao primeiro exemplo citado.

A nova metodologia de inquirição das testemunhas, regulada pelo renovado artigo 212, pretendeu superar o sistema presidencialista de aquisição da prova testemunhal, vigente no CPP de 1941. Para tanto, trouxe para o processo penal brasileiro o *cross examination* do processo penal norteamericano, característico do *adversary system*, marca de um processo regido pelo princípio acusatório. Nesse contexto, o ativismo processual passa do juiz para as partes, a quem compete demonstrar o que pretende comprovar com as testemunhas arroladas. Como consequência, o juiz é situado

em uma posição de imparcialidade, pois distante da iniciativa probatória e alheio aos interesses das partes. Trata-se, no dizer de Giacomolli e Di Gesu (Boletim IBCCRIM n. 201, 2009), de um “no novo modelo processual, democrático, humanitário e republicano”, que atribui ao juiz, “no que tange à metodologia da produção da prova testemunhal, uma atividade subsidiária, complementar, na esteira do *in dubio pro reo*, em decorrência da presunção de inocência, base epistemológica do processo penal.” Efetivamente, ao afastar o magistrado da iniciativa probatória, embora sem impedir de modo absoluto que ele formule questionamentos às testemunhas, ao final, e observados os limites postos pelas respostas dadas aos questionamentos de acusação e defesa, a reforma reforça a dialética processual inerente ao contraditório e aproxima a legislação processual penal ao ideal democrático da Constituição Federal, potencializando a separação entre as funções de acusar (produzir provas) e julgar (interpretar as provas) e ampliando o espectro de garantias do direito de ser julgado por um juiz imparcial, expressamente reconhecido pela Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Nesse sentido, merece destaque a decisão proferida pela 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no julgamento da apelação n.º 70041809567, em 19.05.2011, no ponto em que afirma: “Primeiramente a parte demonstra o que pretende provar com a inquirição de determinado sujeito; em seguida, garante-se o contraditório e, por último, o magistrado realiza a complementação, na esteira da situação processual formada com as perguntas, com o objetivo de esclarecer situações que, a seu juízo, não res-

Passados três anos desde as reformas parciais, a praxe judiciária, orientada pelo gene utilitarista que há décadas domina o direito processual penal brasileiro, acabou por retirar qualquer eficácia do artigo 212 do Código de Processo Penal

André Machado Maya
Doutorando e Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS, Especialista em Ciências Penais pela PUCRS e em Direito do Estado pelo Uniritter. Vice-Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal – IBRAPP.

taram claras. Caminha-se na esteira de um sistema democrático, ético e limpo de processo penal (fair play). Evitam-se os intentos inquisitoriais, o assumir o lugar da parte, a parcialização do sujeito encarregado do julgamento.”

Lamentavelmente, contudo, passados três anos desde as reformas parciais, a praxe judiciária, orientada pelo gene utilitarista que há décadas domina o direito processual penal brasileiro, acabou por retirar qualquer eficácia do artigo 212 do Código de Processo Penal, fazendo prevalecer o entendimento de que o juiz segue autorizado a conduzir a inquirição das testemunhas, como se nada houvesse sido alterado na sistemática de aquisição da prova testemunhal após a vigência da Lei 11.690/08. Depois uma primeira divergência entre decisões da 5ª e 6ª Turmas do Superior Tribunal de Justiça, prevaleceu o entendimento de que a inobservância da ordem prevista no artigo 212 do CPP “pode gerar, no máximo, nulidade relativa, por se tratar de simples inversão, dado que não foi suprimida do juiz a possibilidade de efetuar as suas perguntas, ainda que subsidiariamente, para o esclarecimento da verdade real.” (HC 151.357/RJ, 6ª Turma). Esse foi o entendimento originário da 6ª Turma da Corte Superior, ao qual se alinhou a 5ª Turma, em recente decisão, cuja ementa dispõe que “eventual inobservância à ordem estabelecida no referido preceito legal cuida-se de vício relativo, devendo ser arguido no momento processual oportuno juntamente da demonstração da ocorrência efetiva do prejuízo sofrido pela parte”, pois, “em que pese a oitiva das testemunhas não ter sido procedida com perguntas feitas direta e primeiramente pelo Ministério Público e depois pela defesa, inobservando-se, portanto, a ordem prevista no art. 212 do Código de Processo Penal, certo é que o ato cumpriu sua finalidade, ou seja, houve a produção das provas requeridas, sen-

do oportunizada às partes, ainda que em momento posterior, a formulação de questões às testemunhas ouvidas, respeitando-se o contraditório e a ampla defesa constitucionalmente garantidos, motivo pelo qual não houve qualquer prejuízo efetivo à paciente.” (HC 186.562/SP, julgado em 16.06.2011). Assim, por meio de argumentos retóricos do tipo *o ato alcançou sua finalidade* ou *não está demonstrado o prejuízo*, retira-se a aplicabilidade do dispositivo processual em questão e mantém-se a prática inquisitorial vigente desde 1941. Em outros termos, os juízes seguem tomando a iniciativa probatória e inquirindo as testemunhas tal como ocorria antes da atual redação do artigo 212 do CPP, como se absolutamente nada houvesse mudado, em uma negativa cega à democratização do processo penal e à conscientização da função do juiz no marco desse processo penal democrático.

Ao fim e ao cabo, o fundamento dessa resistência à mudança tem lugar na ambição de busca da malfadada verdade real, nutrida ainda hoje por significativa parcela do Poder Judiciário, em absoluto descompasso com o norte democrático da Constituição Federal vigente. A separação das atividades de acusar e julgar – marca de um processo acusatório –, é consequência do reconhecimento de direitos e garantias individuais que se aplicam a todos, inclusive aos réus, e da criação e estruturação de um Ministério Público como órgão do Estado vinculado ao Poder Executivo e responsável pelo exercício da potestade acusatória, que não se confunde com a potestade punitiva exercida pelo Poder Judiciário. Em outros termos, a atribuição da acusação ao Ministério Público desloca a posição do juiz no processo penal, agora responsável pelo julgamento da acusação nos limites estritos das provas produzidas pelas partes, ou, nos termos da doutrina de Ferrajoli (Derecho y Razón, 1998, p. 540),

pela averiguação de uma verdade aproximativa empiricamente controlável e controlada, fundamento da legitimidade do Poder Judiciário. Daí a conceitualização da imparcialidade como princípio supremo do processo (Aragoneses Alonso, 1997, p. 129; Maya, 2011). Ao juiz, em síntese, não compete buscar a verdade dos fatos para além das provas propostas e produzidas pelo Ministério Público, em um ativismo incompatível com a isenção (subjetiva) que deve caracterizar a conduta de um julgador.

Essa compreensão, porém, está ainda hoje muito arraigada ao plano da teoria e depende, o seu reconhecimento pela praxis jurídica, de um amadurecimento cultural não apenas dos operadores do direito, mas, também, da sociedade como um todo. Reconhecer o juiz como um guardião dos direitos e garantias fundamentais passa pelo reconhecimento do réu como um sujeito de direitos e do processo como um espaço para o exercício do direito de defesa e, ao mesmo tempo, como instrumento de legitimação da decisão judicial, seja ela condenatória ou absolutória. Não basta mudar a lei, é preciso amadurecer culturalmente e aceitar o preço da democracia.

Referências bibliográficas

- ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Proceso y Derecho Procesal* (Introducción). 2.ed. Madrid: Edersa, 1997.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal brasileiro*. In: *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, Notadez, n. 01, 2001.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón – teoría del garantismo penal*. Trad. De Perfecto Andrés Ibáñez e outros. 3.ed. Editorial Trotta: Madrid, 1998.
- GIACOMOLLI, Nereu José; DI GESU, Cristina. *Nova metodologia de inquirição das testemunhas e consequências de sua inobservância*. In: *Boletim IBCCRIM*, n. 201, agosto/2009.
- LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. v. I. 5.ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010.
- _____. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. v. II. 5.ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010.
- MAYA, André Machado. *Imparcialidade e Processo Penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2011.
- PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório – A conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4.ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2006.

A Quebra dos Sigilos Bancário e Fiscal nas Investigações Criminais:

O poder de devassa e a devida cautela jurisdicional

Enfim, é preciso reconhecer o investigado como sendo sujeito de direitos e não mero objeto a mercê da investigação, a fim de que direitos e garantias fundamentais (a todos reconhecidas) sejam preservados e respeitados

A importância da flexibilização de direitos e garantias fundamentais, não só na fase processual, mas fundamentalmente na fase pré-processual, é assunto de notável importância, ainda mais quando se está a verificar que a quebra dos sigilos bancário e fiscal é cada vez mais adotada na sistemática da investigação criminal de fatos aparentemente criminosos, o que deve ser, inevitavelmente, analisado com certa cautela, pois é exatamente na fase preliminar, como coloca BINDER (2003, p. 120), que, via de regra, “as possibilidades de abalar todas as garantias processuais ocorrem, primordialmente”.

O acesso a dados sigilosos, notadamente aos dados referentes aos sigilos bancário e fiscal de pessoas físicas e jurídicas, é medida que, de acordo com os ditames de um Estado Democrático e Constitucional de Direito, deve (deveria) ser medida excepcional em uma investigação criminal. Ou seja, somente em casos excepcionais e indispensáveis para a elucidação dos fatos é que a autoridade investigativa deveria requerer, de forma fundamentada, ao Poder Judiciário a quebra de tais dados sigilosos.

É inegável que o acesso aos dados bancários e fiscais pode ser de fundamental importância na fase de investigação, especialmente quando se investiga fatos atrelados à denominada criminalidade moderna. Além disso, a prova constituída a partir do acesso a tais dados será não só de relevância para o oferecimento de denúncia por parte do órgão acusador, mas também para, muitas vezes, motivar eventual veredicto condenatório, haja vista o significativo valor probante de

tais dados. Todavia, esse poder de devassa deve ser analisado de acordo com um contexto que preserve a intimidade e a privacidade do cidadão-investigado, pois a característica marcante da quebra de tais dados sigilosos teria que, inequivocamente, estar atrelada à excepcionalidade da medida e ao interesse público na investigação de fatos aparentemente criminosos.[1]

Ainda, a quebra dos sigilos bancário e fiscal ganha importante repercussão no momento em que se verifica que não só a autoridade policial está a investigar fatos tidos como criminosos, mas é cada vez mais comum a investigação por outros órgãos estatais, como o Ministério Público, as Comissões Parlamentares de Inquérito e a Receita Federal, que se não investigam diretamente fatos criminosos, permite asseverar que de suas investigações decorrem reflexos e consequências por demais importantes na seara criminal. Nesse ponto GRANDINETTI (2009, p. 56) bem reconhece que “geralmente, os problemas advindos das quebras dos sigilos acima referidos decorrem das autoridades que decretam as referidas quebras: as Comissões Parlamentares de Inquérito e o Ministério Público”.

É preciso reconhecer que não há nenhum dispositivo legal que proíba o acesso direto dos órgãos responsáveis pela investigação aos dados bancários e fiscais guardados até então em sigilo. Há, sim, uma construção jurisprudencial, pacificada no Supremo Tribunal Federal, e a qual (nem sempre) todos os tribunais pátrios aderem, no sentido de preservar tais dados, até ordem judicial fundamentada em sentido contrário, calcada no



**Associe-se
ao IBRAPP!
Acesse:
www.ibrapp.com.br**

Guilherme Rodrigues Abrão
Advogado criminalista. Mestre em Ciências Criminais (PUCRS). Especialista em Ciências Criminais (Rede LFG) e em Direito Penal Empresarial (PUCRS). Professor de Direito Penal e Processo Penal. Membro fundador do Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal (IBRAPP)

direito fundamental à intimidade e à privacidade (“são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” – art. 5º, inciso X, da CF/88), inseridos na lógica maior da proteção à dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da CF/88).

Cabe esclarecer, então, que o direito a ter os dados bancários e fiscais mantidos em sigilo não é um direito absoluto, podendo, em determinadas hipóteses, ser flexibilizado / relativizado com a intenção de que os órgãos responsáveis pela investigação criminal preliminar, desde que autorizados pelo Poder Judiciário, analisem tais informações que possam vir a auxiliar e elucidar alguma atividade criminosa. Mas, a quebra dos sigilos bancário e fiscal deve se dar somente com autorização do Poder Judiciário (ou assim deveria ser), pois este teria o monopólio da primeira e última palavra

(CANOTILHO, 2003, p. 668/669).[2]

Diante do quadro constitucional de respeitar-se a dignidade da pessoa humana, e no caso da proteção de dados bancários e fiscais, também observar-se a proteção à intimidade e à privacidade, é imperioso reconhecer que os órgãos responsáveis pela investigação (polícia, MP, CPIs, Receita Federal...), caso imprescindível para a tarefa investigativa, requeiram de forma fundamentada ao Poder Judiciário a quebra dos sigilos bancário e fiscal do investigado, pois somente a autoridade judicial deve (deveria) decidir sobre a flexibilização/relativização de direitos e garantias fundamentais.[3]

Portanto, as autoridades investigativas não podem (poderiam) quebrar os sigilos bancário e fiscal, daquele que é alvo da investigação, de forma direta, sem antes formular pedido devidamente fundamentado à autoridade judicial, a qual deverá decidir, também de forma fundamentada, acerca da (im)possibilidade de acesso a

tais dados, evitando, por conseguinte, devassas indiscriminadas na vida dos investigados. Logo, a quebra dos sigilos bancário e fiscal é matéria afeta única e exclusivamente ao Judiciário, o que também permite afirmar, especificamente sobre a investigação conduzida pelas CPIs, que da mesma forma se deverá proceder, levando-se a concluir pela inconstitucionalidade do artigo 4º, §1º, da Lei Complementar 105/01, que equivocadamente permite o acesso direto dos dados sigilosos pelas CPIs.

Enfim, é preciso reconhecer o investigado como sendo sujeito de direitos e não mero objeto a mercê da investigação, a fim de que direitos e garantias fundamentais (a todos reconhecidas) sejam preservados e respeitados, pois é na fase preliminar e na fase processual que se deve proteger o mais débil frente aos eventuais abusos do Estado (FERRAJOLI). Não se pode tolerar que os órgãos do Poder Público, responsáveis pela in-

vestigação criminal, de forma direta ou não, procedam a devassas indiscriminadas nos dados bancários e fiscais do investigado, sem antes haver um pedido (requerimento) fundamentado ao Judiciário, sendo este o detentor do monopólio de dar a última palavra, ou seja, a quebra dos sigilos bancário e fiscal somente se procede se houver ordem judicial fundamentada para tanto, seguindo, então, os ditames de um Estado Democrático e Constitucional de Direito.

Referências
BINDER, Alberto. Introdução ao direito processual penal. Trad. Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
CASTANHO DE CARVALHO, L. G. Grandinetti. Processo Penal e Constituição. 5.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende. Quebra de sigilo pelas

comissões parlamentares de inquérito. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

Notas
1. Fundamental que se faça a ressalva quanto à justificativa na questão do interesse público, pois isso também deve ser visto com cautela já que “a grande questão, portanto, reside em determinar o que é interesse público que justifique a relativização das garantias individuais. O interesse público não é um cheque em branco que autoriza, de forma indiscriminada, a quebra de sigilo ou mesmo a relativização de outros direitos individuais previstos na Constituição Federal. É bem verdade que o interesse público carrega em si um forte conteúdo ideológico, com multisignificados. Como toda ideologia e termos indefinidos, abusos podem ser perpetrados em nome de um suposto clamor público. Daí a necessidade de sistematizar o conteúdo jurídico do interesse público. Para nós, o interesse público é a conformação às próprias normas constitucionais e dicção das leis” PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende. Quebra de sigilo pelas comissões parlamentares de inquérito. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 138.
2. Segundo o autor, “O “monopólio da última palavra” ou “monopólio dos tribunais” significa, em termos gerais, o direito de qualquer indivíduo a uma garantia de justiça, igual, efetiva e assegurada através de “processo justo” para defesa das suas posições jurídico-subjectivas. Esta garantia de justiça tanto

pode ser reclamada em casos de lesão ou violação de direitos e interesses dos particulares por medidas e decisões de outros poderes e autoridades públicas (monopólio da última palavra contra actos do Estado) [...] Diz-se que há um “monopólio da primeira palavra”, monopólio do juiz ou reserva absoluta de jurisdição quando, em certos litígios, compete ao juiz não só a última e decisiva palavra mas também a primeira palavra referente à definição do direito aplicável a certas relações jurídicas. [...]”CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 668-669.
3. O Supremo Tribunal Federal, nos autos do RE 389808, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, julgado em 15/12/2010, firmou entendimento de que a Receita Federal não pode violar, diretamente, o sigilo bancário e fiscal sem ter, portanto, ordem emanada do Poder Judiciário. Conforme notícia veiculada no portal do Supremo Tribunal Federal em 15/12/2010, “o princípio da dignidade da pessoa humana foi o fundamento do relator ... De acordo com ele, a vida em sociedade pressupõe a segurança e estabilidade, e não a surpresa. E, para garantir isso, é necessário o respeito à inviolabilidade das informações do cidadão. ... Para o ministro Celso de Mello, decano da Corte, o Estado tem poder para investigar e fiscalizar, mas a decretação da quebra de sigilo bancário só pode ser feita mediante ordem emanada do Poder Judiciário. Em nada compromete a competência para investigar atribuída ao Poder Público, que sempre que achar necessário, poderá pedir ao Judiciário a quebra do sigilo”.



Instituto Brasileiro de
Direito Processual Penal
IBRAPP
Fundado em 02/03/2010

Sócios-fundadores
Nereu José Giacomolli
André Machado Maya

Diretoria
Presidente
Nereu José Giacomolli
Vice-Presidente
André Machado Maya
Secretário

Guilherme Rodrigues Abrão
Tesoureira
Denise Jacques Marcantonio
Departamento Editorial
André Machado Maya
Cirstina Di Gesu
Departamento Científico
Vitor Guazzelli Peruchin
Guilherme Rodrigues Abrão
Coordenadorias Regionais
Rodrigo Mariano da Rocha
Fabiano Kingeski Clementel

Conselho Consultivo
Alexandre Morais da Rosa
Alexandre Wunderlich
Aury Lopes Jr.
Fabrício Dreyer de
Ávila Pozzebon
Fauzi Hassan Choukr
Geraldo Prado
Jacinto Nelson de

Miranda Coutinho
Luis Gustavo Grandinetti
Castanho de Carvalho
Maria Theresa Rocha
de Assis Moura
Maurício Zanoide de Moraes

Coordenadores Regionais
Bahia
Marcelo Fernandez Urani
Distrito Federal
Edimar Carmo da Silva
Goiás

Felipe Vaz de Queiroz
Maranhão
Thayara Silva Castelo Branco
Mato Grosso do Sul
Roberto Ferreira Filho
Rondônia

Alexandre Matzenbacher
Santa Catarina
Maciel Colli
Rio de Janeiro
Diogo Rudge Malan e
Leonardo Costa de Paula
Rio Grande do Sul
Luiz Fernando Pereira Neto
(Passo Fundo)
Salah Hassan Khaled Jr.
(Rio Grande)
Bruno Seligman de Menezes
(Santa Maria)



Revista e Boletim
IBRAPP

Estrutura e Organização
Editor-chefe
André Machado Maya

Assessoria editorial
Cleopas Isaías Santos,
Denise Luz, Gabriel Divan,
Marcelo Sant’Anna

Conselho Diretivo
André Machado Maya,
Nereu José Giacomolli,
Guilherme Rodrigues Abrão,
Giovani Agostini Saavedra

Conselho Editorial
Integrantes estrangeiros
Juán Montero Aroca Espanha
Teresa Armenta Deu Espanha
María Félix Tena Aragón Espanha

Raul Cervini Uruguai
Rafael Hinojosa Segovia Espanha
Daniel Obligado Argentina
Rui Cunha Martins Portugal

Integrantes nacionais
Alexandre Morais da Rosa,
Aury Lopes Jr.,
Diogo Rudge Malan,
Fauzi Hassan Choukr,
Giovani Agostini Saavedra,
Gustavo I.R. Badaró,
José Antonio Paganella Boschi,
Marcelo Caetano Guazzelli Peruchin,
Marcelo Machado Bertolucci,
Marcos Eberhardt,
Marcos Vinícius Boschi,
Ricardo Gloeckner

Conselho de Pareceristas
Décio Alonso Gomes,
Ney Fayet Junior,
Odone Sanguiné,
Rafael Braude Canterji,
Roberto Kant de Lima,
Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo,
Vera Regina Pereira de Andrade,
Walter Bittar

Editora
Lumen Juris

Planejamento Gráfico
Elpídio Fortes Junior

Linha editorial
Processo Penal, Direitos Humanos e
Democracia

Periodicidade
Semestral

Normas de submissão
Artigos devem ser inéditos e obedecer à linha editorial do periódico;
Os artigos devem obedecer aos seguintes critérios:
Arquivo em formato doc;
Máximo de 7.500 caracteres com espaço;
Espaçamento entre linhas simples, parágrafos justificados e fonte times new roman tamanho 12;
Citações em formato autor-data, conforme exemplo:
(GIACOMOLLI, 2008, p. xx.)
Notas explicativas de até 1.500 caracteres com espaço, no final do texto.
Referências bibliográficas ao final do texto.

Os artigos devem ser remetidos em duas vias para o email boletim@ibrapp.com.br até a data final indicada no edital de chamada de artigos, publicado no site do IBRAPP (www.ibrapp.com.br), constando na identificação do assunto a expressão artigo boletim. Ambos os arquivos devem ser em formato doc, sendo um identificado e outro devidamente desidentificado, para fins de avaliação.

Os artigos serão avaliados pelo método do “duplo blind peer review” que possibilita a análise dos trabalhos sem identificação, garantindo isenção para os autores e para os avaliadores.

Juiz de Garantias: Signo de um Processo Penal Democrático

[...] a desvinculação do terceiro (juiz) da fase decisória do mérito da causa (juiz de garantias) otimiza a prestação jurisdicional não só no caso concreto [...], mas na concretude da funcionalidade finalística da fase processual [...]

Na fase preliminar do processo penal, é inegável a possibilidade dos atos de investigação atingirem âmbitos de proteção dos direitos fundamentais do investigado ou do suspeito, protegidos constitucionalmente. Portanto, a invocação da atuação do Estado-Jurisdição é inafastável. O problema é se o mesmo sujeito jurisdicional que atuou na fase preliminar pode, do ponto de vista constitucional e convencional (diplomas internacionais), atuar na fase do contraditório judicial. No atual sistema brasileiro, a regra é a da prevenção, isto é, de vinculação do juiz que atuou na fase preliminar (decidiu) ao processo[1]. Eventualmente, os casos apreciados nos plantões judiciais (fora do horário de expediente forense) excepcionam as decisões criminais da vinculação.

Não se trata de simples opção metodológica e nem de organização judiciária, mas revolve uma opção política de processo penal, isto é, um processo penal democrático ou totalitário. O primeiro modelo preconiza regras claras, harmônicas, eticamente aceitáveis, vinculado à Constituição Federal e aos Diplomas Internacionais (inserido na realidade internacional). O segundo, napoleonicamente retroativo, forjado na supremacia e na preponderância da lei e da codificação sobre a Constituição e os Diplomas Humanitários, concebido nas esferas do totalitarismo dogmático. Enquanto o primeiro é forjado a partir do estado de inocência, do suspeito, indiciado, acusado e condenado como sujeitos, seres humanos, o segundo parte da premissa de que o suspeito, indiciado, acusado, já nasce culpado, se presume, portanto, culpado, até que ele mesmo prove a sua inocência (inversão do ônus da prova). O juiz de garantias se insere no primeiro modelo de processo penal.

A ausência de um juiz que, efetivamente, garanta os direitos e as liberdades fundamentais situa o Estado (não observa, não respeita) e o exercício da

prestação jurisdicional (terceiro) à barbárie, onde a força bruta da lei vence, e aos mais frágeis se lhes podam as possibilidades de estabelecerem estratégias (união entre os mesmos, v.g.) e de recorrer a um agente que promova os seus direitos e a um agente com capacidade de limitar a intervenção estatal. Somente o regramento do *modus operandi*, das atividades, dos efeitos, na fase persecutória preliminar, sem controles, posiciona o agente estatal como um guerreiro contra um inimigo, sepultando todos os direitos, inclusive o de ser diferente, de resistir, de contestar. Na fase preliminar do processo penal também há necessidade de serem limitados os poderes estatais, tanto no aspecto político, quanto jurídico. No primeiro plano, é possível com a preservação dos direitos e das liberdades fundamentais (tutela dos direitos fundamentais) e também com a nítida separação, delimitação e distribuição funcional das atividades dos agentes estatais. No plano jurídico, além do estabelecimento de um regramento formal, se faz necessário que seja eficaz, legítimo aos ditames constitucionais e aos diplomas internacionais de proteção do ser humano, que seja substancialmente protetivo, o que é possível com decisões de um magistrado exclusivo para esta fase, diverso daquele que irá viabilizar (receber a denúncia ou a queixa-crime) e decidir (demais interlocutórias e sentença penal) o caso penal.

É o juiz garante quem manterá o status de cidadão, de sujeito do investigado, não o excluindo do todo e nem do Estado de Direito, quem poderá ir além da regra, avançando no princípio, na realidade fática e criar a norma ao caso penal. Nesse mister finalístico e prospectivo, avaliará a reserva do possível, isto é, o que se pode exigir, e o que, *prima facie* devem ser realizadas (Canotilho). Isso porque emerge cristalino o problema entre a legalidade processual (princípio da obrigatoriedade investigatória) da intervenção estatal perse-

cutória diante da prática de um ilícito criminal e da preservação dos direitos fundamentais do sujeito investigado. Dever de cuidado não é suficiente na esfera penal, em razão da profundidade das violações, fazendo-se necessário o estabelecimento do dever de garantia exclusivo. Nesse labor valorativo, ponderativo e de harmonização jurídica, a desvinculação do terceiro (juiz) da fase decisória do mérito da causa (juiz de garantias) otimiza a prestação jurisdicional não só no caso concreto (Canotilho) ou através do princípio da concordância prática (Hesse), mas na concretude da funcionalidade finalística da fase processual, numa perspectiva principiológica (peso além da validade) de garantia ou conformação constitucional dos direitos fundamentais (Canotilho), de proteção e limite (Alexandre Moraes). A otimização do controle, com a vedação dos excessos persecutórios (admissibilidade do possível e do necessário) garante a restrição dos direitos fundamentais no plano da excepcionalidade (manutenção da intangibilidade do conteúdo essencial), ou seja, à manutenção da unidade e harmonia da Constituição Federal (incluídas as fontes internacionais)[2].

Bastou enunciar o intento de ser introduzido no Brasil o juiz de garantias para que vozes roucas acordassem de uma longa letargia medieval, saudosas do ferro e fogo, para que, ideologicamente, denegrissem o instituto, pela sua simples nomenclatura. Quiçá a estratégia democrática e cidadã fosse a da eleição de outro nome, silenciador e apaziguador desses espasmos histéricos.

Pseudo argumentos (?), forjados na superfície do senso comum, envoltos em um fantasioso reducionismo utilitário, barram o juiz de garantias em esquemas orçamentários e carência de magistrados. Um déficit cognitivo e/ou intelectual pode ser atribuído aos que não divisam a valorização da prestação jurisdicional, a possibilidade da existência de mais de um juiz na mesma Comarca (e a demanda processual assim reclama), a integração de Comarcas vizinhas e a necessidade de um plantão judiciário efetivo. Os detratores do sistema democrático implantam seus olhos ao reverso e miram os passos dados, caminhando de costas, navegando num tempo morto (mas lutam para continuar velando, sem enterros), sem di-

visar o porvir, a revolução tecnológica do presente (digitalização, assinatura eletrônica, videoconferência). Mas se faz mister dizer que o juiz de garantias poderá ter outras atribuições de natureza processual, fora do procedimento em que atuou (processos cíveis, v.g.).

A cargo do juiz de garantias deveria estar a decisão acerca da necessidade ou não do processo. Isso poderia ser sistematizado através de uma fase intermediária, dirigida pelo juiz de garantias, momento em que poderia restar delimitada a acusação, inclusive com adoção de medidas despenalizadoras, tais como a suspensão condicional do processo. De qualquer sorte, o juízo acerca do recebimento ou não da denúncia deveria ser realizado pelo juiz de garantias e não pelo juiz do processo, diante da contaminação posterior deste pelo contato com os elementos colhidos na fase preliminar. Preconiza-se a leitura destes antes de receber ou rejeitar a peça incoativa. Evidentemente que os dois juízes poderiam restar contaminados pelos elementos da fase preliminar, mas o dano menor desta ocorre quando for o juiz de garantias o recebedor da denúncia (MAYA, 2009, p. 06/07).

Obrar na ilusória neutralidade é desconhecer a natureza humana, a miséria humana e que o juiz é um ser terreno e limitado. Sendo ser humano, o juiz é parte e a superação dessa marca é dolorida. Mecanismos legais criam suspeições e impedimentos, mas artificiais, para externar a funcionalidade, inclusive na disposição dos lugares e patamares das salas de audiência e de sessões (criações artificiais)[3]. Então, para que juiz de garantias? Qualquer mecanismo capaz de reduzir os danos do arbítrio e da parcialidade do julgador representa um avanço no aperfeiçoamento do ser humano, da prestação jurisdicional e do mundo jurídico.

O limite da paranóia confunde o juiz de garantias com o do Juizado de Instrução, com o juiz instrutor. Este sim, com poderes aproximativos da inquisição. O modelo brasileiro proposto no projeto de reforma do CPP, aprovado no Senado em 2010, mais se aproxima ao *Giudice per le indagini preliminari* (GIP) do sistema italiano[4]. A Itália continua Itália, mesmo com este instituto (não é leproso, não engole bebês, de suas entranhas não emanam venenos mortíferos e nem odores fétidos).

A essência de suas atribuições está no controle jurisdicional da legalidade da investigação e na proteção dos direitos e das liberdades fundamentais.

Tanto no modelo italiano, quanto no do PL 156, a atuação do juiz de garantias é ocasional, sem funções instrutórias, limitadas ao de controle da legalidade das investigações e à garantia dos direitos fundamentais, mormente os de liberdade. O juiz de garantias não é o titular e nem o coordenador da fase preliminar, como o é o juiz instrutor.

O avanço há de situar também os órgãos colegiados para apreciar as medidas processuais prévias ao mérito (remédios jurídicos de garantia - *habeas corpus* e o mandado de segurança, remédios correicionais – correição parcial e impugnações interlocutórias, por exemplo). O juízo colegiado, conforme já referido por Carnelutti (1995, p. 33/34), é uma das tentativas da lei para garantir a dignidade do juiz, um remédio para reduzir a insuficiência do magistrado. A preservação de possíveis contaminações e de juízos prévios, passa pela criação de órgãos colegiados exclusivos. Na mesma perspectiva, uma nova dimensão se faz necessária aos sujeitos encarregados de apreciar os embargos infringentes e as revisões criminais.

Referências

- CARNELUTTI, Francesco. As Misérias do Processo Penal. São Paulo: CONAN, 1995.
FERRAIOLI, Marzia. Il ruolo di "garante" del giudice per le indagini preliminari. Padova: Cedam, 1993.
MAYA, André Machado. Imparcialidade e Processo Penal – da prevenção da competência ao juiz de garantias. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2011.
MAYA, André Machado. O juiz das garantias no Projeto de Reforma do Código de Processo Penal. Boletim do IBCCRIM, n. 204, Nov./2009, p. 06/07.

Notas

1. Crítica à regra da prevenção é feita por MAYA, André Machado, em: Imparcialidade e Processo Penal – da prevenção da competência ao juiz de garantias. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2011.
2. A excepcionalidade da limitação poderá advir da própria Constituição Federal (conteúdo e autorização para que a lei o faça), bem como de limites constitucionais não expressos. A restrição há de atingir a finalidade proposta (adequação), a menor ingerência possível, ou seja, um grau inferior de prejuízo (necessidade), na perspectiva de uma reciprocidade razoável (proporcionalidade em sentido estrito) e não somente neste último estágio, como se fosse o exclusivo conteúdo da proporcionalidade. Este é o derradeiro, utilizável somente após a ultrapassagem dos outros filtros descontaminantes.
3. CARNELUTTI, Francesco. As Misérias do Processo Penal. São Paulo: CONAN, 1995, p. 34, já advertia que "a Justiça humana não pode ser senão uma justiça parcial; a sua humanidade não pode senão resolver-se na sua parcialidade. Tudo aquilo que se pode fazer é buscar diminuir essa parcialidade".
4. Vid. FERRAIOLI, Marzia. Il ruolo di "garante" del giudice per le indagini preliminari. Padova: Cedam, 1993.

Nereu José Giacomolli
Doutor em Direito pela Universidad Complutense de Madrid, Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS – Mestrado e Doutorado, Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

Delação Premiada: Terror e Surpresa

O arrependido, num passe de mágica, diante de seu “auxílio” passa a ter uma condição privilegiada. Em alguns casos sua responsabilidade é cinicamente esquecida, noutros é tolerada, não fosse uma “traição”. Sempre.

Alfred Hitchcock dizia que o terror se obtém com a surpresa, enquanto o suspense pelo aviso antecipado. O que se passa no campo do direito e do processo penal é um misto entre as diversas surpresas, que causam terror, antecipadas pelo aviso de que isto irá acontecer. O aviso de que isto irá acontecer está demonstrado no ambiente forense pelo sucesso da “Delação Premiada.”

Juliano Keller do Valle produziu um texto sobre o tema e ao invocar o filme “Tubarão” ele conta com um recurso que o próprio Steven Spielberg não contava nas filmagens: o efeito suspense conseguido somente porque o terror da surpresa era precedido do suspense em que o predador apenas era sugerido, indicado, como se não estivesse presente. Consta no Wikipedia que “*O principal atrativo do filme, o tubarão mecânico, apresentou vários problemas durante as filmagens, causados pela água salgada do mar, pois Spielberg não quis filmar em uma piscina, como seria o convencional. Várias sequências em que o Tubarão apareceria, Spielberg teve que substituí-lo por filmagens de marolas e movimentos de água. Mesmo nas poucas ocasiões em que o Tubarão podia ser usado, a responsável pela montagem teve que usar de muita habilidade, para que as cenas não parecessem falsas. As platéias do mundo todo não notaram essas falhas, graças ao exímio trabalho de direção e montagem. Mas para todos os artistas que trabalharam no filme ficou a irritação com aquele “maldito tubarão”, conforme diziam nas entrevistas e depoimentos posteriores.*” Este efeito *semblant* que o filme proporciona, a saber, de se estar com medo em qualquer lugar, pois o “Tubarão” poderia se fazer presente, do nada, no efeito surpresa, ocasionou o “suspense” de toda uma geração... Esta estrutura de se aproveitar de uma “surpresa” violenta para causar “suspense” e se usar ideologicamente, de fato, está presente na nossa película diária: a continuação incessante do medo!

Nesse sentido, o “crime-tubarão” é

a metáfora do grande mecanismo midiático da violência constitutiva do humano e, paradoxalmente, tratado como se fosse uma surpresa no cotidiano, fomentado por uma realidade excludente, na qual o neoliberalismo se esgueira como financiador oculto desta economia criminal e obscena. A surpresa é, no caso, falsa, da ordem do *semblant*. Sabe-se, desde antes, que as possíveis variáveis do crime não decorrem, de regra, de um ato de terror individual, mas sim de toda uma coletividade que produz e se regozija com o crime.

De qualquer modo, percebeu-se que o destino de quem pretende sair desta metáfora é complicado, justamente porque as coordenadas culturais em que se está submerso reproduz o modelo da única possibilidade capaz de nos livrar do tubarão: matando-o! E se mata; muito. O sistema penal produz vítimas de todos os lados. Somente não percebe quem continua acreditando nos contos de mocinho e bandido. De um lado o mal, organizado para causar o desespero dos que se situam – imaginariamente e sem culpa – do lado do bem. O poder se organiza assim, especialmente no Direito Penal.

Acontece, entretanto, que diante do levante neoliberal e do agigantamento do sistema penal, as soluções processuais, diretamente, seus custos, passaram a ser gigantescos. Daí que a partir de uma lógica do custo/benefício, as normas processuais precisaram ser mais eficientes. Importando-se as noções de tradições diversas, desprezando o giro que o modo de pensar da filosofia pragmática exige, algumas novidades foram introduzidas no país, tudo sob o mote de matar o “tubarão”. Dentre estas novidades, a “delação premiada”. Aliás, a modalidade do “direito premial” é velha conhecida. Sabe-se que as condutas desejadas são fomentadas quando o direito reconhece uma recompensa.

Assim, pensou-se na possibilidade de facilitar ao Estado, na apuração das infrações penais, a construção da verdade processual mediante o estabelecimento de alianças com aqueles que inicialmente poderiam estar no lado oposto, isto é, aceitando o “arre-

pendimento” dos “delatores” na perseguição dos “pecadores”, utiliza-se as suas palavras para condenar. A lógica que permeia este modo de pensar é o da “eficiência”, tão bem denunciada por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Júlio César Marcellino Jr. O arrependido, num passe de mágica, diante de seu “auxílio” passa a ter uma condição privilegiada. Em alguns casos sua responsabilidade é cinicamente esquecida, noutros é tolerada, não fosse uma “traição”. Sempre.

O Direito Penal trazia a “traição” como qualificadora do crime de homicídio, justamente porque ela impedia a defesa e, como tal, a pena deveria ser maior. No caso da delação premiada, em nome da perseguição dos “maus” ela é estimulada. É claro que se poderia analisar a questão do ponto de vista da individualidade contemporânea, na qual pouco importam as relações pessoais, mas sim o “salvar a própria pele”, mesmo ao custo da honra e da palavra empenhada. Ela, a palavra, hoje, na verdade, vale pouca coisa... mas deveria valer mais! No caso dos “delatores” ela somente vale para condenar e acabou se transformando num espetáculo da corrida para ver quem “delata” primeiro. O espetáculo contemporâneo é o de buscar o assessoramento de bons advogados para ponderar se vale ou não vale a pena delatar. Citando a literatura Juliano Keller é direto: “*Ainda que a traição agrade, o traidor é sempre detestado.*”

De sorte que os professores de processo penal estão num dilema. De fato, ao se entrar numa sala de aula do curso de graduação em Direito não se sabe o que dizer; qual o discurso sustentar para os acadêmicos? A crise se situa

justamente porque o discurso que se deve sustentar no manifesto, nas lições de sala de aula, não são as necessárias para o enfrentamento do verdadeiro “estado de natureza” que as ditas evoluções processuais nos interrogam! Aos alunos se pode falar de honra, dignidade, respeito, honestidade, probidade, boa-fé, “valores” com os quais podem até concordar, mas sabem eles que o discurso latente, necessário para o enfrentamento da vida forense, é diverso, ou seja, que este nosso discurso não os prepara para enfrentar a realidade em que o processo penal está mergulhado. Diretamente: o ensino do processo penal não os prepara para o dia-a-dia e que se confiarem no que ensinamos estarão enfraquecidos, desarmados, para o necessário “sucesso profissional”. Charles Melman fala que hoje não se ensina mais “sabedorias” mas “saberes”, pelos quais as considerações teóricas, filosóficas, literárias, formadoras da estrutura de pensar, são substituídas por “saberes”, “jeitinhos”, “macetes” de aplicação prática e que as referências de “sabedoria” são, no fundo, um grande obstáculo para o êxito, enfim, para se tornarem profissionais eficientes e de sucesso.

Daí que se pode, dentre outros, buscar-se esteio no “Garantismo Constitucional” de Luigi Ferrajoli para se fixar um limite para o “eficientismo” do processo penal, dado que articula garantias mínimas que devem, necessariamente, fazer barreira para se evitar que se negocie o “direito à liberdade”. A tarefa é difícil, como é complicado estar no lugar de professor, já dizia Freud! Todavia, não se pode esperar mais do que o sistema pode dar. Façamos um exercício ingênuo: somos procurados por um

sujeito que sabe que será preso e pode, antes, valer-se da delação premiada, obtendo, com esta postura, benefícios! O sujeito aceita as condições... quem pode fazer barreira é somente o sujeito. O defensor continua se quiser. A fadiga nos arrosta todos os dias...

Bezerra da Silva cantava: “*A lei do morro é ver ouvir e calar/ Ele sabia, quem mandou ele falar/ Falou de mais e por isso ele dançou/ Favela quando é favela, não deixa morar delator.*” A “lei do morro” guardava um lugar para quem era delator. O direito o promove. E Bezerra da Silva termina: “*Cagete é mesmo um tremendo canalha/ Nem morto não dá sossego/ Chegou no inferno, entregou o diabo/ E lá no céu caguetou São Pedro/ Ainda disse que não adianta/ Porque a onda dele era mesmo entregar/ Quando o cagete é um bom cagete/ Ele caguetou em qualquer lugar.*”

Talvez se possa entender um pouco mais sobre os dilemas contemporâneos do processo penal eficiente via “delação premiada”, quer para aderir, quer para rejeitar. O que não se pode é continuar aceitando as “novidades” legislativas sem uma profunda reflexão de qual é o nosso papel, nem os efeitos que nossas posições podem engendrar no coletivo. Os limites democráticos precisam ser recompostos. O “tubarão” já foi preso, morto, esquartejado, mas sempre surge o medo de que ele retorne, não porque o quer, mas porque o “tubarão” habita o mais íntimo do humano. Surpresa? Medo? Angústia? Tudo humano, demasiadamente humano, diria Nietzsche. Quem sabe entendendo se possa aliviar a surpresa, o medo e a angústia, embora não tenha tanta certeza!

Alexandre Morais da Rosa
Professor Adjunto de Processo Penal da UFSC. Juiz de Direito. Doutor em Direito, e aparentemente humano, demasiadamente...
email: alexandremoraisdarosa@gmail.com
Blog: <http://alexandremoraisdarosa.blogspot.com>

Entidades parceiras do IBRAPP

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM (www.ibccrim.org)
Centro de Estudos Avançados em Processo e Justiça – CEAPJ (www.ceapj.udg.edu)
Sociedade Brasileira de Psicologia Jurídica – SBPJ (www.sbpj.org)
Escola Superior da Advocacia da OAB/RS (www.oabrs.org.br/esa)
PUCRS (www.pucrs.br)
Editora Lumen Juris (www.lumenjuris.com.br)

Verdades no Processo Penal

I – INTRODUÇÃO

Desde os tempos de Descartes, senão antes, de Galileu, como afirma Francisco das Neves BATISTA[1], a ciência sai da sinonímia de saber e insere-se na de duvidar, pois o avanço do conhecimento é visto a partir da complexidade das questões e não da perfeita sintetização de conceitos. “A fronteira entre ciência e fé é a mesma que separa a indagação, sempre em aberto, e o dogma inquestionável”. Com a aproximação em determinado momento histórico entre as ciências ditas exatas e experimentais e a ciência jurídica, tendendo esta a imitar aquelas, o dogmatismo persiste controvertido e prestigiado: “certas proposições afirmam-se sem discussão nos tratados e compêndios, como se fossem premissas primárias naturais, indispensáveis ao raciocínio e, todavia, kantianamente inatingíveis pela experiência”.

O Direito, como todo o conhecimento, não pode mais ser considerado isolado, assepticamente, como em um tubo de ensaio. E isto tanto na sua aplicação como em sua crítica, bastante bem-vinda quando de fora do sistema em que concebido. Não admitir conhecimentos de outras áreas do saber como válidos, úteis ou necessários à investigação de fenômenos jurídicos cada vez mais complexos, significa um indesejado apego à prepotência do conhecimento científico moderno e suas “verdades absolutas”. Assim, a discussão acerca da “verdade” insere-se neste conceito multidisciplinar, de inúmeras formas de conhecimento, de percepções ricas e diversas do “real”.

O acordo sobre o tormentoso conceito de “verdade” está longe de ocorrer neste início do século XXI. As teorias a respeito, assim como as classificações, são diversas, dividindo-se, por exemplo, entre pragmáticas; semânticas e não-semânticas; pró-oracionais; fenomenológicas; hermenêuticas; coerenciais e intersubjetivas, segundo a classificação de Juan Antônio NICOLÁS e María José FRÁPOLLI [2]. Todavia,

constata-se uma clara inclinação, especialmente na esfera jurídico-processual, a partir dos conceitos comumente utilizados de “verdade material” e de “verdade formal”, em adotar a definição de “verdade” como “corresponde ao real” (Aletheia)[3]. Trata-se de evidente simplificação da questão, suscetível a uma série de questionamentos, como a fragilidade de outros termos que compõem o conceito, tais como “correspondência” e “realidade”. Se, como afirmava Aristóteles ao enunciar suas duas teses fundamentais sobre o conceito de “verdade como correspondência”, a “verdade” está no “pensamento” ou na “linguagem” e não no “ser” ou na “coisa” que seriam a medida da “verdade”[4], todas as limitações do sujeito na apreensão da “verdade” se apresentam, o mesmo se podendo dizer em relação a quem detém a palavra final sobre a “verdade” no processo penal: o juiz. Isto não significa, como parece óbvio, qualquer incapacidade ou incompetência específica dos Magistrados, mas sim uma limitação humana[5]. Muito menos se quer dizer que o caminho seja transformar o processo penal puramente em um espaço onde nenhuma “verdade” em relação ao que aconteceu no mundo dos fatos interessa, uma espécie de “jogo de perde e ganha”, onde “pode mais quem fala mais alto, argumenta melhor ou tem uma melhor condição”, divorciando o processo penal de um necessário ponto de partida para argumentação em qualquer sentido, da acusação ou da defesa[6].

II – VERDADE PROCESSUAL PENAL

Independente da teoria sobre “verdade” adotada e entre a impossibilidade de atingir uma “verdade absoluta” - cuja busca desenfreada fornece os ingredientes necessários a um modelo inquisitório de jurisdição - e os prejuízos do abandono radical do conceito de “verdade como correspondência”, o que se apresenta como mais importante são as regras e princípios que o processo penal impõe às partes e ao juiz na

busca do resultado final do processo que, após o trânsito em julgado, somente poderá ser alterado nas hipóteses autorizadas de revisão criminal ou de habeas corpus. São estas normas que possibilitam a obtenção de uma “verdade processual penal”, em boa medida diversa de toda e qualquer outra área do Direito, já que o direito penal adjetivo é detentor de princípios próprios que lhe dão um conteúdo peculiar, seja por força da hipossuficiência do réu, seja pelos efeitos especialmente deletérios do processo penal e da pena.

Especialmente a partir da Constituição de 1988, os direitos e garantias individuais do acusado perante o Estado (Art. 5º) passaram a gozar de um status diferenciado e, aos poucos, foram sendo culturalmente admitidos e aplicados, ainda que com evidente resistência, no dia a dia do processo penal. Somados a outros princípios de extrema importância, tais como do “in dubio pro reo”, do “ne eat iudex ultra petita partium”, da identidade física do juiz consagrado no art. 399, § 2º, do Código de Processo Penal, entre outros, tem-se o contexto jurídico em relação ao qual o julgador está subordinado na produção probatória processual penal. Respeitada sua efetiva observância, a busca da “verdade processual penal” exige um juiz ciente de que se encontra inserido em um sistema acusatório e, portanto, não pode substituir o Ministério Público no seu mister de acusar ou obter provas destinadas a confirmar os fatos narrados na inicial acusatória; que deve ter como norte de sua jurisdição o respeito às garantias fundamentais do acusado previstos na Constituição e na legislação processual penal; consciente de que “verdade real” é um conceito, no mínimo, arbitrário, capaz de justificar junto aos órgãos de persecução as maiores violências a direitos individuais; bem

como um julgador sem medo de adotar as medidas reparatórias necessárias, inclusive reconhecendo a nulidade do ato de qualquer modo violador de tais disposições, e que não admita dúvidas assolando o seu espírito no momento de decidir quanto à responsabilidade penal do réu.

Neste sentido, em boa direção caminha o Projeto de Lei do Senado nº 156 de 2009, destinado à reforma do Código de Processo Penal, especialmente quando trata dos princípios fundamentais da persecução penal e contempla em lei ordinária, ainda que o texto constitucional assim já autorizasse, que o “processo penal reger-se-á, em todo o território nacional, por este Código, bem como pelos princípios fundamentais constitucionais e pelas normas previstas em tratados e convenções internacionais dos quais seja parte a República Federativa do Brasil.” (Art. 1º); “As garantias processuais previstas neste Código serão observadas em relação a todas as formas de intervenção penal, incluindo as medidas de segurança, com estrita obediência ao devido processo legal constitucional.” (Art. 2º); “Todo processo penal realizar-se-á sob o contraditório e a ampla defesa, garantida a efetiva manifestação do defensor técnico em todas as fases procedimentais”. (Art. 3º); “O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”. (Art. 4º); “A interpretação das leis processuais penais orientar-se-á pela proibição de excesso, privilegiando a dignidade da pessoa humana e a máxima proteção dos direitos fundamentais, considerada, ainda, a efetividade da tutela penal”. (Art. 5º); “A lei processual penal admitirá a analogia e a interpretação extensiva, vedada, po-

rém, a ampliação do sentido de normas restritivas de direitos e garantias fundamentais”. (Art. 6º).

III – CONCLUSÃO

A tormentosa e perene discussão sobre o que é a “verdade” não autoriza no processo penal posições radicais ou totalitárias, que levem à aceitação de “verdades absolutas” ou que neguem a possibilidade de qualquer “verdade”. A possível “verdade processual penal” se dá no devido processo legal mediante a estrita obediência aos direitos e garantias individuais previstos na legislação penal adjetiva e na Constituição Federal e, sem a pretensão de ser “a verdade”, se diferencia em relação a outras áreas do Direito, já que o direito penal adjetivo é detentor de regras e princípios que lhe dão um conteúdo próprio, inclusive no tocante à produção probatória e às decisões judiciais, tendo como norte a hipossuficiência do réu frente ao Estado e os efeitos especialmente nefastos do processo e da sanção penal.

Notas

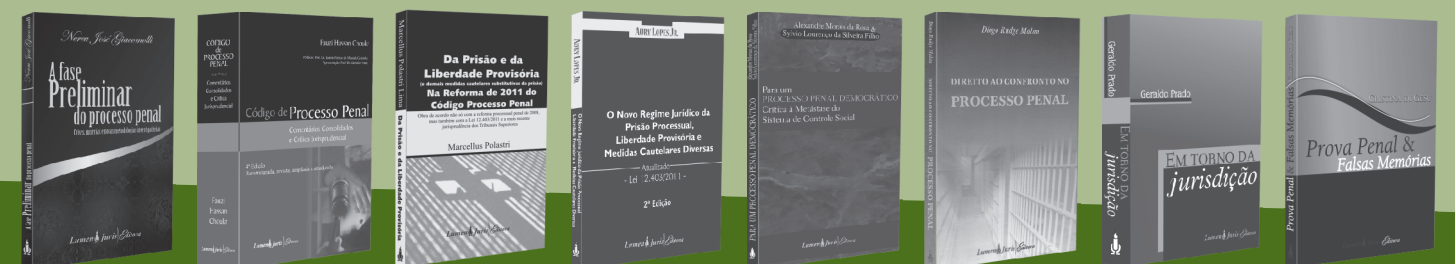
- (1) BATISTA, Francisco das Neves. O mito da verdade real na dogmática do processo penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 1-2.
- (2) NICOLÁS, Juan Antonio; FRÁPOLLI, María José (Org.). Teorías de la verdad en el siglo XX. Madrid: Tecnos, 1997.
- (3) Sobre a matéria e a necessidade de buscar superar e reestruturar a Aletheia em nome da complexidade, consultar a obra de SALAH H. KHALED JR. Ambição de verdade no processo penal (desconstrução hermenêutica do mito da verdade real). Salvador: Podium, 2009. p. 29-87.
- (4) ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de Filosofia. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 994.
- (5) Segundo CARNELUTTI, Francesco. “Verità dubbio e certezza”. In Rivista di Diritto Processuale, v. XX (II serie), 1965, pp. 04-09, a verdade, em si, é inatingível, já que ela está no todo, não na parte; e o todo é demais para nós.
- (6) Segundo BATISTA, Francisco das Neves, Aristóteles já propugnava, com propriedade, que assim como a verdade jamais será alcançada em sua totalidade, não nos é possível ficar completamente alheios a ela. (Op. cit., p. 30).

Fabrizio Dreyer de Ávila Pozzebon
Advogado Criminalista, Professor Titular da Faculdade de Direito da PUCRS, Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS, Doutor em Direito pela PUCRS.

Lumen Juris Livraria e Editora

Direito Processual Penal – ATUAL

Adquira estas e outras obras em nossa loja virtual: www.lumenjuris.com.br



“A Editora Lumen Juris se orgulha de publicar obras de juristas de várias partes do Brasil, e assim, diariamente, recriar o Direito em prol de uma sociedade mais justa, digna e fraterna.” Geraldo Prado

Vale a Pena Salvar a Dicotomia Sistema Inquisitório - Sistema Acusatório?

[...] o Brasil possui um modelo de autoridade judiciária hierárquica, com o Estado atuando ativamente na sociedade, buscando, por meio do processo judicial, implementar políticas públicas de melhoria material e moral dos seus cidadãos.

A pesquisa sobre os sistemas processuais penais não é novidade na doutrina processual penal nacional e estrangeira[1]. Este texto propõe-se, de maneira resumida, à (re) visitar a discussão sobre os sistemas processuais penais, introduzindo uma perspectiva de análise comparada sobre estes institutos, procurando superar a classificação tradicionalmente consolidada, de modo a fomentar, ainda que introdutoriamente, a crítica sobre aquilo que o senso comum teórico dos juristas tem sedimentado como mecanismos de administração da Justiça Criminal (tipos ideais) capazes de direcionar os processos judiciais criminais na sua concretude diária.

Tradicionalmente, três são os tipos ideais de sistema processual penal: o acusatório, o inquisitório e o polêmico sistema misto. A diferenciação teórica destes três dutos de aplicação da legislação penal material é trazida pela doutrina processual penal, nacional e estrangeira, sobre dois enfoques, fundamentalmente, quais sejam: (a) o enfoque genérico, que vincula o sistema inquisitório ao modelo de Estado Totalitário, e o sistema acusatório ao modelo de Estado Democrático de Direito, mencionando o sistema misto como a junção destes dois modelos; (b) o enfoque específico, que pretende analisar estes institutos por meio de suas principais características[2].

Sem procurar aprofundar o exame desta perspectiva de análise, opta-se em introduzir uma nova forma de abordagem desta dicotomia sistêmica (ou tríplice sistêmica, se preferirem), pois se entende que o processo penal, conforme Roxin, é o sismógrafo da Constituição. A proposta, assim, é aquilatar, na linha defendida por Goldschmidt (Principios Generales del Proceso, p. 109/110), que “o processo penal de uma nação é o termômetro dos elementos corporativos e autoritários de sua Constituição”[3],

ou, como quer Cordero (1966, p. 06), “é o espelho das orientações políticas e da estrutura constitucional”.

Desta feita, antes de discutir qual é o modelo de processo penal existente, é necessário, conforme nos dita Damaska (2000, p. 86), definir qual o tipo de organização de Estado que possuímos. O Estado, nesta perspectiva de Damaska, organiza seu Poder Judiciário a partir de elementos conceituais necessários a sua organização, que se referem aos atributos dos funcionários, as suas relações, e a maneira como são tomadas as suas decisões. A partir destes dados, exsurtem quatro tipos ideais que servem para analisar toda a classe de procedimentos.

Destes tipos ideais dois dizem respeito aos modos de organizar a autoridade judiciária, quais sejam: modelo hierárquico e o modelo paritário. No primeiro há uma profissionalização dos funcionários responsáveis, o ordenamento é estritamente hierárquico e existem normas técnicas para a tomada de decisões; no segundo há, pelo contrário, funcionários leigos, uma distribuição horizontal de poder, e a justiça é substantiva, isto é, mesclada entre regras políticas, éticas e morais.

Os outros dois tipos ideais dizem respeito ao procedimento em específico, e são associados à posição do indivíduo frente ao Estado, é dizer, associado a um determinado fim do Estado. No modelo paritário o Estado tem um papel reativo na sociedade no sentido de que se limita a prover um marco para que os cidadãos possam perseguir seus próprios ideais, sendo o procedimento um mecanismo para resolver conflitos entre os cidadãos. No modelo hierárquico, o Estado tem um papel ativo na sociedade, no sentido de que sustenta a vida boa ou correta, e a utiliza como base para um programa global de melhora material e moral de seus cidadãos, sendo o procedimento um mecanismo para implementar políticas

públicas.

A partir destes tipos ideais, segundo Damaska, é possível definir os modelos de processos judiciais criminais. Segundo ele existem dois modelos: o adversary (de disputa) e o no adversary (de investigação oficial). Da sua teoria, conclui-se que o Brasil possui um modelo de autoridade judiciária hierárquico, com o Estado atuando ativamente na sociedade, buscando, por meio do processo judicial, implementar políticas públicas de melhoria material e moral dos seus cidadãos.”

Quanto ao modelo de processo judicial criminal, pode-se concluir que no Brasil é adotado o modelo no adversary (ou de investigação oficial - oficialidade), seja pela regra prevista nos arts. 129, inc. I, e 144, da CF, seja pela adoção, de forma genérica, do Sistema de Garantias na Constituição Federal de 1988, e pela principiologia do processo penal que daí decorre: nulla culpa sine iudicio; nullum iudicium sine accusazione; nulla acusatio sine probatione; nulla probatio sine defensione (FERRAJOLI, 2006, p. 91).

Desta análise, cabe voltar à indagação inicial: vale a pena salvar a di-

cotomia sistema inquisitório/sistema acusatório? Pensa-se que no momento atual dos Estados desenvolvidos, como é o Brasil, onde os direitos e garantias fundamentais estão previstos na Constituição e em Tratados Internacionais dos quais nosso país é signatário, torna-se despiendo sustentar a dicotomia sistema acusatório/sistema inquisitório, até porque esses tipos ideais são modelística abstrata, ou seja, modelos históricos (ARAGONESES ALONSO, 1974, p. 16/17).

Defende-se que no estágio em que se encontra o Brasil, no nível de ascensão política, social e econômica, o ideal é que se mantenham as regras do jogo, é dizer, que se respeite à Constituição Federal de 1988, e àquilo que os Tratados Internacionais venham a convergir com ela, de modo que assim se possa aproximar cada dia mais a um justo processo penal, humanamente ético e limpo (AMODIO, 2003, 199).”

Notas

1. Lembra Geraldo Prado que resquícios destes sistemas podem ser encontrados desde as primeiras tribos, passando pelo Egito, Palestina, Grécia Antiga e Roma. (PRADO, Geraldo. Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 60). Do mesmo

modo, Lucchini constatou aspectos do sistema acusatório nas Leis de Manú, no Egito e na Palestina, dentre outros (LUCCHINI, Luigi. Elementi di procedura penale. Quinta edizione, riveduta e corretta. Firenze: Barbèra Editore, 1921, p. 34).

2. Sobre as características, ver: RANGEL, Paulo. Direito processual penal. 10ª ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 49. No mesmo sentido, THUMS, Gilberto. Sistemas processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 169.

3. Neste sentido, a ciência processual desenvolveu um número de princípios opostos constitutivos do processo, os quais foram sendo dinamicamente utilizados, cada um ao seu tempo, porém, muitas das vezes em conjunto, os quais caracterizam a história do processo.

Referências

- AMODIO, Ennio. Processo penale, diritto europeo e common law: dal rito inquisitorio al giusto processo. Milano: Editore Giuffrè, 2003.
- ARAGONESES ALONSO, Pedro; LOPEZ-PUIGSERVER, Carlos. Curso de derecho procesal penal. 4ª ed. cor. Y adapt. a las disposiciones vigentes. Madrid: Prensa Castellana, 1974.
- CORDERO, Franco. Ideologie del processo penale. Varese: Giuffrè, 1966.
- DAMASKA, Mirjan R. Las caras de la Justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000.
- FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 2ª ed. rev., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- GOLDSCHMIDT, James. Principios generales del proceso: problemas jurídicos y políticos del proceso penal. Vol II. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América – EJE, 1966.
- LUCCHINI, Luigi. Elementi di procedura penale. Quinta edizione, riveduta e corretta. Firenze: Barbèra Editore, 1921.
- PRADO, Geraldo. Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- RANGEL, Paulo. Direito processual penal. 10ª ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- THUMS, Gilberto. Sistemas processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

Modelos processuais: uma discussão (ainda) necessária?

A noticiada superação da dicotomia desses modelos não é nova no direito comparado

Fauzi Hassan Choukr

Doutor e Mestre em Direito Processual Penal pela USP. Especializado em Direitos Humanos pela Universidade de Oxford e em Direito Processual Penal pela Universidade Castilla La Mancha. Professor do Programa de Mestrado/Doutorado da FADISP. Promotor de Justiça no Estado de São Paulo.

Ao longo do tardio movimento de reforma global do Código de Processo Penal a partir do projeto de lei oriundo do Senado da República[1], surge no cenário brasileiro algum questionamento sobre a necessidade de destacar-se, na discussão, o debate dos denominados “modelos processuais”, contrapondo ao inquisitivo aquele acusatório.

A noticiada superação da dicotomia desses modelos não é nova no direito comparado, possuindo nuances distintas de acordo com a fonte donde provém a crítica ao divisionismo.

Assim, desde uma perspectiva psicológica (COMBRAG, 2003, p. 21/27), passando por uma abordagem estritamente processual dogmática que

refuta a dicotomia porquanto o modelo “inquisitivo” não pode ser considerado um verdadeiro modelo processual (MONTERO AROCA, 1997, p. 28/29), até posições mais pragmáticas que surgem diante dos movimentos reformistas da última década, sobretudo para incrementar mecanismos de ênfase da transação penal (BRADLEY, 1996, p. 471/472), ou mesmo aquelas que pretendem assimilar os modelos porque ambos possuem graus aceitáveis de “eficiência” (Schwikkard, 2009), pode-se apontar uma certa tendência a considerar esgotada a divisão rígida entre os dois modelos[2] sem que, contudo, emerja uma posição sincrética ou, até mesmo, de construção de um novo modelo[3] de forma clara.

Pensada a discussão exclusivamen-

te sob a ótica da realidade pátria, malgrado vozes de peso tenham se inclinado para a discussão do sincretismo (STRECK, 2009, p. 117/139), não nos parece dispensável pontuar as respectivas construções históricas, suas diferenças estruturais, as consequências dessas diferenças na projeção da técnica jurídica, e os inconciliáveis resultados práticos das opções (políticas) na vivificação do sistema penal.

Várias razões, a meu sentir, justificam a manutenção dessa análise como epistemologicamente válida, didaticamente necessária e pragmaticamente útil.

Do ponto de vista didático, a rarefação da discussão na história da cultura processual penal no Brasil é sensível. Bastasse uma passada d'olhos pela literatura convencional, a que orienta a formação do operador do direito no ensino jurídico pátrio, e se constataria a aridez da discussão e de seus reflexos no processo penal.

Mas, para além desse aspecto, é de se pontuar que o projeto que se discute não é, como o foi na experiência do sempre festejado código italiano, fruto da academia. Lá, como apontado pela doutrina de peso, “a codificação de 1988 é um corpus normativo grandioso que se presta bem a revelar o eco ou a pronta recepção de linhas de política processual elaboradas pela doutrina jurídica. Contém a codificação, além disso, uma radical mudança de sistema que enseja a descoberta das raízes culturais das quais decorreu a superação do rito inquisitório” (AMODIO, RBC-

CRIM 25/9).

Aqui, nem mesmo claras se encontram para a maturação do debate as várias nuances em que se pode compreender o conteúdo da acusatoriedade, com a ênfase dada à gestão da prova de modo a orientar o conceito (COUTINHO, 2009, p. 103/115) mas sem se alcançar, até mesmo entre juristas de renomada, a necessidade de superar-se o denominado “sistema misto” (DOTTI, REPRO, 67/72).

O resultado prático pode ser visto nos frutos imediatos da reforma parcial de 2008, pela qual não se consegue sequer entender, nos primados da acusatoriedade, o papel do juiz na formação da prova oral (MARTINS).

O resultado da ausência da maturação da discussão pode ser, como em vários sentidos já o é em relação às modificações mais recentes do processo penal, o da dispensabilidade da reforma, mesmo a global. Afinal, se das mudanças legais a prática não se altera (por uma série de fatores), perde-se o sentido do objeto e do objetivo da reforma.

Além disso, a ausência da discussão dos modelos pode servir de porta de entrada larga demais para a introdução de uma visão meramente massificante do sistema, com a ampliação dos já discutíveis mecanismos existentes de transação penal, cuja face estritamente utilitarista nunca foi destacada no processo legislativo e no discurso acadêmico, salvo quando a reflexão e a crítica consciente exigiram seu lugar no discurso (PRADO, 2001).

Referências

- AMODIO, ENIO. Vitórias e derrotas da cultura dos juristas na elaboração do novo código de processo penal. RBCCRIM 25/9. Versão eletrônica disponível em: www.revistasrtonline.com.br.
- BRADLEY, C.M. 'The convergence of the continental and the common law model of criminal procedure' 1996 (6) Criminal Law Forum 471 a 472.
- COMBRAG, Hans F.M. Adversarial or inquisitorial: do we have a choice? Adversarial Versus Inquisitorial Justice: Psychological Perspectives on Criminal Justice Systems: 17 (Perspectives in Law & Psychology). Van Koppen, Peter J. e Penrod, Stven D. (orgs). Kluwer Academics. Nova York, 2003.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório. Revista de informação legislativa, Brasília, v. 46, n. 183, p.103-115, jul./set. 2009.
- DOTTI, René Ariel. Princípios do processo penal. REPRO 67/72. Versão eletrônica disponível em www.revistasrtonline.com.br.
- Embora o autor não o valide expressamente, deixa claro no texto a possibilidade de uma composição mista dos modelos.
- MARTINS, Charles Emil Machado. A reforma e o “poder instrutório do juiz”. Será que somos medievais? <http://www.mp.rs.gov.br/areas/criminal/arquivos/charlesemi.pdf>, acessado em 18.12.10, às 19:00 h.
- MONTERO AROCA, Juan. Principios del Proceso Penal : una explicación basada en la razón. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.
- PRADO, Geraldo. Elementos para uma análise crítica da transação penal. R.J.Lumen Júris, 2001.
- SCHWIKKARD, Pamela Jane. Procedural models and fair trial rights. Texto apresentado na Conferência de Toronto da “INTERNATIONAL ASSOCIATION OF PROCEDURAL LAW”, 2009.
- STRECK, Lenio Luiz. Novo código de processo penal. O problema dos sincretismos de sistemas (inquisitorial e acusatório). Revista de informação legislativa, Brasília, v. 46, n. 183, p.117-139, jul./set. 2009.

Notas

1. Criada na forma do Requerimento nº 227, de 2008, aditado pelos Requerimentos nº (s) 751 e 794, de 2008, e pelos Atos do Presidente nº (s) 11, 17 e 18, de 2008.
2. Por todos, DELMAS-MARTY, Mireille. Processos Penais da Europa. Trad. Fauzi H. Choukr e Ana Claudia Ferigato Choukr. RJ: Lumen Júris, 2004, passim.
3. Por razões cuja explicação ultrapassariam os limites do presente trabalho, descartamos como um “novo modelo” processual penal os mecanismos restaurativos que têm ganho certo destaque de aplicação para determinados “nichos” do direito penal material. Também não cabe aqui, pelas mesmas razões de limitação espacial do presente trabalho, discutir determinados mecanismos presentes no âmbito da denominada “justiça transicional” ou “de transição”. A análise concernente a esses mecanismos está reservada para a versão ampliada deste trabalho a ser oportunamente publicada.

Primeiras Reflexões Acerca da Distinção entre Princípios e Regras Constitucionais do Processo Penal

Relegar ao aplicador a definição das espécies normativas e a ele dar liberdade para, no caso concreto, definir de forma arbitrária a aplicação de normas constitucionais, vai de encontro à ideia de Estado Democrático de Direito

Nos últimos anos, tem-se observado uma crescente consciência da vinculação constitucional do processo penal. Cresce o número de artigos, livros e manuais que fundamentam o estudo do processo a partir de uma análise dos princípios constitucionais do processo penal ou tratam de forma abrangente da conformação constitucional do processo penal (por todos: LOPES JR, 2010: Cap. V). No entanto, esses estudos não têm sido acompanhados de um estudo sistemático das espécies normativas constitucionais e da sua aplicação na esfera processual penal. De fato, no âmbito do processo penal, os termos: princípios, regras e garantias constitucionais são sempre utilizados indistintamente, como se sinônimos fossem. Outra tem sido a história, no âmbito da Filosofia do Direito Constitucional. Os estudos de teoria da constituição lograram avanços significativos no que se refere à interpretação e à aplicação das normas constitucionais (Ver, para um panorama geral acerca do debate: ALEX, 1996; AVILA, 2007; DWORKIN, 1978; GUASTINI, 2010; POSCHER, 2010; SAAVEDRA, 2006 e SARLET, 2009). O presente artigo pretende, portanto, problematizar a forma como os princípios constitucionais têm sido abordados no âmbito do estudo do processo penal, bem como, apontar para um possível caminho de superação dessas aporias.

A corrente que aborda o tema da separação entre princípios e regras a partir dos estudos de Dworkin e Alexy tende a fazer uma distinção forte entre princípios e regras constitucionais. Os princípios se distinguiriam das regras principalmente pela sua forma de aplicação: enquanto as regras seriam aplicáveis à maneira tudo-ou-nada (all-or-nothing-fashion), os princípios teriam uma aplicação gradativa, em que

o peso específico seria determinado no caso concreto (para uma visão geral sobre as teorias de Dworkin e Alexy, ver: SAAVEDRA, 2006, Caps. 3 e 4). Os princípios, portanto, comportariam ponderação, sendo que as regras seriam aplicáveis através do método da subsunção.[1]

Para se identificar um princípio e uma regra num determinado texto legal haveria ainda que se levar em conta também uma série de outras distinções, como a de texto e norma. Porém, os limites do presente artigo impedem que o tema seja aprofundado. O que se quer fixar aqui é a ideia de que os princípios comportam deveres de otimização aplicáveis em vários graus, sendo que as regras, ao contrário, comportam, normalmente, uma aplicação direta, com uma única solução possível. Portanto, serão regras constitucionais aquelas normas que não comportarem gradação na sua aplicação, como, por exemplo, o inc. LVI do Art. 5º da Constituição Federal de 1988 (CF/88), segundo a qual “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Neste caso, a CF/88 optou por dar tratamento de regra à norma que regula a admissão de provas ilícitas no processo penal. Na prática, essa regra implica que “é proibido no processo o uso de provas obtidas por meios ilícitos”, ou seja, se o julgador estiver diante de uma prova ilícita ele deveria, por força do mandamento constitucional, desentranhá-la do processo, independentemente de qualquer juízo de valoração relativo ao caso concreto ou mesmo de política criminal. Tecnicamente, portanto, poder-se-ia afirmar que o juiz teria agido de forma errada ou, pelo menos, inconstitucional, caso ele viesse a aceitar o uso de uma prova ilícita no processo penal, que tramita em vara de sua jurisdição.

Entretanto, sabe-se que não é esse o entendimento dominante, nem da dou-



LumenJuris
.com.br

Aqui você escolhe:
impressos ou digitais

Adquira livros com segurança e economia,
de forma rápida e fácil, em nossa loja virtual:
www.lumenjuris.com.br

Veja na loja virtual como adquirir livros digitais (e-books).

Giovani Agostini Saavedra
Doutor em Direito pelo
Johann Wolfgang Goethe -
Universität Frankfurt am Main,
Alemanha. Professor do Programa
de Pós-Graduação em Ciências
Criminais da PUCRS.

trina, nem da jurisprudência. Na verdade, há quatro correntes acerca do tema: há a que defende a admissibilidade processual da prova ilícita e a que sustenta sua inadmissibilidade absoluta; há ainda a que submete o exame de admissibilidade ao princípio da proporcionalidade e, por fim, aquela que condiciona a admissibilidade da prova ilícita ao crivo do princípio da proporcionalidade pro reo (LOPES JR., 2010: 584-589). Na prática, portanto, a maior parte da doutrina entende que a regra contida no inc. LVI do Art. 5º comportaria graduações na sua aplicação. Conforme vimos acima, porém, somente os princípios admitiriam ponderação no caso concreto, portanto, pergunta-se: se a CF/88 optou pela forma de regra, porque ela é tratada pela doutrina e pela jurisprudência como se princípio fosse?

A pergunta sugere que, pelo menos três das quatro posições acima elencadas estariam em frontal contradição com a CF/88. Porém, os defensores do uso da ponderação no caso da admissão das provas ilícitas poderiam usar os próprios exemplos elencados pela crítica para demonstrar que o que estaria errado seria exatamente a distinção entre princípios e regras adotada no início do presente texto. Dessa forma, se poderia argumentar com Ávila, no sentido de que “a ponderação não é método privativo de aplicação dos princípios” (Ávila, 2007: pp. 52 e ss.). Porém, mesmo o autor entende que a forma como o juízo de ponderação é aplicado a princípios tem de ser distinto ou é distinto da forma como ele é aplicado no caso das regras, ou seja, não se escaparia de uma definição mais precisa do que significa ponderação em cada caso específico.

O chamado princípio da necessidade também envolve perplexidades deste tipo. Segundo esse princípio, o processo penal seria um caminho necessário para a aplicação da pena, ou, em outras palavras, o processo penal seria condição de aplicação da pena (por todos: LO-

PES JR, 2010:1). O fundamento constitucional do presente princípio seria encontrado no inciso LIV do Art. 5º. da CF/88, cuja redação é a seguinte: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Porém, ao contrário da interpretação dada ao inc. LVI do Art. 5º a doutrina entende que o princípio da necessidade não comportaria exceções ou aplicação gradativa. Pelo contrário, entende-se, na prática, que o Estado está proibido de aplicar pena privativa de liberdade, sem que haja prévio e devido processo legal.

Não há nada de errado nessa assertiva e aqui não se pretende inovar na conceituação do princípio da necessidade. Porém, a questão que se coloca é: porque, neste caso, trata-se de um “princípio” da necessidade e não de uma regra da necessidade. Ora, como vimos acima, princípios podem ser ponderados no caso concreto, sendo que regras não: elas são aplicadas no modo tudo-ou-nada. Mas não é exatamente essa a ideia que a doutrina pretende exprimir com o “princípio da necessidade”. Considerar que a regra da necessidade deve se consubstanciar na forma de princípio significaria, dentre outras coisas, que o juiz, no caso concreto, poderia sopesar se haveria ou não necessidade do devido processo legal para aplicação de pena privativa de liberdade, o que não parece ser o caso.

No entanto, alguém poderia afirmar que o problema apontado não passa de aparência de problema. Bastaria mudar o nome utilizado para definição da espécie normativa e o problema estaria resolvido. Na verdade, porém, essa conduta só confirmaria a tese do presente artigo. A mudança arbitrária apenas confirmaria a arbitrariedade com a qual se tem tratado as espécies normativas no processo penal. Se é verdade que há espaço para liberdade no âmbito da interpretação de textos constitucionais, também é verdade que essa liber-

dade tem limites. Afinal, como bem afirma Ávila (2007:34): “Compreender ‘provisória’ como permanente, ‘trinta dias’ como mais de trinta dias, ‘todos os recursos’ como alguns recursos, ‘ampla defesa’ como restrita defesa (...) não é concretizar o texto constitucional. É, a pretexto de concretizá-lo, menosprezar seus sentidos mínimos”. Os exemplos citados e a demanda por precisão no uso dos conceitos não têm, portanto, apenas importância acadêmica. Relegar ao aplicador a definição das espécies normativas e a ele dar liberdade para, no caso concreto, definir de forma arbitrária a aplicação de normas constitucionais vai de encontro à ideia de Estado Democrático de Direito. Definir, portanto, um sistema constitucional do processo penal é uma tarefa urgente que não pode ser relegada a um segundo plano. Ela faz parte do núcleo essencial de um processo penal democrático que ainda está por ser construído no Brasil.

Referências
ALEXY, Robert. Theorie der Grundrechte. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996.
AVILA, Humberto. Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2007.
DWORKIN, Ronald. Taking Rights Seriously. Cambridge: Harvard University Press, 1978.
GUASTINI, Riccardo. Os princípios constitucionais como fonte de perplexidade. In: Teixeira, Anderson Vichinkeski. Correntes Contemporâneas do Pensamento Jurídico. Barueri: São Paulo, 2010. Pp. 42-60.
LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional. Vol. I e II. Rio de Janeiro: Lumen, 2010.
POSCHER, Ralf. Theorie eines Phantoms – Die erfolglose Suche der Prinzipientheorie nach ihrem Gegenstand. In: Rechtswissenschaft. Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung. Vol. 04. Outubro. Baden-Baden: Nomos, 2010. Pp. 349-372.
SAAVEDRA, Giovanni Agostini. Jurisdição e Democracia. Uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhman. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
SARLET, Ingo. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

Notas
1. Não se desconhece que essa forma de abordagem da distinção entre princípios e regras tem sido duramente criticada na doutrina (por todos: AVILA, 2007: pp. 87 e ss.). Porém, o objetivo aqui, neste breve artigo, não é explorar todas as posições sobre a distinção entre princípios e regras com vistas a uma possível síntese, mas sim apenas desvelar aporias na forma como a distinção tem sido utilizada no âmbito do processo penal. Para esse fim, entende-se ser a distinção apresentada suficiente.

Informe de Jurisprudência

Superior Tribunal de Justiça
STJ, HC 128.591/DF, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima,
julgado em 02.02.2010, Dje 01.03.2010

Ementa:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CORRUÇÃO ATIVA E QUADRILHA OU BANDO. DEFESA PRELIMINAR. MANIFESTAÇÃO MINISTERIAL SOBRE MÉRITO. VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. A não-observância ao devido processo legal, na forma como previsto em lei, constitui ofensa a preceito que veicula norma de direito fundamental, e, portanto, a nulidade que daí decorre jamais pode ser tida como meramente relativa. O desrespeito a direito fundamental tem por nota prejuízo ínsito e impossibilidade de convalidação. 2. Ordem parcialmente concedida para determinar o desentranhamento da manifestação ministerial, permanecendo válidos os requerimentos a respeito dos bens e valores depositados.

Voto

“[...] Pelos percucientes fundamentos, adoto como razões de decidir o parecer do Ministério Público Federal exarado às fls. 608/610:

‘A abertura de vista ao MPF, apos apresentação da resposta preliminar, foi apenas com o propósito de que este se manifestasse sobre os bens e valores então depositados em conta do juízo (f. 443). A manifestação ministerial, contudo, foi além, em verdadeira contestação as alegações da defesa. O fundamento da decisão que se recusou a desentranhar a peça ministerial não se sustenta. Não há, no processo penal, diferença ontológica entre o MP autor e custos legis. Sem precisar se deter em larga argumentação, basta ver que ao MP autor é dado, a qualquer momento, requerer a absolvição do réu ou postular pela incidência de qualquer circunstancia que lhe afaste a pena, ou a reduza. De resto, não há previsão de que o órgão acusatório se manifeste nessa fase do processo. Na atualidade, o princípio constitucional do devido processo legal, com seus consectários de ampla defesa e contraditório, possui natureza material, e não meramente formal, por ser a principal garantia de efetividade dos direitos. Com efeito, depois de Kelsen, é de rigor procurar-se o fundamento da norma para além de sua positividade. Para o pensamento a ele posterior, o problema da interpretação passou a ser o centro da própria concepção do direito, e nisto consistiu exatamente a chamada virada hermenêutica da teoria jurídica. Rompe-se a dualidade direito/sociedade, texto/contexto: o direito é texto

como contexto social. Em cada ato interpretativo está presente o contexto com base no qual o intérprete faz os significados significarem.

Daí por que é hoje curial a convicção de que o sentido de uma norma jamais está dado em definitivo e em absoluto. Toda regra, seja moral ou ética, se deposita na temporalidade e na experiência, o que requer o exercício permanente do estabelecimento de seu sentido. Nesse sentido, a segurança jurídica passa a ser vista não mais como previsibilidade, que de resto sequer existe nas ciências naturais em caráter absoluto, mas sim como processualidade, tendente a assegurar direitos justificáveis pelos atores envolvidos.

No dizer de José Ricardo Cunha, apenas por meio do *dinamismo próprio da processualidade jurídica no qual a pluralidade de opiniões e a diversidade dos argumentos apresentam várias formas possíveis de chegar a uma decisão* (Fundamentos axiológico da hermenêutica jurídica, in Hermenêutica plural, org. Carlos E. de Abreu Boucault e Jose Rodrigo Rodriguez, Martins Fontes, SP, 2002, p. 344), e que se possibilita ao juiz o necessário discernimento para chegar a posição mais razoável ao caso concreto.

Porque o direito penal talvez seja o campo em que o discurso prático mais se potencialize, assegurando a acusador e acusado esgrimirem, em situação de igualdade, os argumentos que irão fundamentar suas pretensões de verdade, é aqui que o princípio do devido processo legal encontra sua maior expressão.

De outro giro, a circunstância de o princípio do devido processo legal erigir-se a categoria de direito fundamental e, por isso, com estatura constitucional, faz com que o mesmo esteja numa relação de supraordenação com as demais normas do ordenamento jurídico.

Na atualidade, a doutrina, principalmente internacional, trabalha na ótica do chamado *neoconstitucionalismo*, que importa numa transfiguração do Estado de direito para o Estado constitucional, cuja principal consequência, grosso modo, é a irradiação de todos os princípios constitucionais, que perdem a característica pretérita de meros comandos programáticos e assumem imediata normatividade sobre toda a ordem jurídica. De tal forma que as leis estão para a Constituição numa relação material, substantiva, e não mais simplesmente formal.

De modo que a não observância ao devido processo legal, na forma como previsto em diploma legal, constitui ofensa a preceito que veicula norma de direito fundamental, e, portanto, a nulidade que daí decorre jamais pode ser tida como meramente relativa. O desrespeito a direito fundamental tem por nota prejuízo ínsito e

impossibilidade de convalidação.

Nesse sentido, a seguinte lição:

Os preceitos constitucionais com relevância processual têm a natureza de normas de garantia, ou seja, de normas colocadas pela Constituição como garantia das partes e do próprio processo. São também normas de garantia, do mesmo nível hierárquico das constitucionais, os preceitos com relevância processual inseridos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que, após a ratificação pelo Brasil e a edição do Decreto 678, de 6.11.92, passaram a integrar o sistema constitucional interno, por força do disposto no art. 5º § 2º, CF: ver adiante, cap. VI, nº 2, e cap. XIV, nº 4. Da ideia individualista das garantias constitucionais-processuais, no ótica exclusiva de direitos subjetivos das partes, passou-se, em épocas mais recentes, ao enfoque das garantias do “devido processo legal” como sendo qualidade do próprio processo, objetivamente considerado, e fator legitimante do exercício da função jurisdicional. Contraditório, ampla defesa, juiz natural, publicidade, etc constituem, e certo, direitos subjetivos das partes, mas são antes de mais nada, características de um processo justo e legal, conduzido em observância ao devido processo, não só em benefícios das partes, mas como garantia do correto exercício da função jurisdicional. Isso representa 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. Nessa dimensão garantidora das normas constitucionais-processuais, não sobra espaço para a mera irregularidade sem sanção ou nulidade relativa’ (Grinover, Ada Pellegrini; Fernandes, Antonio Scarance; Gomes Filho, Antonio Magalhaes, in **As nulidades no processo penal**, sa ed., Malheiros, pp. 19/20).” Desse modo, não deve subsistir o entendimento firmado nas instâncias ordinárias por violar o devido processo legal e, consequentemente, consistir constrangimento ilegal apto a justificar a concessão da ordem.

Ante o exposto, concedo parcialmente a ordem para determinar o desentranhamento da manifestação ministerial, permanecendo válidos os requerimentos a respeito dos bens e valores depositados. É como voto.”

“A Turma, por unanimidade, **concedeu parcialmente a ordem**, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Felix Fischer e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.”



**Associe-se
ao IBRAPP!**

Acesse:

www.ibrapp.com.br



**Completo conteúdo
jurídico sempre atualizado.
Confira!**

"Lumen Juris é uma editora de vanguarda. Além de publicar trabalhos e autores já consagrados, possui o diferencial de apostar na nova geração. Seu corpo editorial é capaz de selecionar autores qualificados. Com isto é uma editora reconhecida nos campos da prática e da academia. Em resumo: Lumen Juris é credibilidade."

Alexandre Moraes da Rosa

Visite o BlogdaLumen e veja a opinião de outros autores.
(<http://blogdalumen.wordpress.com/lumen-juris-e/>)
Siga a Lumen Juris no Twitter e Facebook
e saiba mais sobre os lançamentos.

Saiba mais sobre obras e autores em WWW.LUMENJURIS.COM.BR

