



FUNDAÇÃO EDSON QUEIROZ
UNIVERSIDADE DE FORTALEZA – UNIFOR
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD
Doutorado em Direito Constitucional

**OS FUNDAMENTOS DO PROCESSO PENAL SOLIDÁRIO:
DEMOCRACIA, FRATERNIDADE E GARANTISMO**

Alex Xavier Santiago da Silva

Fortaleza - CE
Março, 2017

ALEX XAVIER SANTIAGO DA SILVA

**OS FUNDAMENTOS DO PROCESSO PENAL SOLIDÁRIO:
DEMOCRACIA, FRATERNIDADE E GARANTISMO**

Tese apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Doutor no Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade de Fortaleza, sob orientação do Prof. Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago.

Fortaleza - CE
Março, 2017

Ficha catalográfica da obra elaborada pelo autor através do programa de geração automática da Biblioteca Central da Universidade de Fortaleza

SILVA, Alex Xavier Santiago da.

Os Fundamentos do Processo Penal Solidário: Democracia, Fraternidade e Garantismo / Alex Xavier Santiago da SILVA. - 2017

245 f.

Tese (Doutorado) - Universidade de Fortaleza. Programa de Doutorado em Direito Constitucional, Fortaleza, 2017.

Orientação: Nestor Eduardo Araruna SANTIAGO.

1. Processo Penal. 2. Solidariedade. 3. Dignidade da Pessoa Humana. 4. Fraternidade. 5. Garantismo.

OS FUNDAMENTOS DO PROCESSO PENAL SOLIDÁRIO: DEMOCRACIA, FRATERNIDADE E GARANTISMO

POR

ALEX XAVIER SANTIAGO DA SILVA

Tese aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em Direito Constitucional, no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza, pela banca formada pelos Professores:

Orientador: Prof. Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago (UNIFOR)

Membro: Prof. Dr. Rosendo Freitas de Amorim (UNIFOR)

Membro: Prof. Dr. Antônio Jorge Pereira Júnior (UNIFOR)

Membro: Prof. Dr. João Porto Silvério Júnior (UniRV)

Membro: Prof. Dr. Carlos Marden Cabral Coutinho (UniChristus)

Fortaleza, 02 de março de 2017.

Ao meu querido avô, Agaci Fernandes, *in
memoriam*, um exemplo de vida.

Mudaste o meu pranto em dança, a minha veste de lamento em veste de alegria, para que o meu coração cante louvores a ti e não se cale. Senhor, meu Deus, eu te darei graças para sempre.

(Salmos 30:11-12)

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente a Deus, que me deu o dom da vida e que foi a minha força durante todos os momentos dessa difícil caminhada. Ao longo de todo o percurso pude sentir sua presença que me encorajou nos dias de incerteza e que me conteve nos dias de felicidade. É d'Ele toda a honra e toda a glória.

Agradeço à minha querida esposa, Maria Yannie, minha fiel companheira nessa e em todas as outras missões da minha vida. Obrigado, por ser minha conselheira e incentivadora incondicional. Obrigado por sempre acreditar em mim, quando nem eu mesmo acreditei. Minha mulher e minha amiga, te agradeço por estar do meu lado em cada instante. Por ser teu o primeiro abraço que encontro nos momentos felizes e por ser teu o afago nos momentos de tristeza. Sem você nada disso seria possível. Esse título é nosso.

Dedico também este novo degrau alcançado àqueles que comemoraram desde o meu primeiro passo, meus pais Edivanir e Silvana. Obrigado pela solidez de valores que recebi e que me fazem crer que o sucesso na vida se faz a partir da fé e da dedicação integral aos meus objetivos. Eu carrego e sempre carregarei vocês dentro de mim. Às minhas queridas irmãs, Larissa e Lívia, obrigado por serem minhas companheiras desde sempre, pela paciência e por todo o carinho em todos os momentos da minha vida. Temos no sangue um laço que o amor confirmou.

À minha avó Maria de Lourdes, um dos maiores exemplos de dedicação integral à família e que reflete, fisicamente, todo o amor que os meus queridos avós Antônio Nogueira, Maria Ailza me fazem sentir em espírito. Ao meu querido avô Agaci (*in memoriam*) dedico este trabalho, como um presente a um homem que apesar de não ter tido acesso às letras, me contagiou para que eu fizesse delas a minha vida. Te amo, vovô, e carrego em mim todos os belíssimos exemplos de vida dados.

Agradeço, também, ao meu sogro Antonio José e à minha sogra Erika, a quem sinto imensa gratidão por me acolherem como um filho e por serem, pra mim, um porto seguro em

todo momento. Agradeço meus cunhados Maria Eduarda e Antônio Lucas, pelo companheirismo e o carinho de sempre.

Agradeço a todos os integrantes da Advocacia Paulo Quezado, escritório que integro há mais de oito anos, em nome do Dr. Paulo Napoleão Gonçalves Quezado e da Dra. Viviane Diogo Diógenes Quezado, por me permitirem alcançar mais esse passo na minha vida acadêmica. À vocês, meus pais na vida, meu eterno agradecimento por tudo o que conquisei.

A todos os integrantes do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza (UNIFOR), minha casa nos últimos seis anos, agradeço em nome da querida Professora Gina Vidal Marcílio Pompeu, um exemplo de postura acadêmica e uma incentivadora a todos àqueles que buscam na academia um caminho para evolução. Agradeço por todo o suporte e estrutura concedida para que eu pudesse concluir a minha pesquisa.

Ao Professor Doutor Nestor Eduardo Araruna Santiago, meu orientador desde o primeiro grau acadêmico, até o presente. Serei eternamente grato ao senhor por todas as lições acadêmicas emprestadas, mas, principalmente, pela recente demonstração de amizade e de companheirismo irrestritas, que envolveu a produção desta pesquisa. Tenha em mim, um amigo incondicional, por toda a vida.

Agradeço ao Prof. Dr. Antônio Jorge Pereira Júnior pelo engrandecimento pessoal e intelectual que obtive em nossas reflexões acerca do tema tratado neste trabalho.

RESUMO

Esta pesquisa tem como objetivo propor alternativas para a adequação do processo penal brasileiro aos valores inerentes à persecução penal no Estado Democrático de Direito. A necessidade dessa reflexão dá-se a partir da percepção do distanciamento teórico do processo penal como sintoma do estabelecimento de relações sociais modernas fundadas na coletivização do risco e da intolerância. Nesse sentido, inicialmente buscou-se identificar os valores existentes na composição do Estado de Direito, a fim de correlacioná-lo axiologicamente com a estrutura persecutória criminal moderna. Em um segundo momento, passa-se à verificação da dignidade da pessoa humana e da solidariedade como vetores valorativos do Estado Democrático de Direito, e por consequência da ordem processual penal moderna. Após esta identificação valorativa, analisa-se a densificação das relações sociais como consequência da evolução dos meios de comunicação e de tecnologia, bem como verifica-se os efeitos da escalada da violência urbana nesse processo, a fim de estabelecer as consequências destes fatos sociais quanto à insatisfação com a aparente insuficiência do processo penal para atender eficazmente as demandas apresentadas. Faz-se portanto, um diagnóstico da crise do processo penal e verifica-se como possível solução o resgate da estruturação da persecução penal sob os fundamentos constitucionais sob os quais se funda, quais sejam a democracia processual, a fraternidade e o garantismo, todos derivados filosoficamente da noção de solidariedade e da dignidade da pessoa humana. Por fim, serão sugeridas medidas que auxiliem no contorno da aparente crise verificada, adequadas aos seus eixos valorativos ideais.

Palavras-chave: Processo Penal. Solidariedade. Dignidade da Pessoa Humana. Fraternidade. Garantismo.

ABSTRACT

This research aims to propose alternatives for the adequacy of the Brazilian criminal procedure to the values inherent to criminal prosecution in the Democratic State of Law. The need for this reflection is based on the perception of the theoretical distance from the criminal process as a symptom of the establishment of modern social relations founded on the collectivization of risk and intolerance. In this sense, it was initially sought to identify the values existing in the composition of the Rule of Law, in order to correlate it axiologically with the modern criminal persecutory structure. In a second moment, we proceed to verify the dignity of the human person and solidarity as valuative vectors of the Democratic State of Law, and consequently of the modern criminal procedural order. After this value identification, we analyze the densification of social relations as a consequence of the evolution of the media and technology, as well as the effects of the escalation of urban violence in this process, in order to establish the consequences of these social facts To the dissatisfaction with the apparent insufficiency of the criminal process to effectively meet the demands presented. Therefore, a diagnosis of the crisis of the criminal process is made and a possible solution is the redress of the structure of the criminal prosecution under the constitutional foundations under which it is based, such as procedural democracy, fraternity and guaranty, all derivatives Philosophically the notion of solidarity and the dignity of the human person. Finally, it will be suggested measures that help in the outline of the apparent crisis verified, adequate to its ideal values.

Keywords: Criminal Procedure. Solidarity. Dignity of human person. Fraternity. Guarantism.

RIASSUNTO

Questa ricerca mira a proporre alternative alla adeguatezza del procedimento penale brasiliano ai valori inerenti al procedimento penale nella regola di diritto democratico. La necessità di tale riflessione si verifica dalla percezione della distanza teorica di un procedimento penale come un sintomo della creazione di moderne relazioni sociali basate sulla collettivizzazione del rischio e di intolleranza. In questo senso, inizialmente cercato di individuare i valori dello stato di diritto della composizione, al fine di correlare lo assiologicamente con moderna struttura persecutorio criminale. In una seconda fase, passare alla verifica della dignità umana e della solidarietà, come vettori degni dello stato democratico di diritto, e quindi della moderna procedura penale. Dopo questa identificazione valutativa, analizza l'addensamento delle relazioni sociali a seguito degli sviluppi dei media e della tecnologia, nonché controllare gli effetti della escalation di violenza urbana in questo processo al fine di stabilire le conseguenze di fatti sociali come insoddisfazione per l'apparente fallimento del processo penale per rispondere in modo efficace alle richieste presentate. Sarà quindi una diagnosi della crisi del procedimento penale e sembra come una possibile soluzione per salvare la struttura del procedimento penale sotto i motivi costituzionali su cui si fonda, vale a dire la democrazia procedurale, fratellanza e garantismo, tutti derivati filosoficamente il concetto di solidarietà e della dignità umana. Infine, le misure saranno suggerite per assistere nel contorno della crisi apparente verificato, adeguata al loro valori.

Parole Chiavi: Procedura Penale. Solidarietà. Dignità umana. Fraternità. Garantismo.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
1 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A PERSECUTIO CRIMINIS	21
1.1 Estado Democrático de Direito: Teoria e Origens em Hobbes, Locke e Rousseau	23
1.2 Evolução histórica da persecutio criminis: Do Estado absolutista ao Estado Democrático de Direito	27
1.3 Sistemas de persecução penal.....	33
1.3.1 Sistema Processual Penal Inquisitivo	38
1.3.2 Sistema Acusatório	42
1.3.3 Sistema Processual Misto	48
1.3.4 Sistema Processual Penal Brasileiro: uma análise crítica.....	50
1.4 A finalidade do processo penal no Estado Democrático de Direito.....	54
2 OS VALORES DO PROCESSO PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O CONFRONTO COM A PRAXIS PROCESSUAL PENAL BRASILEIRA	61
2.1 A dignidade da pessoa humana	64
2.2 A solidariedade	68
2.3 A Crise do Processo Penal Moderno e a Sociedade de Risco: violações práticas à ideia de solidariedade e isonomia no processo penal	84
2.3.1 Processo Penal de Emergência (“Processo Penal do Inimigo”).....	88
2.3.2 Influência da Mídia no Processo Penal.....	97
2.3.3 A Execução da Pena: A descrença no caráter ressocializador da pena e a visão do detento como inimigo público	104
2.3.4 Presunção de Culpabilidade na prática dos atores processuais.....	110
3 OS FUNDAMENTOS DO PROCESSO PENAL SOLIDÁRIO	124
3.1 Democracia processual: A relação processual em contraditório de Élio Fazzalari.....	124
3.1.1 Isonomia Processual	130
3.1.2 Juiz Natural	137

3.1.3 Contraditório Processual.....	142
3.1.4 Duplo Grau de Jurisdição	145
3.1.5 Publicidade.....	148
3.2 Fraternidade: A noção de Fraternidade e Direito Fraternal em Eligio Resta	151
3.2.1 Dever de Fundamentação das Decisões Judiciais.....	158
3.2.2 Verdade processual	161
3.3 Garantismo: O garantismo jurídico em Luigi Ferrajoli.....	164
3.3.1 Presunção de inocência.....	169
3.3.2 Devido processo legal.....	173
3.3.3 Ampla defesa	176
3.3.4 Vedação à produção de prova ilícita.....	179
4 MEIOS DE CONSOLIDAÇÃO DO PROCESSO PENAL SOLIDÁRIO	183
4.1 Simplificação dos Procedimentos Processuais Penais: a dupla face da Razoável Duração do Processo e crítica à justiça penal negocial	184
4.2 Conselho de Autorregulação ética da Imprensa: uma análise do caso Deutscher Presserat.....	192
4.3 Dever de Fundamentação do libelo Acusatório pelo órgão acusador.....	198
4.4 Justiça Restaurativa Criminal	204
4.5 Reestruturação do sistema punitivo e da execução penal: potencialização das penas efetivamente corretivas e ressocializantes	212
CONCLUSÃO.....	220
REFERÊNCIAS	225

INTRODUÇÃO

A relação processual estabelecida com o especial propósito de imposição do *jus puniendi* estatal sob o indivíduo, em tese praticante de um ilícito penal, é complexa, sob vários aspectos. Compreender as causas legítimas da punição, o procedimento punitivo em si, a medida eficaz da punição e as consequências da punição no sentido de adequar o condenado ao reingresso na sociedade são questões que permeiam a base do processo penal.

O exercício da persecução penal estatizada antecedente à consolidação do Estado Liberal de Direito, entretanto, apenas após a utilização das leis como instrumento de compilação procedimental é que se teve a sistematização científica do processo penal. Ocorre que, à luz do brocardo latino *ibi societas ibi jus*, percebe-se que as relações sociais, sobre as quais recaem as relações processuais, sofreram considerável processo de densificação, desde a consolidação do Estado de Direito no século XVIII, tornando-se estas interações cada vez mais complexas, com problemas e demandas próprias (GILLISEN, 1979).

Essa leitura do campo social importa para que se alcance a real problemática que está a se enfrentar no campo processual penal: com qual propósito observa-se a persecução penal atualmente? Há também de se questionar se a visão finalística moderna do processo penal, em um Estado Democrático de Direito, coaduna-se com os propósitos originais em que inicialmente foi fundado. Paratanto, uma análise histórica é indispensável à identificação da compatibilidade ou não da semântica moderna do processo penal à sua proposição original.

Nessa digressão, percebe-se que o processamento e julgamento de um indivíduo pelo Estado, bem como o papel ocupado pelo acusado nesta relação, passou por período de forte ressignificação, tendo como causa histórica destacável o surgimento do Estado de Direito em sua configuração moderna, o que se dá, essencialmente a partir das revoluções libertárias do século XVIII, tais como a Revolução Francesa e a independência dos Estados Unidos da América, propulsionadas pelos princípios iluministas, e que trouxeram, em seu âmago, uma nova concepção de Estado e das relações jurídicas legítimas, entre o Estado e o indivíduo,

dentre as quais, especificamente se trata neste trabalho, qual seja, a de processamento e de imposição de sanção de caráter penal (CALAMANDREI, 1951).

Antes deste paradigma histórico, é sabido que a relação punitiva estabelecida pelo Estado e o indivíduo era marcada pela desproporcionalidade e pela antidemocracia dos tribunais medievais, com inspiração no modelo do direito canônico, cuja formatação percebia-se nos locais de domínio da cristandade e sob a influência.

Segundo Rust (2012) o papado de Inocêncio III, surgiu o chamado procedimento “*per inquisitionem*” notabilizado dentre os séculos XII e XIV, que tinha por objetivo principal estabelecer a *persecutio criminis* contra aqueles que cometiam crimes contra a religião. Ocorre que dada a lógica influência da Igreja Católica no período medieval, este modelo de estrutura processual penal acabou por tornar-se inspiração para que os demais soberanos pudessem exercê-lo em seu ambiente de poder.

Neste sistema processual penal, como fruto do objetivo que efetivamente se buscava- um culpado, e não necessariamente a verdade em si mesma- havia uma prática persecutória centrada na figura do inquisitor, que ao mesmo tempo, concentrava, em si próprio os poderes para colher provas, valorá-las e julgar o acusado, impossibilitando-lhe o exercício a direitos e garantias processuais individuais que, neste presente tempo, são óbvias, mas que, à época sequer eram cogitadas.

À essa época, o compromisso irrevogável do processo penal com a punição era tão assoberbado, que a confissão poderia ser tomada a qualquer custo e representaria, se obtida, a prova rainha em relação às demais, estando, assim, ausente, por completo uma estrutura dialético-argumentativa que permitisse uma análise conjugada de todos os elementos de prova produzidos.

Ocorre que observados os princípios iluministas arraigados nas históricas revoluções ocorridas no final do século XVIII, surgem novas concepções na relação entre o Estado e o indivíduo que alteram os alicerces da *persecutio criminis* como até então concebidas: o devido processo legal, com o compromisso pela busca da verdade real, e a noção de humanização da sanção penal e do tratamento do acusado, garantindo-lhe resguardo de sua dignidade existencial, de maneira avançada, à luz do ultrapassado sistema persecutório inquisitivo (POLI, 2016).

Percebe-se claramente que há um marco histórico utilizado para a definição do Estado de Direito, bem como para estabelecer os limites e ponderações das relações estatais com o

indivíduo. A partir deste paradigma, necessita-se investigar quais valores orientaram essa reelaboração de conceitos acarretados pela ideia de Estado de Direito, bem como quais as consequências que tais valores implicaram na construção da persecução penal moderna.

Naquele instante, o surgimento da lei, em sentido formal, serviu como meio de limitação negativa ao poder de ingerência do Estado nas liberdades individuais do cidadão, considerado pela doutrina especializada como o conjunto de direitos de *non facere* do Estado, seja na limitação procedimental mínima necessária para a apuração da ocorrência (ou não) de prática delitiva imputada ao acusado, seja no contorno de limites – até então inexistentes – à imposição de penas, respeitando-se a dignidade humana do acusado ou condenado. A obra *Dos delitos e das penas*, publicada em Milão, em 1764, por Cesare Bonesana, o marquês de Beccaria (1996), representa o marco de aderência da ciência criminal e procedimental-criminal aos ideais esposados pelo iluminismo.

Desde antes das revoluções anteriormente mencionadas, a nova estrutura processual penal maturava-se a partir da desconcentração dos poderes processuais nas mãos de uma única figura, postulado básico do sistema processual penal inquisitivo. Na França, no final do século XIV, surgiram os primeiros “*procureurs du roi*”, dando origem a uma instituição própria para a acusação, inovação essa que representou a instituição, pela primeira vez na história, de órgão tipicamente acusador, estendendo a relação processual à semelhança do que modernamente concebida. Existem relatos históricos da presença desta sistemática processual, já na antiguidade, na Grécia Antiga, com a diferença de que, ao contrário da França pré-moderna, quem realizava o *mínus* acusatório era o próprio particular (ANDRADE, 2008).

A desconcentração dos poderes exercidos no processo representou um progresso relevante no sentido de tornar a persecução penal um instrumento estatal comprometido com a justiça do veredicto, e não mais com o mero dever de punir. A partir dessa percepção o processo torna-se um espaço em que o acusado é tomado como um sujeito de direitos e não mais como um mero objeto de vingança do Estado.

Neste primeiro instante, impõe-se investigar dentre os clássicos sistemas processuais penais tradicionalmente apontados pela doutrina, inquisitivo, acusatório e misto, qual deles é adotado pela ordem jurídica brasileira. Esta definição é imprescindível para que se chegue a um consenso acerca das finalidades do sistema persecutório no Estado Democrático de Direito, e, a partir de então reconhecer os possíveis valores do processo penal moderno.

Em um segundo momento, importa verificar como possíveis valores fundantes do processo penal moderno a dignidade da pessoa humana, em uma concepção do reconhecimento de direitos ínsitos à condição existencial do indivíduo. Sugere-se esta possibilidade a partir da percepção de que, não coincidentemente, a partir do instante em que o Estado passa a fundar-se sob a lei, estabelece-se limites para que o Estado não pratique ingerências além das previsões legais.

Indiretamente reconhece-se que há um limite do indivíduo que é intangível pelo Estado. Conforme previsão constitucional no artigo 1º, III, que a eleva à condição de fundamento da República Federativa do Brasil, de maneira a sugerir a eleição deste princípio, como um valor supremo que orienta axiologicamente toda a normatividade constitucional referente à persecução penal brasileira (BRASIL, 1988).

O segundo valor que será analisado como possível fundamento do processo penal brasileira é a solidariedade. O seu conceito remete à filosofia cristã, agostiniana e tomista, que tomam o conceito de solidariedade como um reconhecimento funcional pela coletividade do princípio da dignidade da pessoa humana. Messner (1965) também utiliza-se do conceito de solidariedade para fundamentar sua proposta de ética social, partindo do princípio de que a consolidação da solidariedade ocorre quando a coletividade, reconhecendo a dignidade de um indivíduo, busca auxiliá-lo a cumprir seu papel social e a atuar também em função de um bem comum.

O artigo 3º da Constituição Federal aborda ao longo de seus incisos a solidariedade como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, posicionando-se de maneira prévia à previsão dos direitos e garantias fundamentais. Investigar-se-á se existe a aparente ascendência axiológica da solidariedade sobre os direitos fundamentais no direito processual penal pátrio, bem como se este valor deve ser considerado como vetor de orientação para os fundamentos básicos da persecução penal (BRASIL, 1988).

Após de averiguar as bases históricas e estruturais do processo penal no Estado Democrático de Direito, de analisar o sistema processual penal em qual se enquadra o modelo persecutório brasileiro, bem como depois de investigar, a partir de uma análise do texto constitucional de 1988, os vetores axiológicos que orbitam em torno do processo penal moderno; analisar-se-á, de maneira mais profunda, a problemática que torna a presente reflexão imprescindível.

A sociedade, para o qual destina-se o aparelho normativo estatal, modificou-se de maneira drástica desde a teorização do Estado de Direito persecutório, em suas origens. Conforme repara Ulrich Beck (1982), o processo de densificação das relações sociais e a coletivização, cada vez mais complexa, dos riscos existentes na vida social.

Nesse sentido, somam-se Herbert Marcuse (1982) e Danilo Zolo (1992), que reconhecem que o avanço dos meios de comunicação geram sentimentos coletivos complexos que, diante da escalada da violência urbana e diante da revolução dos meios de informação, criam atmosfera de temor e de extremo receio nas relações sociais. Dessa forma, a sociedade do risco cria o paradoxo de aproximar os indivíduos através da evolução dos meios tecnológicos, mas, ao mesmo tempo, os distanciam pelo temor que se instala.

Busca-se investigar, nesse sentido, como essa nova realidade social acarreta em uma pretensão diferente da coletividade para com o Estado, quanto ao confronto da criminalidade através do processo penal; quais elementos são justificadores dos surgimentos dessas demandas; bem como se essas pretensões são constitucionalmente legítimas.

Observa-se um anseio cada vez maior pela utilização do processo penal como instrumento de punição, em que o aquietamento da histórica coletividade torna-se mais importante do que a garantia dos direitos individuais do acusado. Nesse sentido, verificam-se, por exemplo, correntes doutrinárias como a defendida por Gunther Jakobs (2003) e por José María Silva-Sánchez (2004) que defendem a abreviação de garantias fundamentais do acusado em prol de uma punição mais eficiente, não obstante que se tolha o direito de ampla defesa ou ainda o direito recursal, por exemplo. Há, conforme será analisado adiante, uma tendência à pretender inverter a vocação original de garantia do acusado ante o poder punitivo do Estado, que historicamente marca o surgimento do processo penal. A nova lógica privilegia a eficiência da punição.

Outro traço marcante que deve-se investigar como caracterizador da sociedade de risco e que agrava a crise no processo penal brasileiro, é a função exercida pelos meios de imprensa, popularizada e informalizada com a evolução de redes sociais informatizadas, que abordam questões processuais penais de maneira atecnica e que contribuem para a formação açodada e, comumente acusatória, na opinião pública. Os prejuízos dessas práticas à significação do processo penal pela coletividade e até mesmo à atuação dos sujeitos processuais é desastrosa e contribui para juízos de antecipação de culpa, que desvirtuam os reais valores da persecução penal em um Estado de Direito (MENUCCI, 2016).

Serão ainda analisados a execução penal atual e o desvirtuamento de seu caráter ressocializador, bem como a atuação de sujeitos processuais, em nítido sentido de antecipação de culpabilidade, como elementos que compõem essa preocupante quadro de crise da persecução penal que, por um lado é criticado pela coletividade pela ausência de eficácia punitiva, e, por outro, incide em práticas que atentam frontalmente contra os valores anteriormente identificados, como orientadores de seus princípios e regras.

A crise moderna do processo penal passa, pois pela ausência de identidade com seus próprios elementos de justificação e de eficácia, que o torne menos suscetível a crises socioconjunturais, bem como pela ausência de encaixe epistemológico do rito persecutório-punitivo com a noção de solidariedade que deve permear a relação processual penal. É nesse sentido que se faz útil a análise de quais aspectos podem ser considerados fundamentos do processo penal solidário (BECK, 1992).

Questiona-se, nesse sentido, quais são os fundamentos jurídico-axiológicos que deve assumir a ciência processual penal, a fim de que haja consonância entre a teoria normativa e a práxis processual penal, com as previsões principiológicas, de ordem solidária, demandadas pela Constituição Federal de 1988.

A constatação dos fundamentos do processo penal solidário exige a análise, para além das bases fundantes de um processo penal meramente eficaz. O que se está a buscar são os elementos justificadores do sistema processual penal brasileiro, para que este alcance a sua finalidade precípua, nos termos em que previsto pela principiológica expressa da Constituição Federal.

A importância que exsurge desta busca é a necessidade de assentar definitivamente, após constatação por método cientificamente válido, da normatividade e da prática processual penal, em alinhamento perfeito com os fundamentos apontados hipoteticamente como suas bases axiológicas, a fim de que além de eficiência, este sistema possua justificativa válida em si mesmo, na ordem jurídica brasileira.

O estudo da democracia, do garantismo e da fraternidade, todos aplicados à relação processual penal, como prováveis fundamentos do processo penal solidário, mostra-se adequado, a partir do que aparentemente a leitura dos incisos do artigo 5º da Constituição Federal presume através de seu conteúdo semântico.

A democracia, como elemento necessário ao evoluído Estado Liberal de Direito, demonstra-se elemento constitutivo do processo penal solidário a partir de garantias processuais previstas na Constituição Federal de 1988, que vige em favor de ambas as partes, seja a acusação, seja o acusado. Élio Fazzalari (2006) define que a essência do processo está intimamente relacionada à natureza interativa democrática, ao afirmar ao definir processo como “procedimento em contraditório”.

Para além dessa reflexão inicial, investigar-se-á se a previsão de direitos fundamentais como o princípio da isonomia processual, princípio do juiz natural, princípio do contraditório, a garantia do duplo grau de jurisdição e princípio da publicidade denotam a afirmação, pelo constituinte, da democracia processual como fundamento básico da persecução penal brasileira.

Outro ponto relevante será analisar se a fraternidade, à luz do conceito proposto por Eligio Resta (2009), também pode ser considerado um fundamento axiológico do processo penal, a partir das disposições constitucionais. A fraternidade, enquanto valor social e jurídico, traça-se em torno da perspectiva de insuficiência dos primados da igualdade e da liberdade para viabilizar o Estado Democrático de Direito, sendo-lhe um complementador necessário. É a partir da ideia de fraternidade que se reconhece o vínculo de irmandade que liga os componentes de uma mesma comunidade, representando um estágio especial de maturação das relações sociais e que é imprescindível para que se consolide um Estado efetivamente constitucionalizado.

A proposta da fraternidade processual é desconstruir a relação de amizade/inimizade entre as partes processuais, evitando-se assim a perpetuação da violência para o âmbito processual. Resta analisar se este aspecto é de fato aplicado aos elementos evidentes na Constituição Federal, que se referem à persecução criminal, e se a partir dessa constatação é possível elevá-lo ao patamar de fundamento do processo penal brasileiro.

Por fim analisar-se-á se o garantismo pode ser considerado como terceiro fundamento orientador do processo penal brasileiro. Esta corrente jusfilosófica, assim denominada por Luigi Ferrajoli (2008) aparenta ser fundamento constitucional do processo penal, porquanto são vários os dispositivos previstos no artigo 5º que denotam o principal objetivo desta teoria: limitação do poder estatal, na relação punitiva com o indivíduo, bem como a centralização de seu método da aplicação na práxis não apenas no texto da lei em sentido estrito, mas, sim,

pela análise crítica das normas à luz do fundamento de validade do sistema, tecido em torno do conceito de solidariedade. O garantismo centra a sua tessitura lógico-argumentativa no indivíduo e em sua liberdade diante do arbítrio do poder estatal.

São abundantes as previsões constitucionais, em matéria processual penal, que exprimem o pensamento garantista, a saber, o princípio do devido processo legal, que assegura ao indivíduo que apenas será válida a imposição de punição pelo Estado, pela prévia observância do procedimento previsto em lei, e que garante a impossibilidade de o Estado agir punitivamente para além do texto legal (também nesse sentido é o princípio da legalidade, que decorre do Devido Processo Legal).

Há ainda os princípios da ampla defesa, nos procedimentos comuns, e da plenitude de defesa, no procedimento especial do Tribunal Popular do Júri, como representações da lógica garantista na estrutural constitucional do processo penal, que, em seu conteúdo, asseguram o exercício da defesa, pelo réu e pelo seu defensor por todos os meios, inerentes ao processo; o princípio da vedação da prova ilícita é outro exemplo nítido de elemento garantista na Constituição Federal, uma vez que torna imprestável a utilização de uma prova acusatória produzida por meios ilícitos, tratando, pois, de proteger o indivíduo de qualquer ilegalidade do Estado, quando do exercício de atos envolvendo a *persecutio criminis* (LOPES JÚNIOR, 2001).

Uma vez identificados os fundamentos constitucionais sob os quais se assenta o processo penal brasileiro, e, diante da crise finalística que o processo penal inclina-se na constatada sociedade do risco, este trabalho visa investigar práticas processuais que se alinham com o valor supremo da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social, e, por conseguinte, que se identificam com os fundamentos deles decorrentes: democracia processual, fraternidade e garantismo, a fim de traçar um parâmetro propositivo com a finalidade de contribuir para o equilíbrio da persecução penal à luz das previsões constitucionais.

1 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A *PERSECUTIO CRIMINIS*

O caráter político do homem, como asseverou Aristóteles (1988), explica os motivos pelos quais o convívio em sociedade mostra-se como um dos elementos mais relevantes para explicar a evolução da humanidade. As ideias antecessoras à noção moderna de Estado iniciam-se a partir dos primeiros grupamentos humanos, ainda na pré-história, que surgem com a finalidade de sobrevivência (THOMSEN, 1836).

A coletivização dos problemas tornou-se um meio para contornar as adversidades, tanto que a noção de divisão do trabalho torna-se um dos primeiros traços de organização de vida social presentes na história. Surgem, assim, os primeiros indícios de pacto de colaboração moral entre os indivíduos com o propósito de favorecer o bem comum (SILVA, 2014).

O surgimento da linguagem e da escrita é considerado em uma linha histórica das civilizações humanas um momento fundamental para a coesão dos grupos sociais. Foi em torno desses elementos que surge a estruturação das civilizações e o desenvolvimento da inteligência humana coletiva, nos mais diversos campos do conhecimento (CELLARIUS, 1774).

Outro elemento fundamental para o amadurecimento da interação social do homem foi o surgimento do comércio, como elemento de interação não bélica entre povos de origem distinta. Através da circulação de riquezas e da satisfação de interesses distintos, o início das relações comerciais, que datam da antiguidade, representaram momento de identificação da existência de grupos humanos distintos, gerando, inclusive, sentimento de autoidentificação social entre os indivíduos (AYMARD, 1976).

A partir do terceiro milênio a.C, segundo Silva (2012), a fixação das populações humanas a áreas férteis para o cultivo, possibilita que as sociedades se desenvolvessem de maneira mais segura, possibilitando a instalação perene de seus membros em torno de meios de produção e de riqueza que garantissem a sobrevivência do grupo. Nesse sentido, conforme assevera Faber (2011), tem-se as civilizações mais antigas fundando as primeiras cidades, por

exemplo, às margens do Rio Eufrates, surgem as civilizações mesopotâmicas e às margens do Nilo, a civilização egípcia e às margens do Jordão, o povo hebreu.

Assim, do abandono da vida nômade, surge a possibilidade de convívio consolidado entre a coletividade, possibilitando o surgimento das cidades, que representavam a acumulação de células familiares identificadas entre si, pelo compartilhamento de língua, escrita, e de seus recursos de subsistência. As famílias unidas formavam os clãs, que por sua vez, combinavam-se em fratrias, que davam origem às tribos, unidas em torno de uma mesma *pólis* (COULANGES, 2009). Segundo Bigne de Villeneuve (1929) a família é o ponto de início da formação do Estado.

Conforme afirma Silva (2014), o convívio de várias unidades familiares em torno de um mesmo eixo de subsistência torna necessário a existência de uma estrutura de organização das relações sociais, que possa de maneira imparcial estabelecer regras comuns de conduta, para possibilitar o respeito mútuo entre os convivas, traçando diretrizes gerenciais que sejam capazes de resolver os conflitos gerados em ambiente público. Surge naturalmente, nessa linha evolutiva apresentada, a necessidade involuntária humana de um centro gestor da vida coletiva: o Estado.

Nas sociedades clássicas da antiguidade, como Grécia e Roma, dado que a aglutinação de células familiares geraram a constituição da vida coletiva, tem-se que o fundamento primeiro para a justificação da autoridade comum é oriunda da figura do patriarca. Não raro, percebe-se que os povos da antiguidade facultavam as principais decisões da coletividade aos grupos de anciãos que decidiriam como solucionar as causas de interesse coletivo. Burns (1989) ressalta nesse sentido, que as primeiras estruturas estatais surgem em torno do poder patriarcal, como em Roma e na Grécia, ou, excepcionalmente, em torno do poder matriarcal, como em Creta.

Conforme conclui Silva (2014), a representação do poder estatal inicia-se em seu fundamento a partir da reprodução de autoridade paterna existente nos grupamentos sociais de base: a família. Dessa perspectiva é que inicia-se o fundamento monárquico, porquanto a centralização de poder do rei representa em larga escala o poder exercido pelo patriarca no núcleo familiar. É assim que as coletividades humanas, em interação social, passaram a se organizar em torno de um mesmo centro de poder.

Explicar, portanto, a gênese do Estado passa, necessariamente pela breve análise da própria sociedade humana. Para Giddens (1989), o Estado surge como consequência da união

de um grupamento de indivíduos reunidos, que se organizam para alcançar um fim comum. É a partir da politização desta sociedade que surge, de maneira espontânea a necessidade do surgimento de um eixo central de poder que defina as diretrizes da vida comum, bem como que tenha poder vinculativo de decisão sobre os indivíduos que a ele se submetem.

As primeiras noções científico-formais de Estado surgem com Grotius (2002), que faz menção a um conceito de Estado, mencionando-lhe como um elemento necessário para uma sociedade de homens livres, e que tenha como objetivo regulamentar as relações sociais com o objetivo de alcançar o bem estar coletivo.

Em que pese ter sido Hugo Grotius um dos mais antigos conceituadores do Estado, Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau ganham destaque especial na doutrina comumente referida, por organizar, de fato, o pensamento contratualista sobre a formação do corpo Estatal.

1.1 Estado Democrático de Direito: Teoria e Origens em Hobbes, Locke e Rousseau

Como afirma Messuti (2003), o surgimento de um ente artificial que regule as relações entre indivíduos e o surgimento de uma estrutura de regras que o viabilize é o que separa o ser humano sociável de um mundo natural. Este ente necessário para garantir certeza e estabilidade na relação entre os homens, foi teorizado como o Estado, a partir dos estudos de Thomas Hobbes, John Locke e Jean Jacques Rousseau.

O Estado, como concebido inicialmente por Hobbes (1988), era um meio de mediar as relações entre os indivíduos, que tendiam a ser desarmoniosas. Essas tensões da convivência social e a natureza humana aversa ao convívio social, como propôs em “*De Cive*”, tornaria necessário o surgimento de um ente capaz de regular as relações sociais e evitar a autodestruição entre os indivíduos. Segundo Hobbes, o ser humano, em que pese tivesse a necessidade de viver em sociedade, não possuía propensão natural para lográ-lo.

Para que melhor se compreenda o pensamento de Hobbes e a justificação do surgimento do Estado, é necessário entender o conceito de estado de natureza para este autor. Zarka (1995) centra a teoria do estado de natureza em Hobbes a partir da percepção da falta de estabilidade que permeia a relação entre indivíduos em estado de natureza: a incerteza de um indivíduo acerca das intenções dos demais, em uma convivência sem regras comuns, propulsiona a tensão do estado de natureza.

É que não havendo estabilidade mínima nas relações interpessoais, não há meios para assegurar a própria vida. Por outro lado, a inquietação humana no estado de natureza também decorre da busca pela autoafirmação, através da conquista de novos espaços e de novos objetos de empoderamento. Assim, a tensão que explica o estado de natureza orbita entre os perigosos polos da busca pela glória ao temor da morte, tudo isso, em um contexto de desconfiança e imprevisibilidade em um cenário onde os homens garantem-se por si próprios.

Hobbes (1988, p. 102) ressalta que, dado o surgimento do Estado com base em um pacto social, o seu cumprimento deve estar atrelado a um poder comum que esteja acima dos contratantes, de modo a evitar por completo qualquer possibilidade de sua falibilidade. A transição bem sucedida do estado de guerra para o de paz dependeria, em absoluto, do exercício da soberania por este Estado e o controle sobre os súditos ocorreria em função de seu poder irrevogável, absoluto e indivisível.

Bobbio (1991, p. 33) menciona que a filosofia de Thomas Hobbes enxerga a natureza humana de maneira mecanicista e observa o Estado como ente que tem por finalidade a organização das relações sociais, fruto de convenção humana e não de causas naturais. Não há semântica ética do conceito de Estado em Hobbes. Nesse sentido, é que Hobbes propõe uma separação do poder da Igreja em relação ao Estado¹, como forma de resolver os conflitos religiosos no contexto da reforma protestante vivida no século XVI, e de modo a monopolizar sob o Estado a única forma de exercício desse poder sobre os indivíduos. De tais concepções, afirma Bobbio (1991, p. 37), surge a antipatia do clero às ideias hobbesianas.

Para Goyard-Fabre (2002, p. 50), Hobbes desvinculando a gênese do Estado à origem divina, traça a lógica estatal sobre a razão construtivista humana, que tem como eixo central o “legicismo estatal” e que o valor do Estado situa-se tão somente no âmbito do poder de decisão do poder público. Na mesma esteira justificadora é o pensamento liberal de Locke (1974), que defendeu a liberdade individual, que seria ínsita desde o nascimento. A fundamentação do Estado em John Locke é diversa da encontrada em Hobbes.

Enquanto Hobbes possui uma visão do surgimento do Estado como um mal necessário para evitar a vida no estado de natureza, uma vez que o homem não tem aptidão natural para

¹ As causas de a ideia de Estado em Hobbes distanciar-se do poder clerical, muito se explica pelas tensas relações entre as igrejas, em meio ao período de reformas protestantes e contrarreformas da Igreja Católica, fatos estes que desencadearam “guerras de religião”. Segundo Bobbio (1991), Hobbes propõe encerrar tais conflitos atacando a causa de todos eles: a luta de correlação de poderes entre Igreja e Estado.

viver em sociedade, Locke entende que o surgimento do Estado tem a função de assegurar que todo homem exerça sua liberdade, sem que haja risco de violação de seu direito por outrem.

Por tal motivo, em Locke (1974), há a legitimação do surgimento do Estado. É nesse sentido a reflexão feita por Hartmann (2010), que afirma que, dado o estado natural de liberdade do homem, apenas por sua própria escolha poderiam decorrer limitações. Os elos que se criam com a sociedade civil se criam, para Locke (1974), apenas com a concordância do indivíduo, que, exercendo seu direito à liberdade, e a fim de viver de forma mais segura e protegida daqueles que não fazem parte deste corpo social, aceita limitar seu livre arbítrio em prol da vida em sociedade.

A incerteza diante dos riscos que a vida fora da sociedade poderia causar, e o constante receio de iminente violação por outrem, são as razões que, para Locke (1974), fizeram com que os indivíduos optassem pela abdicação de sua liberdade natural. Entretanto, em que pese defender que existem razões que justifiquem a adesão do indivíduo à sociedade, Locke (1974) ressalta que o esse consentimento individual, seja tácito ou explícito, tem que existir para que seja válido.

Em Locke, a transição para a sociedade civil, sob a égide do Estado é uma cessão de soberania dos indivíduos que aceitam viver sob regras de um ente artificial, para, em retorno, terem a certeza do exercício de sua liberdade, sem os riscos que o seu exercício implicaria, em uma vida sem a presença minimamente controladora do Estado. Para Locke (1974), o que motiva a aglutinação dos indivíduos em torno do Estado é o resguardo da liberdade e da propriedade.

A concepção de Rousseau sobre a gênese do Estado deve ser estudada a partir da análise de duas de suas obras, quais sejam “Discursos sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens” e, a *posteriori*, “O Contrato Social”. Em seu primeiro texto, Rousseau se concentra em uma viagem histórica sobre a gênese das relações humanas, partindo-se desde o princípio, quando o homem vivia em um ambiente não integrado, em seu estado de liberdade natural, até os problemas surgidos do enfrentamento de interesses entre os indivíduos (HARTMANN, 2010).

Rousseau traça a vida em estado de liberdade do homem como sendo um ambiente pacífico, em que não havia miséria e as relações entre seres humanos se davam tão somente

dentro de aspectos de utilidade mútua. Percebe-se que a visão do estado natural humano em Rousseau é diametralmente diferente do proposto por Hobbes, uma vez que para este, a natureza humana é perversa, sendo o Estado o protetor e garantidor dos indivíduos que não podem relacionarem-se entre si, sem expor os bens jurídicos alheios em risco.

Na percepção de Rousseau (1978) o estado natural do ser humano é pacífico. O homem é um bom selvagem e naturalmente não estava sujeitos a embates perigosos entre si. Ao viverem isolados, não nutriam nenhum sentimento de vaidade, de inveja, nem de estima e nem de desprezo, de modo que não haveria consequências mortais de quaisquer entreveros entre si, uma vez que seu instinto primitivo e selvagem não albergaria qualquer noção maior de violência e de premeditação. Na visão de Rousseau o elemento que demarcou a passagem do estado de natureza para o estado civil foi a noção de propriedade.

O estabelecimento de novos fatos sociais, como o aumento de população, novas demandas naturais, fizeram com que o homem observasse as relações entre semelhantes de outras maneiras e estabelecesse novas percepções acerca do que lhe cercava. Houve a necessidade de se apropriar de mais elementos para garantir a sua própria sobrevivência.

Da gênese das pretensões de propriedade, surgem, concomitantemente, os crescentes conflitos de interesse, e, por fim, a tensão social e as vinganças cruéis que permeavam um senso de retribuição a um mal praticado. Dessa forma, Rousseau (1978) explica o caminho da destruição da liberdade natural às relações de conflito e de dominação do homem, pelo homem, o que viria a justificar o surgimento do Estado, através de um contrato social, ideia esta que foi consolidada na segunda obra deste autor. É nesse contexto, que se forma, pela cessão da soberania individual dos homens, uma pessoa política soberana, através da vontade de todos, chamada “República” ou “corpo político”.

O que há, em verdade, é o estabelecimento de um compromisso mútuo, que não há de ser desrespeitado por quem quer que seja. Caso haja o desrespeito ao pacto social, o violador, para Rousseau (1978)², deve ser punido até mesmo com a morte, uma vez tendo perdido a condição de cidadão, e passando a ser um inimigo da coletividade. A soberania do Estado para Rousseau

² Percebe-se na formulação do pensamento acerca do transgressor das normas coletivas, em Rousseau, a criação do esteriótipo do “inimigo da coletividade”. A simbologia negativa traçada em torno do transgressor é a base fundamental para a teorização do “Direito Penal do Inimigo” observada, em seus primórdios na obra de Franz Von Liszt, que mencionava em sua doutrina a existência dos “incorrigíveis”, que seriam os transgressores das normas comuns. Ainda pode-se mencionar, acerca desta teoria, confluência com o pensamento de Edmund Mezger (1926), Carl Schmitt (2006) e, por fim, Gunther Jakobs (2003), que criou a terminologia mencionada.

(1978, p. 114) é considerada inalienável e indivisível, “consiste essencialmente na vontade geral, e a vontade não se representa: ou é a mesma ou é outra- não existe ‘meio-termo’”.

No Estado, democrático por excelência na visão de Rousseau (1978), deve haver a previsão de direitos, em leis, elaboradas pelo próprio povo. Estas leis, para Rousseau (1978) devem obedecer três espécies de relações básicas: as do todo com o todo (leis de cunho público), as dos membros entre si e com o todo (leis de cunho particular) e, por fim, às do descumprimento de lei (leis de cunho penal), que preveem a imposição de sanção pela conduta antijurídica de um dos indivíduos.

Essa noção de Estado como ente legitimado a exercer de maneira moderada o jus puniendi, é que institucionalizou, de maneira embrionária, a consolidação de um procedimento legal de persecução penal.

1.2 Evolução histórica da *persecutio criminis*: Do Estado absolutista ao Estado Democrático de Direito

O procedimento punitivo, bem como a punição a um indivíduo que tenha transgredido alguma norma de conduta de um determinado agrupamento são objetos de atenção humana desde os primórdios de sua existência. Inicialmente esta persecução e punição era titularizada pelos próprios indivíduos. Era um período em que estes exerciam, sem qualquer critério objetivo, e sem qualquer proporcionalidade, sua vingança privada, conforme se observou em longos períodos da pré-história à antiguidade (BIZOTTO, 1998).

Normalmente a justiça sancionatória na pré-história era imposta sumariamente pela horda, ou pelo grupo, que subjugava outro no campo de batalha. O cometimento de um crime de um membro de uma tribo a um membro de outra, poderia acarretar em confronto físico entre os grupos até a extinção de um deles (BURNS, 1993).

Destaca Bizzoto (1998, p. 103-104) que, ainda na antiguidade, já no período imediatamente anterior ao surgimento das primeiras sociedades organizadas, o poder de avaliar a conduta dos membros de um clã e puni-lo pertencia ao *paterfamilias* que era a autoridade máxima familiar e que detinha poderes de vida e de morte sobre os membros de sua pequena célula social. A verificação do cometimento de um injusto penal era normalmente confiada aos membros mais velhos do clã ou ao seu líder e a punição era imposta imediatamente, adotando como parâmetro de proporção, o mesmo mal causado pelo agente.

O texto bíblico traz, em Deuteronômio, a descrição da satisfação de tutela punitiva sobre indivíduos à luz da tradição do povo hebreu na antiguidade. Diante da prática de condutas consideradas inadequadas ao meio social e à religião, a imposição de punição pecuniária ou corporal eram sumárias, denotando, pois haver uma organização punitiva com base nos costumes religiosos e fundados em ética divina imposta pelos anciãos.³

Em outros grupamentos civilizatórios da antiguidade, cuja orientação também era teocentrista, como egípcios e sumérios, ou ainda sociedades pré-colombianas nas américas, como incas, maias e astecas, o cometimento de crimes contra os membros do próprio povo a que pertenciam, representavam grave ofensa à própria divindade.

Nessas civilizações, a verificação da ocorrência de tais crimes ficava a cargo dos sumos sacerdotes, que representavam o vínculo entre o plano terreno e o plano divino e que poderiam, pelos poderes sobrenaturais que supostamente possuíam, poderiam idealizar de maneira mais justa a veracidade da acusação e a pena a ser imposta (GILISSEN, 1979). Ao

3 Deuteronômio 22 ¹ Vendo extraviado o boi ou ovelha de teu irmão, não te desviarás deles; restituí-los-ás sem falta a teu irmão.² E se teu irmão não estiver perto de ti, ou não o conheceres, recolhê-los-ás na tua casa, para que fiquem contigo, até que teu irmão os busque, e tu lhos restituirás.³ Assim também farás com o seu jumento, e assim farás com as suas roupas; assim farás também com toda a coisa perdida, que se perder de teu irmão, e tu a achares; não te poderás omitir.⁴ Se vires o jumento que é de teu irmão, ou o seu boi, caídos no caminho, não te desviarás deles; sem falta o ajudarás a levantá-los.⁵ Não haverá traje de homem na mulher, e nem vestirá o homem roupa de mulher; porque, qualquer que faz isto, abominação é ao Senhor teu Deus.⁶ Quando encontrares pelo caminho um ninho de ave numa árvore, ou no chão, com passarinhos, ou ovos, e a mãe posta sobre os passarinhos, ou sobre os ovos, não tomarás a mãe com os filhotes;⁷ Deixarás ir livremente a mãe, e os filhotes tomarás para ti; para que te vá bem e para que prolongues os teus dias.⁸ Quando edificares uma casa nova, farás um parapeito, no eirado, para que não ponhas culpa de sangue na tua casa, se alguém de algum modo cair dela.⁹ Não semearás a tua vinha com diferentes espécies de semente, para que não se degenerem o fruto da semente que semeares, e a novidade da vinha.¹⁰ Com boi e com jumento não lavarás juntamente.¹¹ Não te vestirás de diversos estofos de lã e linho juntamente.¹² Franjas porás nas quatro bordas da tua manta, com que te cobrires.¹³ Quando um homem tomar mulher e, depois de coabitar com ela, a desprezar,¹⁴ E lhe imputar coisas escandalosas, e contra ela divulgar má fama, dizendo: Tomei esta mulher, e me cheguei a ela, porém não a achei virgem;¹⁵ Então o pai da moça e sua mãe tomarão os sinais da virgindade da moça, e levá-los-ão aos anciãos da cidade, à porta;¹⁶ E o pai da moça dirá aos anciãos: Eu dei minha filha por mulher a este homem, porém ele a despreza;¹⁷ E eis que lhe imputou coisas escandalosas, dizendo: Não achei virgem a tua filha; porém eis aqui os sinais da virgindade de minha filha. E estenderão a roupa diante dos anciãos da cidade.¹⁸ Então os anciãos da mesma cidade tomarão aquele homem, e o castigarão.¹⁹ E o multarão em cem siclos de prata, e os darão ao pai da moça; porquanto divulgou má fama sobre uma virgem de Israel. E lhe será por mulher, em todos os seus dias não a poderá despedir.²⁰ Porém se isto for verdadeiro, isto é, que a virgindade não se achou na moça,²¹ Então levarão a moça à porta da casa de seu pai, e os homens da sua cidade a apedrejarão, até que morra; pois fez loucura em Israel, prostituindo-se na casa de seu pai; assim tirarás o mal do meio de ti.²² Quando um homem for achado deitado com mulher que tenha marido, então ambos morrerão, o homem que se deitou com a mulher, e a mulher; assim tirarás o mal de Israel.²³ Quando houver moça virgem, desposada, e um homem a achar na cidade, e se deitar com ela,²⁴ Então trareis ambos à porta daquela cidade, e os apedrejareis, até que morram; a moça, porquanto não gritou na cidade, e o homem, porquanto humilhou a mulher do seu próximo; assim tirarás o mal do meio de ti.²⁵ E se algum homem no campo achar uma moça desposada, e o homem a forçar, e se deitar com ela, então morrerá só o homem que se deitou com ela;²⁶ Porém à moça não farás nada. A moça não tem culpa de morte; porque, como o homem que se levanta contra o seu próximo, e lhe tira a vida, assim é este caso.²⁷ Pois a achou no campo; a moça desposada gritou, e não houve quem a livrasse.²⁸ Quando um homem achar uma moça virgem, que não for desposada, e pegar nela, e se deitar com ela, e forem apanhados,²⁹ Então o homem que se deitou com ela dará ao pai da moça cinquenta siclos de prata; e porquanto a humilhou, lhe será por mulher; não a poderá despedir em todos os seus dias.³⁰ Nenhum homem tomará a mulher de seu pai, nem descobrirá a nudez de seu pai.

traçar um paradigma anterior ao surgimento da ideia moderna de Estado, Calamandrei (2003, p. 23) menciona que as penas impostas normalmente eram cruéis e representavam não apenas a retribuição do mal praticado, mas, sim, tinham uma função preventiva, com a finalidade de demonstrar quão grave era a ira dos deuses, se desrespeitados pela prática de condutas antissociais consideradas criminosas.

Na Idade Média, tem-se, ainda, dentro do parâmetro da noção de vingança divina, a supremacia do cristianismo e a imposição, por meio da Igreja Católica no Tribunal do Santo Ofício, a averiguação da acusação e a punição dos hereges. Aquele que cometia qualquer ação orientada a macular o bom funcionamento do corpo social ou que pusesse em questão os dogmas da Santa Sé, seria alvo de uma persecução criminal objetiva e tendenciosamente punitiva (CORA, 2006).

Segundo análise de Eymerico (2001, p.90), o crime contra a fé, conforme texto da bula “Vergentis in Senium” (1199), de autoria do papa Inocêncio III, era comparado ao crime de lesa-majestade, e a punição imposta era cruel, com a finalidade impor a justiça divina e, principalmente, com o intuito de manter a ordem social em torno dos valores e da ética proposta pela Igreja Católica.

Conforme destaca Pedroso (2001, p. 13), a persecução penal passa a uma evolução institucional, a partir do surgimento dos Estados Nacionais. Ainda que extremamente influenciados pela Igreja Católica, em termos políticos e organizacionais, tem-se, pela primeira vez na história a prática de um crime cometido por um indivíduo sendo considerada objeto de vingança pública, imposta pelo Estado Nacional, através de seu monarca absoluto.

Importa salientar, que, no Estado Nacional absolutista, a averiguação das práticas criminais eram feitas pelo monarca com auxílio de magistrados e as penas que eram impostas eram cruéis e por vezes desumanas, em especial, no caso dos crimes em que atentavam contra a unidade do Estado ou contra a supremacia do poder do Rei (BURNS, 1993).

Por fim, após as revoluções históricas ocorridas no final do século XVIII, como a independência dos Estados Unidos da América e a Revolução Francesa, inspiradas pelos ideais antropocentristas, democráticos e sociais do iluminismo, tem-se o estabelecimento do Estado Liberal de Direito, e, a partir de então, a estruturação da persecução criminal a partir das noções de legalidade do procedimento persecutório e de humanização da pena e do tratamento com o delinquente (BURNS; 1993).

Tem-se como marco literário deste período de persecução penal e de imposição de pena humanitária a obra “Dos delitos e das penas” de autoria do Marquês Cesare Beccaria, lançado em 1764, em Milão. Foi o primeiro escrito científico que caracterizou modernamente a persecução penal. A noção de proporcionalidade da pena e de um procedimento justo, com base na lei, fundamentais para a concepção moderna da persecução criminal, eram ressaltados por Beccaria, nesta obra (BECCARIA, 1996).

Ao tratar do princípio da legalidade, Beccaria (1996, p. 110) assevera duas consequências que lhes são decorrentes: a primeira, é que apenas a lei, em sentido estrito, pode fixar penas para cada conduta escolhida como típica. A segunda consequência é que a produção de normas, em matéria penal apenas cabe ao legislador, que, eleito pela população representa de maneira mais adequada a sociedade, que é unida pelos laços contratualistas.

Dessa forma, o princípio da legalidade em matéria penal e processual penal limita a possibilidade de o magistrado impor, arbitrariamente, uma sanção que não estivesse previamente estabelecida em lei, ao tempo da conduta delitiva. Se o juiz transpuser a penalidade prevista em lei a sua sentença torna-se injusta, por acrescentar punição ao que estava previamente determinado em lei (BECCARIA, 1996).

No Estado de Direito o apego à legalidade era um meio de resguardar-se do recém superado arbítrio na averiguação do crime e da imposição de pena, seja do monarca, no Estado Absolutista, seja da igreja, na Idade Média. Através dos limites impostos pela lei, o Estado teria limites negativos, de “não fazer”, contra o acusado.

O advento das Constituições representa um importante paradigma para a reestruturação da persecução penal, em especial, a partir da segunda metade do século XX, no contexto do Estado Social de direitos, quando a Constituição passa a ser compreendida como vetor de orientação valorativa e principiológica aos ramos infraconstitucionais do ordenamento jurídico, dentre os quais, insere-se o processo penal.⁴

⁴ A concepção da Constituição quando do seu surgimento, no Estado Liberal de Direito estava associada a uma concepção organizacional do Estado, preservando em sua normatividade a liberdade ínsita e os direitos de não fazer do Estado. Todavia, com o surgimento do Estado Social de Direito, o papel de atuação do Estado em relação ao indivíduo passa a ser prestativo, motivo pelo qual as cartas constitucionais passaram a prever em seus textos, direitos sociais, bem como normas de implementação de tais direitos. Os primeiros exemplos históricos são observados no México, com a Constituição de 1917 e na Alemanha, com a Constituição de 1919, que firmou as bases da República de Weimar (BONAVIDES, 2005).

Nesse sentido, o texto da constituição deixa de ser observado como mera carta de organização política do Estado e torna-se instrumento mandamental e hierarquicamente superior à lei em sentido estrito. Assim, a persecução penal se estrutura, modernamente, em torno de normas e princípios constitucionais, que irradiam o seu conteúdo valorativo a todas as demais estruturas normativas do processo penal (LOPES JÚNIOR, 2001).

A compreensão do pensamento constitucional moderno passa, necessariamente, pela situação cronológica dos marcos históricos que lhes foram fundamentais. O atual momento de significação do texto constitucional no ordenamento jurídico brasileiro reflete características bastante peculiares: dotação de força normativa aos princípios jurídicos e privilégio de sua utilização no processo de aplicação do direito; utilização frequente de métodos de aplicação do direito a partir de raciocínios jurídicos mais amplos; constitucionalização dos ramos do direito, o que se percebe em uma perspectiva irradiadora equânime de princípios e valores constitucionais a todas as searas que integram a ordem jurídica, bem como o deslocamento de poder para o Judiciário, em detrimento dos demais poderes, representada pelo que se chama comumente de *ativismo judicial* (BEDÊ JÚNIOR, 2009).

A organização do processo penal, no Estado Democrático de Direito, constitucionalizado, representa, para Bonini (1998, p. 143) em especial, a legitimação da imposição do *jus puniendi*, unicamente pelo Estado, que, diante de seus deveres constitucionais em observar os limites que orientam esta persecução, estabelece a necessidade de cumprimento de todos os ritos procedimentais cabíveis à apuração do delito, em tese, cometido, bem como a necessidade de garantir ao acusado todos os meios possíveis para demonstrar a sua inocência, punindo-lhe, nos termos em que previstos na lei, tão somente após o cumprimento do devido processo legal.

O Estado Democrático de Direito representa, para o processo penal, de um lado a legitimação do Estado como ente responsável por averiguar a ocorrência de um crime e, eventualmente, impor uma pena, com finalidade retributiva, preventiva geral e específica; e, por outro, representa para o acusado uma garantia de que essa estrutura punitivo-acusatória e a estrutura julgadora presentes no Estado, não irão transgredir os limites da legalidade e da humanidade, no exercício do *jus persecutio*.

Importa ressaltar que as codificações processuais penais editadas no contexto do Estado Liberal de Direito, não são compatíveis, per si, com a perspectiva do Estado Democrático de

Direito. Essa incompatibilidade, no Brasil, por exemplo, é observada a partir de uma simples análise do contexto histórico da gênese da legislação infraconstitucional, em comparação à semântica e à proposta da Constituição de 1988.

À época da promulgação do Código de Processo Penal brasileiro, em 1941, ocupava a presidência, Getúlio Vargas, em pleno período ditatorial do Estado Novo, e dentro de uma perspectiva de Estado Social: intervencionista, provedor e onipresente nas relações sociais. A consequência disso foi a formatação de um diploma legal procedimental eivado de autoritarismo, de prevalência à tutela da segurança pública, em detrimento dos direitos e garantias individuais, à luz do Código Rocco italiano, editado no governo facista de Benito Mussolini, e que naturalmente, exprimia os valores daquele regime em suas normas. Estes valores ficam claros, quando da edição do texto da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal de 1941.⁵

Por sua vez, a Constituição Federal de 1988 exprimiu a nova configuração de Estado demandada pelo momento político-histórico: o Estado Democrático de Direito. Promulgada em período pós-ditatorial, este diploma jurídico foi fruto das lutas de uma sociedade recém saída de um período ditatorial militar que durou mais de duas décadas (ARAÚJO, 1999).

Adotada a percepção de ter, na Constituição, segundo Araújo (1999), a normatividade suprema e vinculativa do ordenamento jurídico, houve a proposição de uma forma procedimental em processo penal, completamente diversa do teor autoritário das normas emanadas do Código de Processo Penal de 1941.

Normas que previam procedimentos, em que claramente a presunção inocência era priorizada, como a manutenção, em regra da prisão em flagrante, o decreto, em regra, de prisão preventiva para pessoas acusadas de cometerem crimes mais graves, ou ainda, a necessidade de recolhimento ao cárcere de pessoa julgada em primeiro grau, como condição para apelar, foram extirpadas da ordem jurídica a partir da edificação das normas constitucionais em comento.

⁵ As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando vem se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social. Este critério que presidiu à elaboração do presente projeto de Código (BRASIL, 2015).

Diz De Vita (1997) que a codificação infraconstitucional representativa do Estado Liberal ou Estado Social de Direito não satisfaz a demanda da persecução penal no moderno Estado Democrático de Direito, em virtude de que este exige a adaptação constante da norma prevista em lei em sentido estrito, à uma série de princípios e valores, tidos como prioritários e como vinculadores, gerando contradições que são resolvidas às duras penas pelos operadores diários do direito.

1.3 Sistemas de persecução penal

A estrutura processual penal de um determinado estado, que comporta as fases de investigação preliminar (policial ou extrapolicial), processo-crime e, em caso de eventual condenação, a execução de uma pena, varia de um Estado para outro a depender de sua estrutura normativa e de seus princípios informadores.

Etimologicamente, define-se “sistema” como, um conjunto de elementos materiais ou ideias, entre os quais se possa encontrar ou definir alguma relação”. (FERREIRA, 1999). Nesse sentido, esclarece Fernandes (2001, p. 22), que, em matéria processual penal, tem-se sistema como um conjunto de princípios e regras constitucionais, aferidos em um determinado momento político do Estado, que exprime essa vontade política de como e através de que meios se organiza a aplicação do direito penal.

Neves (2014) ao tecer estudos sobre os sistemas processuais penais cuidou de traçar a importância do conhecimento destes sistemas a partir da preocupação com o que Roxin, inspirado na literatura de Franz Von Liszt, tinha com a organização da estrutura normativa e principiológica do direito penal e procedimental penal, uma vez que uma ciência deve sempre permanecer definitivamente sistemática.

Canaris (2002) demonstra preocupação com a perspectiva organizadora dos sistemas da ciência do direito. Afirmando, ainda, que dentre as várias definições existentes para sistematização do direito, duas características em particular sempre emergiram em todas as conceituações de sistema jurídico formulados, a noção de ordenação e de unidade.

A ideia de *ordenação* é necessária, pois o conceito de sistema refere-se a uma estrutura normativa aplicada de maneira geral que tem por escopo o alcance de uma finalidade, apreensível a partir da realidade. A ideia de *unidade* que é intrínseca ao conceito de sistema refere-se à não permissão de uma multitude de singularidade desconexas.

Mauro Fonseca Andrade (2005, p. 28) define sistema jurídico como um conjunto de diretrizes complexas que abrange além de meras regras, princípios, elementos ou partes, que tem por finalidade a regulamentação das relações sociais dos indivíduos entre si e dos indivíduos para com o Estado.

Zilli (2003, p.40) complementando a noção complexa de sistema, acrescenta que nos sistemas jurídicos há de se falar em núcleos. O núcleo invariável dos sistemas jurídicos correspondem aos elementos que sem os quais que compõem a própria essência do sistema. Se houver alterações em alguns elementos específicos desfigura-se o próprio sistema.

Há, ainda, um núcleo variável de regras e de princípios que segundo Zilli (2003) permitem a “mobilidade ou funcionamento do sistema”. Dentre esses sistemas jurídicos existem aqueles que são voltados para a estruturação da persecução penal que demandam a presente análise.

A finalidade de um sistema processual penal, conforme os preceitos trabalhados por Canaris é a de evitar que os princípios e leis que instruem a *persecutio criminis*, em um determinado estado e em um determinado momento histórico, sejam considerados apenas um aglomerado de leis que não possuam conexão de coerência entre si.

Mauro Fonseca Andrade (2005, p. 28) conceitua sistema processual penal como sendo um subsistema jurídico formado a partir da reunião, ordenada e unificada, de elementos fixos e variáveis de natureza processual penal, voltados para a persecução criminal e para eventual punição.

Para Binder (2003), a noção de sistema processual penal gira em torno da estrutura prevista na idéia e da organização do processo penal. É necessário para que se conceitue um determinado sistema penal, que haja uma percepção integrada de quais valores orientam normas e princípios da estrutura processual penal.

É nesse sentido, que Coutinho (2000) ressalta que sistema pode ser conceituado como uma estrutura com pretensão de organicidade, com o escopo de atender à resolução dos conflitos sociais e à manutenção da paz social, quando a prática de condutas delituosas. Em outras palavras, a partir da percepção do sistema processual penal vigente, pode-se perceber a configuração política de um Estado e também a forma como este Estado lida com perspectiva mais ou menos democráticas, ou mais ou menos autoritárias.

É que a partir dos valores defendidos pelo Estado, haverá a condução de toda a percepção axiológica, em todos os momentos envolvidos ao longo da imposição do processo penal, das normas procedimentais. Inclusive perspectivas de criação normativa, de interpretação de princípios e regras de um sistema até à aplicação judicial de tais institutos.

A variação do sistema processual penal adotado, ao longo da história, por uma determinada sociedade, está, pois, invariavelmente relacionado ao momento e à preferência política adotada por um determinado Estado. A noção de sistema processual penal, como abordada modernamente pela doutrina, apenas foi trazida por Bulow (2003), aprimorada por Goldsmith (2002).

É nesse sentido que, atualmente, imiscuídos na noção de atrelamento às noções constitucionais das searas infraconstitucionais do direito, dentre os quais se inclui o direito processual penal, a noção de sistema, na maioria dos Estados que adotam a perspectiva de um Estado Democrático e Constitucionalizado de Direito, está fundada segundo Prado (2001), na garantia contra o arbítrio estatal, conformando-se o processo penal à Constituição Federal, de maneira que o processo penal encontra-se incluindo em um sistema constitucional que varia, por sua vez, de um sistema político.

Ocorre que, conforme será adiante observado, as estruturas persecutórias dos Estados não estiveram sempre atrelados a valores democráticos e garantistas. Ao contrário. A percepção que se tem atualmente de que os sistemas processuais obedecem a valores de equidade, solidariedade e proteção, é recente, propostas inicialmente através das chamadas revoluções libertárias do século XVIII, vinculadas aos ideias do iluminismo, quando efetivamente houve uma mudança drástica de percepção do Estado, assemelhando-se de maneira finalística com a noção de Estado atual (CARBONELL MATEU, 1999).

Lopes Júnior (2009), ao tratar dos sistemas processuais penais e reconhecê-los como em constante desenvolvimento, a partir da evolução do Estado, admite não haver sistemas processuais penais puros. Desta forma, a fim de determinar qual sistema processual penal representa um determinado momento histórico e uma configuração política própria do Estado, é necessário que se identifique um princípio informador de cada espécie de sistema, e, a partir de então, conseguir classificá-lo como inquisitivo, acusatório ou misto.

A fim de traçar a análise comparativa dos sistemas processuais penais, é necessário que se analise a evolução do Estado Democrático de Direito de maneira cotejada às características

dos sistemas processuais penais correspondentes a cada uma dessas épocas. São traçadas as linhas evolutivas dos sistemas processuais penais, a partir do consenso doutrinário em dividi-lo em três espécies: o sistema processual penal inquisitivo; o sistema processual penal acusatório e o sistema processual penal acusatório formal (ou sistema misto).

Serão, pois, abordados tais sistemas, a partir de sua situação histórica e de suas características de modo a auxiliar a determinação de um padrão de influência da estrutura política do Estado, sobre a maneira de concepção da unidade do sistema processual penal.

Conforme ensina Neves (2014) é necessário que se estudem os sistemas processuais penais de maneira separada, analisando quais são seus princípios unificadores, a fim de que se possa perceber qual deles é o mais adequado à previsão constitucional. A origem de cada um deles está relacionada fortemente com a organização jurídico-política do Estado em que preponderaram, uma vez que acabam por exprimir os valores, as finalidades e a relação estabelecida com os indivíduos.

O sistema processual penal inquisitivo apresenta-se como a persecução criminal havida no período medieval, em especial no período das cortes canônicas, tinha por característica a principal a inquisitividade. Isto era consequência da forma como o réu era enxergado na relação processual penal: um verdadeiro objeto do inquisitor, que, em busca da verdade, a qualquer custo, em nome do bem comum, poderia dispor do acusado como bem entendesse, sem que lhe fosse garantido nenhum direito individual ou prerrogativa defensiva (FERNANDES, 2002).

Segundo Prado (2001), a produção da prova era de responsabilidade do próprio inquisitor que ao mesmo tempo concentrava os poderes de colher provas, valorá-las e de decidir em instância única sobre os destinos do acusado, que, em regra, recebia penas que não respeitavam os limites de humanidade do condenado.

A ampla defesa do réu era meramente formal; o juízo inquisitivo poderia proceder à *persecutio criminis* independentemente de ser provocado; os atos do processo, como a apuração das provas e o sentenciamento eram em regra sigilosos. Além disso, os juízes designados para os casos eram insuscetíveis à recusa.

Lopes Júnior (2009) destaca que no sistema inquisitivo o juízo, por vezes, transparecia parcialidade. O compromisso do julgador era com a tutela da paz pública, pela qual, muitas

vezes, o inquisidor apontava um culpado, ainda que não o fosse, apenas para aplacar a sede punitiva da coletividade. Os tribunais “*per inquisitionem*” foram exemplos de consolidação do chamado sistema processual inquisitivo. É ausente, por completo, estrutura processual dialética.

O advento de um sistema processual penal com valores opostos, sistema processual penal acusatório, se dá a partir do surgimento de valores humanísticos, que advieram a partir das ideias iluministas, consolidadas nas revoluções históricas do século XVIII (PRADO, 2001).

Com a percepção de que o homem é o centro do desenvolvimento do pensamento social, incluindo-se, inclusive, na teorização do Estado, o papela exercido pelo acusado passa a ser diametralmente diferente daquele exercido no sistema inquisitivo.

O acusado é observado como sujeito da relação processual, e não como seu mero objeto à disposição do inquisitor. São observadas neste sistema limitações ao exercício do poder persecutório do Estado em detrimento do acusado. Muito se explica a referida percepção pela revolução de pensamento havida após a revolução francesa, por exemplo, que representou a queda do Estado Absoluto e a instauração de uma perspectiva garantista, fulcrada no respeito ao indivíduo.

Neste sentido, é mister que se reconheça que o Estado deve respeitar limites negativos (de não fazer) em relação ao acusado, assegurando-lhe direitos individuais fundamentais, desde o tracejado procedimental, garantindo ao réu um juiz natural, a existência de ampla defesa eficiente, tratamento isonômico das partes; possibilidade de recurso de decisão desfavorável, a publicidade dos atos praticados no processo; correlação da prova e do sentenciamento a partir da premissa do livre convencimento motivado, dentre outros, até a imposição de pena respeitando-se a humanidade do condenado.

O direito ao contraditório é ressaltado por Poli (2016, p. 185) como uma grande conquista do processo penal moderno. É esse direito que torna a persecução penal um espaço de construção argumentativa democrática, possibilitando-se a ciência de todos os atos ocorridos no processo, bem como o direito à participação na produção de provas e de apresentação de outros elementos para formar o convencimento do julgador ao fim da instrução.

Outro traço característico deste sistema é a tripartição das funções na relação processual é a divisão de funções. Existe um órgão próprio para realização da acusação, o que, de forma

reflexa, favorece a imparcialidade do julgador, que não se contamina pela produção de prova, de forma que se torna capaz de julgar a causa sem qualquer tendência para a acusação, como no sistema processual inquisitivo (POZZER, 2001).

Por fim, há o sistema processual penal misto, que representa uma mescla entre fases oriundas do sistema processual penal inquisitiva, com a previsão de uma fase preliminar inquisitiva, presidida pelo próprio julgador, seguida por uma fase acusatória em que a noção de respeito às garantias individuais do acusado, são observadas, como no sistema processual penal acusatório.

1.3.1 Sistema Processual Penal Inquisitivo

Percebem-se sistemas punitivos à feição inquisitiva, desde a antiguidade, entretanto, um marco de consolidação desse sistema e o enraizamento de suas características clássicas, como observado modernamente, foi o desenvolvimento da matriz inquisitiva, no período de forte domínio da Igreja Católica sobre a civilização cristã (LIMA, 1989).

Para Aroca (1997), a organização social em burgos, na segunda parte da Idade Média e o fluxo comercial cada vez mais intenso, bem como o surgimento de novas ideias científicas e religiosas, explicam os motivos que deram ensejo à instauração de uma persecução penal inquisitiva. É que esta interação social, inovadora à época, gerou ameaças à hegemonia da Igreja, que, em contrapartida, reagiu impondo uma estrutura de persecução extremamente rigorosa, contra quem cometesse os chamados “crimes de heresia”.

Sob o papado de Inocêncio III, foram editadas as Bulas “*Ad Abolendam*”, em 1184 e “*Vergentis in Senium*” (1199), que historicamente representam os primeiros documentos inquisitivos, dos quais inspirarou-se o Tribunal do Santo Ofício, também chamado Tribunal da Santa Inquisição. Segundo Rust (2012), sob o papado de Lúcio III, a Bula “*Ad Abolendam*” determinava aos bispos o poder para erradicar a depravação das heresias. Era uma autorização papal à localização, correção e punição daqueles que violassem a unidade cristã.⁶

⁶ “Segundo a bula, os procedimentos de investigação e de punição pertenciam à jurisdição dos bispados. Portanto, a *Ad Abolendam* pode ser considerada um registro de uma característica que costumamos recobrir com esquecimento: os procedimentos judiciais (inquisitiones) estabelecidos por ela foram instituídos pelo Papado, mas estavam politicamente constituídos como uma instituição episcopal”.

A previsão desta Bula⁷ trouxe consigo punições não apenas sanções aos próprios hereges, buscando, ainda, a punição daqueles que dessem proteção, acolhida ou apoio a eles, e que assim seriam considerados todos aqueles que se negassem a fazer os juramentos determinados pelos bispos inquisidores (BATISTA, 2002).

Em 1199, já sob o papado de Inocência III, houve a decretação da segunda Bula Papal, que representa antecedente histórico na fundação do sistema de persecução inquisitivo: a Bula *Vergentis in Senium* (RUST, 2012).

O teor desse texto representava uma mensagem do pontífice aos magistrados da cidade de Viterbo, ressaltando que a proliferação das heresias seriam resultado do “envelhecimento do mundo”, e que as deserções de almas da Santa Igreja a outros credos apenas seria produto da degeneração humana, que teria chegado ao último estágio (POLI, 2016).

Diante do quadro, reestabeleceu as regras inquisitivas de localização e punição daqueles que eram considerados inimigos da fé, ressaltando os termos da bula “*Ad Abolendam*”, acentuando, ainda mais, a gravidade do “crime de heresia”, utilizando-se para tanto, a comparação como o “*crime de lesa majestade*” que à época do clássico direito romano, era considerado o mais grave dos delitos.

Encorajava que os hereges fossem considerados traidores, não pela tradição ao rei terreno, mas, sim, à divindade espiritual. Tal condenação levaria à excomunhão do herege, bem como à expropriação de todo o seu patrimônio, sendo tal pena transferida aos seus filhos (GREVI, 2000).

⁷Bula “*Ad Abolendam*”

(1) Para abolir a depravação pervertida das heresias que no tempo presente tem começado a pulular em várias partes do mundo, deve-se provocar o eclesiástico com vigor, através do qual, com auxílio do poder imperial, seja não só esmagada a insolência dos hereges nos próprios esforços de sua falsidade, mas também a simplicidade da verdade católica, resplandecendo na santa igreja, mostre-a por toda a parte purificada de toda a maldição de falsos dogmas.

[...]

(6) Também ordenamos que se enquadrem na mesma sentença todos os seus acolhedores e protetores, e todos que, de alguma forma, oferecem algum apoio ou ajuda aos mencionados hereges, com o propósito de fomentar sobre eles a depravação herética e (igualmente) os consolados, ou crentes, ou perfeitos, ou quaisquer outros nomes supersticiosos pelos quais são chamados.

[...]

(10) A isto, por conselho dos Bispos e recomendação do cume imperial e de seus príncipes, acrescentamos que qualquer arcebispo ou bispo, por si mesmo, ou por seu arqui-diácono ou por outras pessoas honestas e idôneas, uma ou duas vezes ao ano, percorra a própria paróquia na qual tenha a notícia de que aí vivem hereges, e aí obrigue a três ou mais homens de bem, ou ainda, se parecer proveitoso, toda a vizinhança, a jurar que se esforçarão para indicar ao bispo ou ao arqui-diácono os que se sabe são hereges ou os que celebram reuniões secretas ou se afastem do convívio habitual, da vida e dos costumes dos fiéis. Que o bispo ou arqui-diácono convoque os acusados à sua presença, os quais devem ser punidos segundo o julgamento dos bispos, exceto se já tiverem se purificado da acusação imputada mediante julgamento deles e segundo os costumes do lugar [...].

Não havia, pois, à época qualquer noção de personalidade da pena ou ainda de sua individualização, o que mais importava à luz destas Bulas era a imposição de respeito da Igreja Católica através da punição severa e imediata ao apontado como herege e a todos os que lhe rodeavam.

A bula “*Vergentis in Senium*” juntamente com a “*Ad Abolendam*” representaram os documentos históricos que estruturaram normativamente todas as ações do Tribunal do Santo Ofício e que estabeleceram o método inquisitivo de busca da verdade. Nesse sentido, Rust (2012) afirma que tais características tem feito com que historiadores classifiquem esta bula como um documento de importância inigualável, representando, portanto, o maior passo para a formalização da persecução de hereges, já realizado pelo papado até então.

Importa ressaltar que as referidas Bulas históricas surgiram em momento crítico da perda de controle dos papas Lúcio III e Inocêncio III, respectivamente, sobre parte do clero. Como resposta, os pontífices estabeleceram regras rígidas para persecução de heresias, incluindo-se como eventuais objetos da persecução os próprios membros do clero que cometessem heresias.

Poli (2016, p. 130) assevera que estas bulas papais mencionadas representam, do ponto de vista histórico, um importante marco da gênese de um sistema persecutório penal com características próprias e com diretrizes claras. Sem tecer juízo acerca deste sistema, a autora considera que tais documentos exprimem de maneira inquestionável a existência de metodologia punitiva proposta pelo Santo Ofício.

A partir desse novo molde, os ritos persecutórios desprezam a necessidade de juízo acusatório prévio, desautorizam a necessidade de ampla defesa, tem na confissão, tomada de qualquer forma, como a prova-mestra da investigação, concentram todos os poderes dessa relação, nas mãos de um único julgador (GREVI, 2000). Enfim, a persecução penal nesse caso observava o acusado como um mero objeto, que deveria revelar uma determinada verdade, a despeito de qualquer garantia que lhe assistisse.

O sistema inquisitivo teve origem nessa primeira perspectiva. De modo que *a posteriori*, os valores defendidos neste sistema (como a tutela do interesse público, a busca absolutamente ilimitada pela verdade, a supressão de direitos e garantias individuais) passaram a se difundir de maneira consistente nos Estados ditatoriais (CALABRICH, 2010).

Como mencionado anteriormente, esta aproximação se dá a partir dos interesses comuns que os Estados não democráticos possuíam em comum com o histórico tribunal “*per inquisitionem*” da idade média. Esta ideia é reprisada por Carnelutti (1960) que dizia que diante de um sistema processual penal inquisitivo, haverá certamente uma verdadeira investigação, mas nunca um processo judicial efetivamente reconhecido.

O sistema inquisitivo encontrou novo momento histórico de forte representação, nos países de regime totalitários da primeira metade do século XX, em especial na Itália fascista, na Alemanha nazista, e nos governos ditatoriais da América latina. Nestes países, sob a justificativa de resguardo do interesse coletivo, e em detrimento das liberdades individuais, tomavam-se os procedimentos persecutórios com características inquisitivas importantes, como por exemplo, a concentração, na figura do juiz, de variadas atribuições no andamento do processo (CALABRICH, 2010).

Como ensina Manzini (1951, p. 193), em que pese serem perceptíveis as disfunções desse sistema com a processualística moderna, não há que, em termos científicos, criticar o sistema inquisitivo despropositadamente, sem reconhecer que este foi fruto de uma necessidade do momento social ocorrido, conservando de maneira inerente, características que são típicas do momento em que surgiu.

Gonzaga (1993) ressalta que os juristas da época estruturaram e defenderam a inquisição, com suas denúncias anônimas, com seus processos secretos e com seu sistema de provas, incluindo a tortura, como meio de busca à verdade. Os suplícios e inclusive a pena de morte tinha fundamento na filosofia tomista, que defendia que, assim como era lícito ao médico amputar o membro infeccionado para salvar o corpo humano, também deveria ser permitido ao príncipe eliminar o elemento nocivo ao organismo social.

O componente social, segundo Gonzaga (1993, p. 48) em que pese não justificasse as medidas tomadas, explicavam-lhe a razão de ser. À época do surgimento dos tribunais inquisitivos, Idade Média, a partir do século XII, tinha-se uma proliferação de crimes, nos campos, nas estradas e nas cidades, que, diante da inexistência de qualquer política social eficaz, necessitava da forte resposta da Justiça Penal para corrigir este problema.

Tomando-se como comparativo as dificuldades existentes à época para apurar a suposta ocorrência de um crime, tem-se outra razão importante para a compreensão do modelo inquisitivo de persecução penal. É que conforme assevera Gonzaga (1993, p. 49), à época, não

havia qualquer aparato científico para a investigação e para a acusação técnica. Não havia ciência que se estudasse o crime como um fato social, tampouco havia organização estatal policial que permitisse a existência de um método racional para a busca de provas.

Dessa forma, restavam como possibilidades investigativas recorrentes o incentivo à delação secreta, de modo que qualquer pessoa poderia denunciar outra, mantendo o anonimato, bem como a obtenção da confissão mediante meios que envolviam a perturbação física e psíquica do preso como a tortura (BERNARD, 1959).

Sem ter a pretensão de justificar as distorções do sistema processual penal inquisitivo, todavia, reconhecendo-lhe o contexto histórico que o cercava, Gilissen (1979) atribui à vinculação do poder clerical ao poder do Estado, bem como à reação de novos credos à hegemonia da Igreja Católica o formato inquisitivo e inflexível da persecução criminal da época.

1.3.2 Sistema Acusatório

O sistema acusatório tem sua gênese, ainda nas civilizações clássicas da antiguidade, como Grécia e Roma. Na civilização helênica, tinha-se como elemento distintivo do procedimento a ser adotado, os crimes de iniciativa pública e de iniciativa privada. No primeiro caso, estavam os crimes de menor importância, que representavam, na verdade, violações de interesse particular, motivo pelo qual a sua apuração e punição dependiam exclusivamente da iniciativa da vítima. Já os crimes que afetavam os bens e os interesses coletivos eram processados com a participação direta de cidadãos em assembleia (PRADO, 2001).

Destaca Thums (2006), que os julgamentos detinham a participação dos cidadãos, exercendo por vezes o papel de acusadores, e eram marcados por debates públicos e orais, no qual os juízes, espectador dos duelos entre as partes, de maneira imparcial, decidiam sobre a pena a ser imposta aos acusados. Os tribunais da antiga Grécia reuniam características que mais tarde vinham a ser observadas no sistema acusatório moderno.

Lago (2000) ressalta que em Roma, à época da Monarquia, a persecução penal era subdividida em duas espécies, as dos delitos públicos e as dos delitos privados. Quanto aos crimes mais graves, o Estado assumia o papel de árbitro das questões, dirimindo as lides trazidas pelos particulares, a partir de uma análise das provas apresentadas pelos litigantes.

O juiz detinha para si amplos poderes de iniciativa, instrução e deliberação, sem maiores formalidades. A mudança de perspectiva deste sistema se deu a partir do surgimento

de leis como a “*Lex Valeria de Provocatione*”, que consistia na possibilidade de haver a revisão da sentença de um juiz pela Assembleia do Povo.

Tal procedimento permitia a suspensão da sentença inicialmente imposta, e o acusado teria a possibilidade de apresentar defesa perante os comícios, enquanto que o juiz que exarou a primeira sentença funcionaria como um expositor dos motivos e das provas que levaram-no a condenar o recorrente (HASSEMER, 1998).

Percebe-se, pois, uma transformação que iria se consolidar ao longo da antiguidade em relação à ação punitiva do Estado, iniciando-se uma nova forma de persecução penal, amoldada à necessidade de um juízo formal de acusação para que se iniciasse um procedimento punitivo contra alguém.

No período republicano de Roma, tem-se, por sua vez, o surgimento da chamada justiça centuriar, em que a imposição de justiça penal era imposta por colegiados integrados entre patrícios e plebeus, através de procedimentos públicos e orais. A publicidade e a oralidade dos atos processuais exprimem-se como características tipicamente acusatórias. Por fim, o princípio da obrigação de libelo acusatório torna-se ainda mais consolidado a partir do procedimento conhecido por *accusatio*, observado inicialmente no último século da República romana, em que, para que um indivíduo fosse acusado da prática de um crime, era necessário que houvesse uma acusação formal e pública (BURNS, 1993).

Conforme ressalta Prado (2001), o procedimento de apuração da acusação era público e oral, presidido por um tribunal de composição popular, entre os reconhecidamente cidadãos, que possibilitaria ao longo de sua instrução, disponibilidade das peças processuais às partes, sendo seguido do julgamento da causa pelo Estado. Importa ressaltar que não poderiam figurar como acusadores os magistrados, as mulheres, os menores, e os demais cidadãos que não possuíssem requisitos mínimos de honorabilidade.

A *accusatio* no direito romano é indiscutivelmente um importante sinal de evolução no procedimento acusatório na antiguidade, uma vez que, pela primeira vez, estabeleceu rito à persecução criminal, dotando-lhe de características processuais dialogais. Por outro lado, a fragilidade do sistema acusatório se demonstrou a partir da suscetibilidade do acusador de ser punido caso o mérito de sua alegação não fosse demonstrado (CALABRICH, 2010).

Antes do advento dos marcos históricos que institucionalizaram o sistema processual penal acusatório, é de se destacar os primeiros registros de atividade acusatória autônoma, pós-antiguidade, no final do século XIV, quando, na França já surgem os primeiros procuradores do rei, dando origem a uma instituição própria para a acusação, inovação essa que foi determinante para o posterior surgimento de um novo sistema processual penal.

Poli (2016, p. 135) observa o fim do período do *ancién regime* na França e aponta a importância dessa análise para perceber quais modificações efetivamente foram realizadas a partir das revoluções libertárias e como essa revolução política efetivamente reformulou a persecução penal até então existente.

Conclui Poli (2016, p. 181) que o entendimento desses períodos históricos de maneira integrada é exercício de extrema importância, em especial, porque a evolução histórica não se dá de maneira estanque e descontínua. Exemplifica tal situação a partir da conclusão de que o entendimento do Código de Napoleão que embasou a persecução penal moderna na França não pode ser compreendida sem a leitura atenta das ordenanças criminais de 1670 publicadas ainda no período do estado absolutista, na corte de Luis XIV.

Dentro do contexto histórico integrado proposto por Poli (2016), percebe-se, modernamente, que a instauração do sistema processual penal acusatório está intimamente relacionada às ideias iluministas que após o período medieval reposicionaram o homem, como o centro das relações sociais, científicas e jurídicas.

Após as revoluções ocorridas no final do século XVIII, em especial as revoluções francesa e de independência dos Estados Unidos da América, as noções de legalidade e de limitação do arbítrio do poder do Estado, propiciaram nesse sentido, a renovações das noções de persecução criminal. Uma vez admitida a noção de igualdade perante a lei, advinda dessas duas revoluções, as bases para a instauração moderna do sistema processual acusatório tornou-se possível (AGNOL JÚNIOR, 1979).

Inicialmente, a partir das ideias de Locke e de Voltaire, e posteriormente amadurecida com base no direito penal humanista de Cesare Beccaria, o direito punitivo, deixa as matizes clericais da Idade Média e passa a ser observado como algo que possui pertinência ao estado laico: a imposição da pena ocorrerá precedida do seguimento ao devido processo legal e à humanização das penas, conforme assevera Suarez-Barcena (1977).

Carvalho (2003) ressalta como importante questão no processo de abandono do sistema processual inquisitivo medieval e a retomada do sistema processual acusatório à luz da antiguidade clássica de Grécia e de Roma, a laicização do Estado, uma vez que o delito não é mais denotado como violação à divindade, mas, sim à transgressão de uma norma jurídica promulgada pelo Estado. Dada esta infração, uma penalidade humana e proporcional lhe é correlacionada.

A partir dessa noção, perde-se no elemento persecutório a noção de divindade, de supremacia, que tudo justifica em relação ao insignificante acusado. Ganha-se por sua vez, o elemento de humanização da relação processual e com isso a observação de uma série de questões que fazem do sistema acusatório o aparato persecutório básico das civilizações modernas.

Conforme Khaled Jr. (2010), as inovações trazidas pelo sistema processual penal acusatório são vários, destacando-se, principalmente, o desenvolvimento de um modelo racional-legal, em que o processo de construção da verdade não se dá pela imposição de uma autoridade superior fundada nos desígnios divinos, mas, sim, a partir da dialeticidade entre um acusador e um defensor, que constroem, através de um rito racionalizado e ritualizado, elementos mais ou menos favoráveis ao acusado, o que gerará, por fim, a formação de um juízo de valor do julgador imparcial sobre as provas, que motivarão, por fim, um édito condenatório ou absolutório passível de recursos.

A primeira das características marcantes do sistema processual penal acusatório é a necessidade de haver um órgão próprio para a acusação, “*nemo in iudicium tradetur sine accusatione*” (CABETTE, 2010) o que, por conseguinte, permite a exclusividade da atribuição de julgar ao juiz de direito. No sistema acusatório, tem-se, pois, uma estrutura distribuída entre partes, devendo apenas estas procurarem a demonstração do que alegam, através da produção de provas.

Ressalta Poli (2016) que o direito ao contraditório, presente no sistema processual penal acusatório, deve ser respeitado em sua acepção formal, mas também material. Facultar a participação do réu apenas figurativamente no processo não corresponde à sua real característica. O contraditório, portanto, deve resguardar posição de total cumprimento nesse sentido.

Nesse sentido, em um sistema processual penal acusatório, tem-se, conforme Fazzalari (2006, p. 102), uma estrutura processual nitidamente marcada pela posição de paridade dos

interessados no contraditório, em condição distinta da que se situa o órgão público responsável pelo julgamento do feito.

Essa divisão de tarefas entre acusador e julgador, mencionada por Fazzalari, deu origem ao “*actum trium personarum*”, quais sejam: juiz, autor e réu. Essa evolução é própria do olhar complexo que a relação processual assume, em antítese, ao olhar medieval, utilitarista e simplório do sistema processual inquisitivo.

A experiência histórica do sistema inquisitivo demonstra que o acúmulo de funções em torno de um único ente é evidentemente prejudicial ao julgamento justo e imparcial. Além disso, a divisão entre funções no sistema acusatório (acusar/defender/punir) é favorável à garantia do trato digno e respeitoso com o acusado, balanceando a avidez pela imposição de “*jus puniendi*” ante as garantias do acusado (PRADO, 2001).

Como decorrência da repartição de funções no rito processual penal, surge também a modificação do sistema de gestão de provas, que passa unicamente à competência das partes, e que torna o acusado, tendo voz e direito à participação no processo, um verdadeiro sujeito processual, podendo dispor, inclusive, de todas as formas de defesa em direito admitidas para demonstrar a sua inocência. Ao contrário do sistema inquisitivo, o acusado deixa, portanto, de ser um mero objeto do processo, um inimigo do inquisitor que deseja esconder-lhe uma “verdade” predisposta, e passa a dispor de direitos que limitam a atuação do Estado contra si (PRADO, 2001).

Lopes Júnior (2001) menciona como características gerais do sistema acusatório a clara distinção entre as atividades acusar e julgar; a iniciativa probatória deve ser das partes; mantém-se o juiz como um terceiro imparcial, alheio a labor de investigação e passivo no que se refere à coleta de prova, tanto de impugnação como de desencargo; tratamento igualitário entre as partes (igualdade de oportunidades no processo); procedimento é em regra oral (ou predominante); plena publicidade de todo o procedimento (ou em sua maior parte); contraditório e possibilidade de resistência (defesa); ausência de uma tarifa probatória, sustentando-se a sentença pelo livre convencimento motivado do órgão jurisdicional; possibilidade de impugnar as decisões e o duplo grau de jurisdição.

No Brasil, através da previsão do artigo 129, I da Constituição Federal, houve a expressa instituição do sistema processual penal acusatório, ao atribuir a função acusatória ao Ministério Público (estado-acusador), independente do Poder Judiciário (estado-juiz). O

Supremo Tribunal Federal, em julgamento recente, declarou de maneira expressa que o sistema vigente é o acusatório⁸.

A existência do Inquérito Policial, no Brasil, não macula o caráter acusatório do processo penal, uma vez que a fase investigativa é pré-processual e é presidida por figura diferente do juiz, que é a autoridade de polícia judiciária. Essa fase serve para munir o titular da ação penal de indícios de autoria e de materialidade, que possam formar a *opinio delicti* para iniciar a ação penal. Durante o processo, todavia, acusatório com publicidade, contraditório processual, com as garantias individuais ao réu (CABETTE, 2001).

No Brasil, ressalta Coutinho (2011), o sistema normativo constitucional desenha o núcleo do sistema acusatório ao afirmar que o juízo de acusação cabe ao Ministério Público (art. 129, CF/88); serão respeitados os princípios do devido processo legal, princípio do juiz natural e princípio do contraditório. O sistema de sentenciamento no sistema acusatório é orientado pelo livre convencimento motivado. O juiz tem a limitação da necessidade de fundamentação de seus julgados, não podendo fazê-lo de forma arbitrária, como no sistema processual inquisitivo.

Apesar de a estrutura constitucional e infraconstitucional apontar o sistema processual penal brasileiro como acusatório, ainda restam resquícios de inquisitividade na lei brasileira,

⁸ Ementa: RESOLUÇÃO Nº 23.396/2013, DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. INSTITUIÇÃO DE CONTROLE JURISDICIONAL GENÉRICO E PRÉVIO À INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITOS POLICIAIS. SISTEMA ACUSATÓRIO E PAPEL INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. 1. Inexistência de inconstitucionalidade formal em Resolução do TSE que sistematiza as normas aplicáveis ao processo eleitoral. Competência normativa fundada no art. 23, IX, do Código Eleitoral, e no art. 105, da Lei nº 9.504/97. 2. A Constituição de 1988 fez uma opção inequívoca pelo sistema penal acusatório. Disso decorre uma separação rígida entre, de um lado, as tarefas de investigar e acusar e, de outro, a função propriamente jurisdicional. Além de preservar a imparcialidade do Judiciário, essa separação promove a paridade de armas entre acusação e defesa, em harmonia com os princípios da isonomia e do devido processo legal. Precedentes. 3. Parâmetro de avaliação jurisdicional dos atos normativos editados pelo TSE: ainda que o legislador disponha de alguma margem de conformação do conteúdo concreto do princípio acusatório – e, nessa atuação, possa instituir temperamentos pontuais à versão pura do sistema, sobretudo em contextos específicos como o processo eleitoral – essa mesma prerrogativa não é atribuída ao TSE, no exercício de sua competência normativa atípica. 4. Forte plausibilidade na alegação de inconstitucionalidade do art. 8º, da Resolução nº 23.396/2013. Ao condicionar a instauração de inquérito policial eleitoral a uma autorização do Poder Judiciário, a Resolução questionada institui modalidade de controle judicial prévio sobre a condução das investigações, em aparente violação ao núcleo essencial do princípio acusatório. 5. Medida cautelar parcialmente deferida para determinar a suspensão da eficácia do referido art. 8º, até o julgamento definitivo da ação direta de inconstitucionalidade. Indeferimento quanto aos demais dispositivos questionados, tendo em vista o fato de reproduzirem: (i) disposições legais, de modo que inexistiria *fumus boni juris*; ou (ii) previsões que já constaram de Resoluções anteriores do próprio TSE, aplicadas sem maior questionamento. Essa circunstância afastaria, quanto a esses pontos, a caracterização de *periculum in mora* (STF, ADIn 5104, MC-DF, Relator Min. Roberto Barroso, Data de Julgamento 21.05.2014).

conforme afirma Calabrich (2010), como a prática de atos de caráter probatório e persecutório pelo próprio juiz, que o contaminam significativamente.

Exemplos destes resquícios inquisitivos são a previsão do artigo 156 do Código de Processo Penal, que prevê a iniciativa probatória do juiz; a decretação de busca e apreensão de ofício, prevista no artigo 242; a decretação de prisão preventiva de ofício, ao longo da ação penal, prevista no artigo 311, ou, ainda, a possibilidade de haver a condenação do réu sem pedido expresso do Ministério Público ao final da demanda (COUTINHO, 2011).

Dessa maneira, entende a doutrina majoritária, que o sistema processual penal previsto no Brasil é o sistema acusatório não ortodoxo, conforme afirma Lopes Júnior (2010). Em sentido contrário é a opinião de Badarò, que defende que o sistema processual penal brasileiro é o misto e Nucci, que entende ser o sistema inquisitivo formal.

1.3.3 Sistema Processual Misto

É um sistema cuja gênese remonta ao “*Códe D’Instruction Criminelle*”, de 1808, que previa a divisão do processo persecutório em duas fases: uma fase pré-processual (inquisitória; secreta; escrita, a cargo do juiz, que possui poderes inquisitivos de colheita de provas) e uma fase processual, em que efetivamente se dá o julgamento; admitindo-se o exercício da ampla defesa e de todo o sistema dela decorrente (POLANSKY, 1929).

Segundo Neves (2014), este sistema representou o fracasso da inquisição, e a transição de um sistema que pecou pelo excesso de rigorismo punitivo e pela ausência de participação do acusado na persecução para um modelo que equilibrasse a finalidade do processo penal, que é a punição do eventual delinquente com a assistência aos seus direitos.

Na primeira fase, a investigação é feita pelo próprio magistrado o que, de maneira inquestionável, o contaminava com uma postura acusatória, e influenciava em sua imparcialidade para julgar. O juiz procede unilateralmente à colheita de informações necessárias a fim de que se possa realizar a acusação, se entendido pela existência de indícios de autoria e materialidade contra o acusado, diante do tribunal competente para julgamento.

Na segunda fase, o procedimento inicia-se pela apresentação de acusação propriamente dita, feita pelo Ministério Público, a partir da análise das provas colhidas na fase anterior. Os atos processuais correm observando-se o respeito às garantias do acusado, sendo o

procedimento oral e público, assegurando-se, neste momento, o direito à ampla defesa e aos meios recursais inerentes a este direito.

A denominação desse procedimento como “acusatório formal”, decorre do fato de que, embora haja um órgão próprio de acusação, diverso do julgador, ainda persiste a contaminação do juízo, porquanto elaborador da investigação preliminar e, por isso, não goza da isenção ou imparcialidade esperada de um magistrado no sistema acusatório puro (THUMS, 2006).

Lopes Júnior (2008) mostra-se crítico deste sistema, em especial, por entender, que o sistema misto não possui sequer identidade de propósito definida. Representando, em verdade, um “monstro de duas cabeças”, um amontoado de regras de dois sistemas distintos que não possuem coerência entre si.

Não há possibilidade de conciliação entre as estruturas ideológicas de tais sistemas, uma vez que um traço que os distinguem entre si, é a forma de gestão de prova, o que não pode ser também definida como mista. No sistema inquisitivo, a produção de prova e sua gestão valorativa é feita pelo inquisidor, único habilitado a perceber a sua importância e a entendê-la como elemento de absolvição e condenação. Por outro lado, a gestão da prova feita no sistema acusatório, é participativa e democrática, cabendo à parte que acusa e à parte que se defende depreender a importância de cada elemento de prova para a construção de seus argumentos (LOPES JÚNIOR, 2008). Segue sua crítica, ressaltando a existência de um prestígio da produção de prova da fase inquisitiva, uma vez que o julgador, na fase processual poderá se valer dos elementos colhidos inquisitivamente para condenar o acusado.

Não há como assentar o sistema processual misto em bases constitucionais, em especial ao se admitir que o lastro de uma condenação tenha sido colhido em fase unilateral, em que o investigado não tenha tido qualquer oportunidade de atuação. Tampouco existe esta possibilidade, quando o presidente da fase investigativa é o mesmo da fase processual. Rechaça-se, por completo, qualquer possibilidade de haver um juízo prévio, descomprometido com inclinações opinativas prévias.

Coutinho (2001) ressalta que, diante de tais características, não se tem, pois, um sistema que possa ser chamada de misto, uma vez que esta nomenclatura sugere uma essência perfeitamente híbrida entre sistemas que não conseguem coexistir, mas, sim, um sistema “inquisitivo com mitigações acusatórias” ou “acusatório com mitigações inquisitivas”.

1.3.4 Sistema Processual Penal Brasileiro: uma análise crítica

Em que pese, conforme mencionado, o próprio Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADIn 5104, ter expressamente firmado que o sistema processual penal brasileiro é o acusatório, existe um longo debate doutrinário acerca de qual dos três sistemas mencionados se coaduna com o adotado no país (BRASIL, 2014).

Nesse sentido, Lopes Júnior (2009) defendem uma divisão dentre os processualistas brasileiros, entre aqueles que entendem ser o sistema processual penal brasileiro como acusatório e os que defendem que adequa-se às características do sistema misto.

As divergências existentes muito se justificam pela complexa normatividade que incide sobre o processo penal brasileiro, em especial, pelas duas principais fontes formais de direito processual no Brasil, que possuem inclinações ideológicas completamente diferentes: o Código de Processo Penal de 1941 e a Constituição Federal de 1988.

O Código de Processo Penal de 1941 veio ao lume em período histórico marcado pela ditadura varguista. Momento em que os valores preponderantes eram a tutela da segurança pública, a noção de presunção de culpabilidade, a preocupação extrema com a manutenção da ordem, ainda que, para isso, fossem tolhidos determinados direitos individuais, como a liberdade individual, ainda, durante o curso do processo.

O Código de Processo Penal, portanto, exprime valores que denotavam a existência de um sistema processual penal inquisitivo, no Brasil. Nesse sentido, era a previsão do texto original do artigo 310 do Código de Processo Penal, que determinava, que, havendo prisão em flagrante delito, o detento deveria permanecer preso, exceto, se demonstrado de maneira evidente a ocorrência de alguma causa de exclusão de ilicitude. O artigo 312 determinava a prisão preventiva imediata dos denunciados por crimes cuja pena máxima superassem 10 (dez) anos de reclusão (BRASIL, 2015).

Outros exemplos que denotam a valoração dada pela normatividade proposta à época, era o texto original do artigo 408, § 1º do CPP que determinava, no rito do júri, a imposição de prisão imediata ao réu pronunciado, ou o condicionamento da análise de recurso interposto contra sentença condenatória, ao recolhimento do réu, ainda não julgado definitivamente, como requisito recursal, conforme o artigo 594. Eventual fuga do réu implicaria em deserção recursal e o pedido não seria sequer apreciado.

Por outro lado, na mesma sistemática normativa, com base no Código de Processo Penal de 1941, passou a incidir, de maneira suprema, o texto da Constituição Federal de 1988. Esta carta política, promulgada sob o epíteto de “Constituição Cidadã”, historicamente se situa em um momento de redemocratização do Brasil, após décadas sob o regime ditatorial militar.

O anseio da sociedade por direitos e garantias reconhecidas publicamente pelo Estado, após o trauma de viver por muito tempo sob constante restrição de direitos civis e individuais, acarretou na previsão expressa de direitos, tomados como fundamentais, e elencados no artigo 5º da Constituição Federal, dentre os quais, alguns cuidaram da disciplina principiológica básica do processo penal brasileiro, a saber: isonomia processual, devido processo legal, presunção da inocência, princípio da humanização das penas, princípio da ampla defesa e do contraditório processual, princípio da publicidade dos atos processuais, princípio da necessária fundamentação das decisões judiciais dentre tantos outros.

Ocorre que o problema visualizado no atual panorama para definir o sistema processual penal adotado no Brasil decorre da orientação valorativa diametralmente oposta entre esses dois documentos, o que põe a sistemática persecutória do Processo Penal brasileiro em situação *sui generis* para muitos doutrinadores.

Esse choque é observado, por exemplo por Choukr (2011), que admite que o texto da Constituição Federal de 1988 propõe principiologia que conduz o Brasil a adotar um sistema processual penal puramente acusatório, por adotar uma fundamentação democrática para os institutos e para as ações que lhes são afeitas.

Por outro lado, tem-se que o principal instrumento procedimental da persecução criminal brasileira, possui, ainda que com alguns pontuais casos de reparação normativa, índole mormente inquisitiva, restando assim, um desafio em sua definição sistêmica.

Segundo Nucci (2015), Badarò (2012) e Tornaghi (1977) o sistema de persecução penal brasileiro é de ordem mista. Para esta corrente doutrinária, a existência de fase inquisitiva de investigação preliminar (inquérito policial ou extrapolicial), que é inclusive tratada de maneira expressa pelo Código de Processo Penal, a partir de seu artigo 4º, é uma demonstração clara de que o sistema processual penal brasileiro não pode ser considerado acusatório.

Também, sendo acusatória a persecução criminal brasileira, não poderiam ser admitidas no direito brasileiro, como elementos para condenação, nenhum elemento de informação

produzido na fase inquisitorial, porque, per si, contrariaria o princípio fundamental acusatório, de que apenas teria valor a prova produzida pelo próprio órgão estruturado unicamente para a acusação.

Nucci (2015) menciona, nesse sentido, que a leitura do artigo 155 do Código de Processo Penal desconstrói a possibilidade de o sistema processual brasileiro ser acusatório, uma vez que há a autorização expressa pelo legislador para que o juiz leve em consideração os elementos produzidos durante a investigação, como a prova técnica, os depoimentos colhidos e sobretudo a confissão extraída do indiciado. Para Nucci o sistema processual penal brasileiro é inquisitivo formal.

Tucci (1980) concorda com a tese de que a investigação preliminar sigilosa e não participativa, admitida como válida no sistema processual penal brasileiro, contamina todo o procedimento, de modo que, por mais que seja acusatória a fase judicial, não há como se considerar o sistema processual penal brasileiro, de outra maneira, senão o sistema misto.

Também nesse sentido é o posicionamento de Tornaghi (1959), que classifica o sistema processual penal brasileiro como misto, em razão da existência de um inquérito policial unilateral, inquisitivo e discricionário. Essa investigação criminal prévia é responsável pela apuração inicial de indícios de autoria e de materialidade, o que seria suficiente, na ótica de Tornaghi, para afastar a possibilidade de o sistema processual penal brasileiro ser acusatório. O sistema misto seria a classificação mais adequada, por essa fase investigativa mencionada, ser sucedida por uma fase processual em que incidem os direitos e garantias individuais do acusado, típica do sistema acusatório.

Interessante, observar, no entanto, que apesar do entendimento de Tornaghi (1959) pela caracterização do sistema processual penal brasileiro como misto, o citado doutrinador percebe que nenhuma das fases citadas podem ser admitidas como puramente inquisitiva ou puramente acusatória. Isso porque, no Inquérito Policial, fase precipuamente inquisitiva, permite-se ao ofendido e ao indiciado o requerimento de diligências, e, na fase judiciária, em que, em tese predomina o caráter público dos atos praticados, eventualmente há o decreto do segredo de justiça sob determinados processos.

Por outro lado, Jardim (2009) afasta a argumentação de que a mera existência do Inquérito Policial como fase inquisitiva torna o sistema processual brasileiro, em misto, diminuindo a importância desta fase pré-processual, alegando que esta fase não pode ser

considerada como integrante do processo penal, uma vez que pode ser inclusive dispensável, desde que o titular da ação penal esteja em posse de indícios de autoria e de materialidade.

Outra corrente da doutrina brasileira defende firmemente que o sistema processual penal brasileiro é acusatório, pelo molde democrático, dialético e tripartido, previsto na Constituição Federal. Nesse sentido, é o entendimento de Tourinho Filho (2012), Oliveira (2015), Rangel (2015). Todavia, mesmo essa corrente, não admite a pureza do sistema processual penal acusatório, no Brasil, muito pela permanência em vigor de muitos dos procedimentos previstos no Código de Processo Penal de 1941.

Também nesse mesmo sentido é Gomes (1999), que propõe que o modelo acusatório adotado pela persecução penal no Brasil não pode ser considerado puro, pela existência do poder de produção de provas “*ex officio*” pelo juiz, pela inquisitorialidade com que a autoridade policial conduz o Inquérito Policial, pelo método de gestão de prova no direito processual penal brasileiro, ou ainda, pela possibilidade de determinação “*ex officio*” pelo magistrado de busca e apreensão ou de prisão preventiva, no curso da ação penal.

Khaled Jr. (2010), ressalta ainda, que a não pureza do sistema acusatório no Brasil não se deve a apenas às características normativas do processo penal, decorrentes do Código de 1941, mas, também, às práticas dos sujeitos do processo penal. Por exemplo, a disciplina das prisões cautelares no direito brasileiro, em que pese possuam caráter de excepcionalidade, e embora possua normatividade constitucional, pela previsão do princípio da presunção de inocência, que a torne, em tese, pontual. Todavia, a prática atrelada à normatividade torna as prisões cautelares cada vez mais comuns no ordenamento jurídico brasileiro, ressaltando, assim, uma prática inquisitiva, em um ordenamento teoricamente acusatório.

Segundo Khaled Jr. (2010) a estatística oficial de presos provisórios no Brasil aponta quarenta por cento do total de custodiados, enquanto que a estatística extraoficial aponta sessenta por cento. Isso denota que o inquisitorialismo ainda prevalece na prática do processo penal brasileiro, de modo que o princípio da presunção de inocência dá vez à prática de disposição do “corpo do herege” ao longo do processo, justificando-se no mito da verdade real e da eficácia das investigações.

Em que pese a construção da verdade real, no processo penal acusatório ser condicionada à vinculação lógico-racional da pretensão acusatória ou defensiva com as provas lícitas e produzidas no bojo do processo, tem-se, por vezes, a prática de julgamentos

condenatórios desvinculados à realidade das provas nos autos, de modo que o mérito da verdade real acusatória torna-se um mero elemento formal para ocultar práticas inquisitivas.

Insta observar, todavia, que o sistema processual penal brasileiro, tido como acusatório “não puro”, permanece em constante progresso normativo, aproximando-se cada vez mais das características do modelo acusatório “puro” e mais distante do modelo inquisitivo. Essa constatação é feita a partir da observação das inovações na legislação processual penal observada no Brasil.

A Lei nº 12.403/2011 que disciplinou medidas cautelares no processo penal diversas da prisão e a recente Lei nº 13.245/2016 que alterou o Estatuto da OAB para ampliar a participação do investigado, através de seu representante, nos atos do Inquérito Policial, demonstram a tendência atual de evolução do modelo acusatório, em suas características ínsitas, no processo penal brasileiro, uma vez que este é o modelo adotado pela Constituição, na previsão do artigo 129, I e assim reconhecido pela jurisprudência pátria, através do julgamento da ADIn 5104.

Lago (2000) menciona, em tom de conclusão acerca da análise do modelo persecutório adotado pelo Brasil, que existe, em verdade, “um aparente sistema acusatório, manifestamente distante dos princípios acusatórios propriamente ditos”, não apenas normativamente, pelo choque de valores percebidos entre o disposto no inquisitivo Código de Processo Penal de 1941 e o democrático teor da relação processual penal, sugerido pela norma da Constituição Federal de 1988; mas também sob a análise do viés prático em que se percebe atuação inquisitiva dos sujeitos processuais penais, ainda quando a incidência dos direitos fundamentais constitucionais sugeriram uma práxis acusatório-democrática.

1.4 A finalidade do processo penal no Estado Democrático de Direito

Diante da noção de Estado Democrático de Direito, e, paralelamente à evolução da *persecutio criminis* ao longo da história da Teoria Geral do Estado, importa entender qual a função do processo penal, nessa configuração estatal moderna.

Mauro Fonseca Andrade (2008) estabelece que a principal função do processo penal é a promoção da paz social. Conceito, este, definido pelo que o poder dominante na sociedade entenda por paz social. Assevera que a finalidade dos sistemas processuais penais é diversa, sendo responsáveis por auxiliar o legislador quanto às normas processuais a serem inseridas no ordenamento jurídico de um país.

Já admitindo que a finalidade do processo penal é a imposição do *jus puniendi* do Estado, dentro dos limites previstos em lei, a um indivíduo que, em tese, o transgrediu, e que na imposição de tal procedimento deve-se observar a humanidade do infrator e a proporcionalidade da punição, questiona-se, sobre qual seria o elemento identificador do processo penal, com o moderno Estado Democrático de Direito, e nessa perspectiva de identificação, qual seria a finalidade da persecução criminal estatal (THUMS, 2006).

O processo penal funciona, conforme relembra Neves (2014), no Estado Moderno, como instrumento de proteção social, e, ao mesmo tempo, como rito que assegura ao réu que não haverá procedimento investigatório e punitivo que pratique abusos aos seus direitos individuais, para além daquilo que está previsto em lei.

No contexto do Estado Democrático de Direito, equilibram-se, pois, duas pretensas finalidades que se mostram através de valores importantes, que, entretanto, eventualmente podem se tornar antagônicos: a tutela da segurança pública e, portanto, um interesse coletivo, que, conforme o próprio texto constitucional, deve ser garantido pelo Estado e, por outro lado, a tutela dos direitos individuais, hodiernamente previstos nos textos das constituições modernas, e que garantem ao sujeito passivo na demanda processual penal que lhe serão garantidos direitos na fase procedimental de apuração, onde o juízo forma convicção sobre o mérito da ação penal, como também, em caso de condenação, na fase de execução da pena (GALATI, 1998).

Quanto ao primeiro valor mencionado, a tutela da segurança pública, como bem jurídico a ser protegido pelo Estado Democrático de Direito, é de se ressaltar enquanto fundamentador, o princípio da proibição da proteção deficiente do Estado, que o obriga a cumprir seus compromissos constitucionais proporcionando a sociedade um ambiente seguro para seu desenvolvimento.

Sob esta primeira perspectiva, a finalidade do processo penal seria a tutela da segurança pública, prevista no artigo 6º da Constituição Federal de 1988. O termo utilizado pelo constituinte “segurança”, abrange a acepção pluridimensional prevista no artigo 144 do mesmo texto⁹. Logo, neste contexto, o processo penal se prestaria como instrumento de

⁹ Artigo 144. “A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: (grifo nosso) I – polícia federal; II – polícia rodoviária federal; III – polícia ferroviária federal; IV – polícias civis; V – polícias militares e corpos de bombeiros militares”.

imposição de ordem e de sanções legais àqueles que transgredissem as normas protetoras dos bens jurídicos considerados caros à ordem estatal.

Sabadell (2003) assevera que a *segurança* a que se refere a Constituição Federal de 1988, é o direito a preservação dos bens jurídicos individuais e coletivos contra condutas transgressoras provenientes da própria sociedade. Dessa forma, torna-se dever do Estado, por meio de seu aparato policial e judiciário, reprimir tais condutas e prevenir que novos comportamentos lesivos tornem a violar direitos da coletividade ou de outros indivíduos. O combate à criminalidade e a segurança das instituições comuns delimitam, *ab initio*, de maneira adequada o direito à segurança que deve ser garantido pelo Estado.

Sob tal ótica e utilizando-se tais premissas, o objetivo principal da persecução penal seria, pois, garantir punição, como forma de resguardar a promessa estatal de garantia da ordem pública, prevista em texto constitucional e como forma a reprimir novas práticas delitivas. Essa concepção funda-se no princípio da proibição da proteção deficiente do Estado.

A existência da obrigação de proteção de direitos pelo Estado, segundo Streck (2011), inicialmente ocorreu na Alemanha, em 1975, quando da promulgação de uma lei que descriminalizou o aborto. Nessa oportunidade, chegou-se à conclusão de que o Estado, para cumprir seu dever de proteção, deve empregar medidas suficientes de caráter normativo e material, que propiciem o alcance da proteção adequada e efetiva dos direitos a que se comprometeu.

Dessa maneira, Streck (2011) defende a existência inequívoca de um direito fundamental à proteção estatal, que se divide em três aspectos diferentes: o dever de se proibir uma determinada conduta, o dever de proteção pelo Estado ao indivíduo que sofra ataques de terceiros, e a necessidade de atuação do Estado com o objetivo de evitar riscos futuros para a coletividade.

Assim, nos casos em que os próprios indivíduos violam direitos alheios, como se tem em processo penal, existe dever estatal de proteção a partir da conjunção dos três aspectos do princípio da proteção deficiente do Estado. Caso o elaborador da norma penal, Poder Legislativo federal, ou o aplicador da norma e da sanção que lhe é correspondente, Poder Judiciário, falhem haverá hipótese de violação ao compromisso constitucional do Estado na defesa do indivíduo (MENDES, 1999).

Sarlet (2007) menciona que este princípio representa, em verdade, uma abordagem positiva do princípio da proporcionalidade, na medida em que determina ao Estado um dever positivo de ação a agressões contra direitos fundamentais provenientes de terceiros, em especial com os desdobramentos nas chamadas proibições de insuficiência da atuação do Estado, particularmente no campo jurídico-penal.

A partir dessa primeira concepção, fundamentando-se, pois, no princípio da proibição da proteção deficiente do Estado, bem como na previsão expressa na Constituição Federal de 1988 do direito à segurança a ser garantido por meio de ações estatais, há a interpretação de que a finalidade inicial do processo penal seria a de garantir a ordem pública, por meio do exercício eficiente do aparato punitivo contra os acusados (GOMES, 2011).

Há, por outro lado, a concepção finalística de que a persecução penal está compromissada primeiramente com a garantia dos direitos do acusado, que necessidade do procedimento previamente estabelecido para evitar que haja excessos na imposição do poder punitivo do Estado.

Lopes Júnior (2009), ao comentar a finalidade do processo penal, relembra da necessidade de afastamento da ideia de que o processo penal é um fim em si mesmo. A evolução do conceito de processo o situa de maneira cada vez mais intensa, com o alcance de um fim material. Não está encerrado o procedimento persecutório criminal no mero mundo normativo. Tem, em verdade, um compromisso com o alcance de finalidades sociais e políticas.

A estas finalidades Lopes Júnior (2009) nomina *finalidades metajurídicas* da jurisdição e do processo. Nesse sentido é que afirmar que o processo não possui valores ínsitos apenas à procedimentalidade, mas, sim, às finalidades que busca alcançar, como a pacificação dos conflitos sociais, harmonizando a tutela da segurança pública, por um lado, mas, em especial, preservando as garantias legais do indivíduo processado.

Ressalta, por fim, que o processo penal não pode mais ser visto, em termos teleológicos, como um corolário de regras que preveem de maneira programa a punição do indivíduo, mas, sim, que representa, finalisticamente, uma evolução para garantia dos direitos do indivíduo contra o qual se lança a acusação (Lopes Júnior, 2009, p. 26).

Conforme destaca Gros (2001), o propósito da persecução penal é impor uma penalidade, nos termos em que prevista pela lei, a quem tenha cometido conduta transgressora

de um bem jurídico relevante. O estrito punitivismo e o sofrimento do condenado não são finalidades do processo penal. Pune-se para recordar a força da lei penal ao delinquente e ao meio social, não para compensar o sofrimento suportado pela vítima.

Essa conclusão consolida de maneira relevante a construção do sentido teleológico adequado ao processo penal, em especial por firmar que, em processo penal, o Estado conquista o monopólio sobre o procedimento persecutório e sobre a pena, sem levar em conta outro interesse particular, como a compensação de sofrimento, ou coletivo, como o anseio pela sensação de segurança através da responsabilização de qualquer suspeito, mas, sim, com o objetivo de impor sanção nos termos legais, e a quem efetivamente tenha praticado uma conduta violadora da ordem pública.

Assim, percebe-se que a ascensão do processo penal como ciência, está, portanto, diretamente ligada ao surgimento do Estado de Direito, e no contexto de sua teorização, também cabe ao processo penal o resguardo das liberdades em primeiro plano (MARICONDE, 1956).

Para Bonato (2003), a persecução penal que se propõe a respeitar os preceitos democráticos e constitucionais do Estado de Direito deve necessariamente priorizar, através de seu aparato normativo procedimental, a garantia do sujeito passivo, do acusado. O processo penal se torna, pois, um instrumento de garantia e de limitação do poder punitivo do Estado, representando, assim, um importante meio de consolidação dos valores defendidos pela Constituição Federal de 1988.

Na opinião de Neves (2014), dentre estas duas percepções distintas sobre a finalidade do processo penal na ordem jurídica brasileira, não há que se descartar uma delas, em detrimento de outra. Deve-se, sim, reparar na existência de uma ordem destas finalidades que seria, em primeiro lugar, a proteção aos direitos individuais do réu, e, de forma secundária, o resguardo da tutela da segurança pública.

Não se pode esquecer de que o processo é meio de garantia é instrumento de controle da democracia de um país, uma vez que por meio de seu procedimento se verifica o grau de proteção aos direitos fundamentais do indivíduo. É o processo penal que representa os limites ao poder de punição do estado, de modo a propor a imposição de uma pena a quem cometeu um delito, sem, no entanto, fomentar a vingança por meio de penas cruéis e desumanas.

Em que pese compreender que a tutela da segurança pública é um compromisso constitucional a ser adimplido pelo Estado, não se pode esquecer que a natureza da gênese de um procedimento legal, escrito, tem por primeiro condão garantir os direitos do acusado, o que o identifica com a própria perspectiva humanística do Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, ao observar esta ordem preferencial de valores finalísticos do processo penal no Estado Democrático de Direito, de maneira inversa, priorizando a tutela, a qualquer custo, da segurança pública, é que se incentiva, por vezes, a deturpação da real semântica e dos reais fundamentos do processo penal em sua concepção mais puramente identificada com o Estado Democrático de Direito: o processo penal solidário, discutido, em momento oportuno.

Khaled Júnior (2010, p. 307) reafirma a importância do estudo dos sistemas processuais penais à luz da evolução histórica, porquanto é a partir das necessidades decorrentes do processo de reformulação política e social do Estado, é que surgiu a necessidade de limitar o poder punitivo do estado por meio de normas materiais e procedimentais que assegurassem a não restrição de direitos e garantias fundamentais dos sujeitos processados, sem perder de vista a manutenção da ordem social, através da tutela da segurança pública, de modo reflexo.

Seguindo este raciocínio, e conciliando as duas propostas finalísticas do processo penal, Copetti (2000) conclui que há a necessidade de o Estado obedecer o princípio da proporcionalidade em suas duas faces: a necessidade de proibir os excessos, garantindo ao réu que o jus puniendi do Estado será exercido nos limites dispostos em lei, bem como a necessidade de proibir a proteção deficiente do Estado, garantindo a tutela da segurança pública por meio de uma persecução penal justa e eficaz.

Desta forma, ao tempo em que será adotado o procedimento legal de persecução penal sem que haja violação aos direitos fundamentais do réu, também será necessária a atuação dos órgãos estatais no sentido de resguardar de forma proporcional a eficácia do procedimento processual penal, protegendo, pois, os direitos fundamentais da sociedade.

É neste equilíbrio que se perfaz a finalidade do processo penal. Ávila (2007) defende, desta forma, que o processo penal cumpre papel importante para a proteção de direitos fundamentais: de um lado, resguarda os direitos fundamentais do acusado, por outro lado, resguarda o direito fundamental de proteção da coletividade.

Não se pode, todavia, permitir que o equilíbrio entre tais finalidades seja rompido, sob pena de o objetivo da persecução penal tornar-se contaminado às vistas de seu real propósito e, por conseguinte, instalar-se crise de identidade valorativa na ciência processual penal, vez que, desta maneira, sua base teórica encontra-se em desconformidade com a prática processual.

A violação de direitos do acusado em nome da necessidade de garantir a eficácia do procedimento sancionatório, pelo anseio punitivista oriundo do meio social representa, portanto, preocupante mitigação deste equilíbrio teleológico da ciência processual penal, em especial às vistas dos valores apregoados pela ordem jurídica brasileira, expressos nos princípios constitucionais positivados desde 1988 e que fundamentam a lógica da persecução penal posta na ordem jurídica brasileira.

2 OS VALORES DO PROCESSO PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O CONFRONTO COM A PRAXIS PROCESSUAL PENAL BRASILEIRA

Após a digressão histórica realizada e a análise dos modelos persecutórios observados ao longo da história humana, tomou-se a ideia de que a evolução do conceito de Estado, em especial a estruturação do Estado de Direito, foi elemento ínsito ao surgimento do processo penal nos termos modernos. A partir desse marco histórico descrito, percebe-se que tornou comum haver uma estrutura legal, com o objetivo de investigar condutas delitivas e aplicar eventuais sanções aos indivíduos.

Partindo-se dessa premissa, é necessário analisar quais valores são adotados pelo Estado que justifiquem a estruturação do processo penal, nos moldes observados após o surgimento da ideia do Estado de Direito. É necessário verificar quais são os vetores axiológicos que inspiram os princípios e as regras do processo penal moderno. Esse é o primeiro passo para que se compreenda a modelagem da persecução penal moderna constante no texto constitucional e para além de seu conteúdo, buscando identificar as fontes valorativas deste sistema.

Estabelecido esse campo de observação, cabe, neste caso, a análise da normatividade constitucional brasileira, a fim de verificar quais são essas diretrizes valorativas que sustentam a finalidade do Estado em relação à persecução penal existente. E mais: qual é a base valorativa que inspira a proposição de regras e princípios orientadores e formatadores do processo penal brasileiro.

Restringir o amoldamento basilar do sistema de persecução penal aos princípios positivados na Constituição é olvidar-se de que tais diretrizes não são as inspiradoras do sistema persecutório pelo mero fato de estarem contidas na Constituição. Deve-se lembrar, em verdade, que a razão pela qual tais princípios estão contidos no texto normativo máximo é o alinhamento do constituinte a determinados vetores valorativos.

Assim, deve-se buscar identificar quais valores orientam as previsões principiológicas constitucionais sobre o processo penal, a fim de compreender, em sua raiz, a finalidade do processo penal no Brasil, para que se possa, enfim, alcançar os fundamentos sobre os quais está assentada a persecução penal brasileira.

O sistema processual penal brasileiro, com estrutura dialética, democrática, preocupado com o zelo às garantias e aos direitos individuais do acusado, está alinhado, valorativamente, com as noções de solidariedade e de dignidade da pessoa humana, que abrangem não apenas o direito processual penal, mas também todas as searas da ordem jurídico-política brasileira.

A dignidade da pessoa humana é tratada constitucionalmente como fundamento da República Federativa do Brasil. A previsão de seu conteúdo no artigo 1º, III, da Constituição Federal de 1988, denota o caráter de valor supremo a que a ordem constitucional eleva esse princípio. Jesús (2004) justifica essa posição privilegiada, partindo da ideia de que em todo Estado Democrático de Direito deve haver a valorização do ser humano como o centro das relações jurídicas. O homem é a causa do Estado e, nesse sentido, a sua proteção deve ser a sua finalidade precípua.

É perceptível a tendência adotada pelos países ocidentais em positivar o princípio da dignidade da pessoa humana, no período posterior ao término da Segunda Guerra Mundial. Assim ocorreu em 1947, na Constituição Italiana, em 1976, na Constituição Portuguesa, na Constituição Espanhola, em 1978, dentre outras. Em todas elas, o princípio da dignidade da pessoa humana foi tratado como uma premissa inviolável do Estado Democrático de Direito e mais do que um direito fundamental é tratada como um valor que orienta toda a normatividade do Estado (NUNES, 2009).

Observada a posição de imprescindibilidade da previsão constitucional do princípio da dignidade da pessoa humana, anterior, inclusive, ao artigo 5º que trata dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, Sarlet (2007) afirma tratar-se de um parâmetro orientador de toda a atividade do Estado, e no qual encontram fundamento os direitos e garantias fundamentais do indivíduo. A dignidade da pessoa humana possui, pois, ascendência sobre toda a base principiológica constitucional.

Além do princípio da dignidade da pessoa humana, mencionado, é de se destacar a solidariedade, como valor orientador relevante para a construção do processo penal solidário. Constituição Federal de 1988 dispõe em seu artigo 3º, I, que se constitui objetivo fundamental

da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Percebe-se que o constituinte utilizou-se propriamente do verbo “constituir”, para referir-se a que objetivos fundamentais constantes nos incisos subsequentes importassem na própria essência valorativa do Estado brasileiro, do qual decorrem as dimensões política, social e, também, jurídica.¹⁰

Segundo França (2011, p. 22), os objetivos fundamentais previstos na Constituição de 1988 constituem-se verdadeiras metas a serem promovidas por todo o sistema estatal, com força coativa imediata e sendo dotada de eficácia vinculante, de modo que necessitam ser buscadas e concretizadas em todas as normas e em todas as ações dos integrantes do Estado brasileiro.

Os objetivos fundamentais previstos no artigo 3º da Constituição Federal integram os valores da República Federativa do Brasil, e como tal, devem as ações estatais exprimirem esforços para a efetivação máxima destes valores, por meio de escolhas públicas, inclusive a estruturação da normatização existente, voltadas ao cumprimento dos propósitos estabelecidos na Constituição (BREUS, 2007).

França (2011, p. 31), ainda tratando sobre a importância do cumprimento dos objetivos fundamentais constitucionais, relaciona a sua concretização com o alcance da finalidade do próprio Estado quanto ao papel que se propõe a cumprir em relação aos indivíduos, e a importância do contínuo esforço de seu cumprimento, uma vez que a sua não consecução representa, reflexamente, a perda ou a supressão de direitos conquistados pelos indivíduos.

Ferrari (2011, p. 200), analisando de maneira conjunta as previsões do art. 3º da Constituição Federal, menciona que neste dispositivo estão agrupados os valores do Estado brasileiro e que devem ser perseguidos por meio de implementação de medidas legais e de ações de seus agentes estatais, de modo que “a Constituição Federal, na qualidade de Lei fundamental da República Federativa do Brasil, vincula a atuação do Estado quanto aos meios e aos fins, para que se tenha uma sociedade livre, justa e solidária”.

¹⁰ Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
II - garantir o desenvolvimento nacional;
III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Tais valores, de justiça, liberdade e de solidariedade devem ser almeçados pela República Federativa do Brasil de forma contínua, de modo que a utilização do verbo “construir” no inciso I, denota a ideia de necessária implementação constante desses valores. A Constituição elegendo os objetivos fundamentais da Constituição Federal de 1988 como seus elementos “constitutivos”, flagrantemente demonstra que valores como a justiça, liberdade e solidariedade, devem fomentar teleologicamente o Estado brasileiro e suas instituições.

Além disso, os demais incisos do artigo 3º, que abordam a perspectiva de desenvolvimento nacional uniforme, de erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades regionais; bem como a impossibilidade de qualquer ato discriminatório, ressaltam de maneira global a propositura de que a isonomia e a solidariedade constituem-se valores da República Federativa do Brasil.

Dessa interpretação, passa a interessar a análise e a abrangência desses dois valores essenciais que pautam este objetivo fundamental da República e certamente orientam toda a normatividade processual penal no Brasil.

2.1 A dignidade da pessoa humana

O reconhecimento do caráter fraternal que funda não apenas as relações sociais, como também jurídicas no Brasil, é percebido de maneira clara pela adoção da dignidade da pessoa humana como fundamento da Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, III.

Conforme ressalta José Afonso da Silva (2003) a dignidade da pessoa humana é um vetor de interpretação que fundamenta a existência dos direitos fundamentais. Tem como origem a ideia de dignidade, um valor moral existencial de que é dotado o indivíduo. Assim, a dignidade que se reserva ao homem não depende de qualquer qualidade pessoal, não depende do cumprimento de seus deveres para com a comunidade e não está condicionada à não violação dos direitos dos demais.

A base teórica que fundamentou de maneira formal o princípio da dignidade da pessoa humana tem origem no pensamento filosófico cristão. A partir da constatação de que Deus havia feito o homem à sua imagem e semelhança, admite-se que a natureza divina do próprio criador, transmite-se à criatura, de forma que a essência diferenciada do indivíduo torna-se um argumento importante para dotar-lhe de tratamento diverso perante os outros elementos da natureza (COMPARATO, 2001).

Assim, inicialmente o conceito de dignidade humana estaria fundado em uma igualdade essencial de todo homem, independentemente de suas características, de sua personalidade ou de suas ações, dignas ou indignas. Esta condição inata a todo homem e a sua relação com o espelho de semelhança em Deus geraria a necessidade de zelo pelo próximo.

Santo Tomás de Aquino, no desenvolvimento da Suma Teológica, atribui à pessoa o conceito de ser individualizado e racional, que possui essência invariável. Essa caracterização dá azo a teorização de um conceito de igualdade entre os homens, já que todos são dotados, por natureza, da mesma dignidade. O desenvolvimento do conceito de pessoa e de dignidade da filosofia cristã, ainda na idade média, deu azo à consolidação deste conceito posteriormente (COMPARATO, 2001).

Immanuel Kant (1992) prestou um importante contributo à teorização deste princípio. A filosofia kantiana, que serve de base para o conceito de dignidade humana na modernidade, abordou a temática da dignidade cabível à pessoa, ressaltando que o homem, enquanto ser racional, representa um fim em si mesmo.

Já os demais seres que não possuem o atributo da racionalidade, não podem ser assim considerados, mas, sim, como meios, motivo pelo qual são reconhecidos meramente como coisas. Essa diferença de essência, que Kant estabelece tomando a racionalidade como padrão, é o pressuposto para que se justifique filosoficamente a dignidade como atributo especial do homem.

A partir dessa constatação, Kant (1992) afirma que o homem, dada a sua dignidade, passa a ser fonte de todos os outros direitos. Essa observação da essência humana se projeta indistintamente sobre todos os homens. Assim, ao violar os direitos ínsitos à condição existencial de uma pessoa, é, em última instância, violar-se a si mesmo em sua própria dignidade. Desse parâmetro reflexo de preservação da dignidade humana, infere-se da filosofia kantiana que o cuidado deste valor se dá por meio de uma proteção fraternal.

Kant (1992) afirma ainda que cada ser humano possui internamente um valor existencial que não pode ser equiparado a qualquer outro bem ou a qualquer outro valor. Se se tratasse de uma coisa, o valor essencial seria quantificável, substituível por outro valor de igual qualidade, ocorre que na ideia proposta por Kant (1992) o atributo existencial intrínseco ao ser humano é irrevogável e não admite quantificação ou substituição a esse atributo denomina de dignidade.

Dessa maneira, os seres humanos, pela dignidade de que são dotados, estariam proibidos de praticar qualquer conduta atentatória a essa essência, também presente em seu semelhante. Qualquer ação praticada, que tenha como consequência o trato do indivíduo como algo dissociado dessa característica interna, é considerada como atentatória à dignidade da pessoa humana (MARTINS, 2006, p. 68).

No século XX, destacam-se o pensamento existencialista de Jean Paul Sartre, que possui opinião diversa da teoria tomista e kantiana e não observa a dignidade da pessoa humana como um dom essencialista, inato e preexistente, mas, sim, que a dignidade é construída pelo homem ao longo de seu existir. É essa liberdade de construção do próprio destino que, em Sartre justifica a essência racional do homem, já que, uma vez preso em valores inatos e em condições predeterminadas, o homem tornar-se-ia coisificado e perderia o seu aspecto diferenciador perante os outros elementos da natureza (SARTRE, 1978, p. 310).

Por fim, há ainda a filosofia de Hannah Arendt que desenvolveu noções sobre o princípio da dignidade da pessoa humana sob o forte apelo dos fatos ocorridos durante e após a Segunda Guerra Mundial. Percebe-se através do pensamento dessa autora as razões que culminaram na constitucionalização desse princípio, marco importante para o desenvolvimento do tema.

Em sua obra *A condição humana*, Arendt (1999), analisando a realidade aplicada dos regimes totalitaristas observados na Europa a partir da primeira metade do século XX e suas consequências desastrosas em termos de violação à bens jurídicos humanitários, percebe que em uma estrutura rígida de Estado, com intuito de dominação e de controle absoluto, conceitos morais importantes são flexibilizados de maneira perigosa, possibilitando a ocorrência de violações como as que se perceberam antes e durante o conflito mundial ocorrido entre 1939 e 1945.

Assim, Arendt (1999) destaca que a forma de atuação do Estado e sua definição política finalística possuem a maior relevância para que se assegure a preservação da dignidade da pessoa humana e para que se evitem os riscos de haver violações irreparáveis a este valor. Nesse sentido, cabe ao Estado não apenas evitar as violações aos direitos humanos, como também de fomentar o desenvolvimento das potencialidades humanas em um espaço público democrático.

Com base em ideias como a de Arendt, é que houve a consolidação do princípio da dignidade da pessoa humana de maneira proativa nas cartas constitucionais de vários países.

O compromisso de resguardo à dignidade da pessoa humana, portanto, não haveria de ser apenas simbólico ou principiológico, mas, sim, seria proposto pelo Estado através de políticas que propiciassem a sua salvaguarda (ARENDDT, 1999).

Ao tratar-se da positivação do princípio da dignidade da pessoa humana nas cartas constitucionais, é importante primeiramente ressaltar que a previsão de direitos humanos, que decorrem da ideia de dignidade da pessoa humana, historicamente é muito anterior ao Século XX¹¹, todavia, em termos de proteção constitucional tem-se como um marco justificador o pensamento de Hannah Arendt.

A proteção constitucional do princípio da dignidade da pessoa humana é feita na Constituição Federal de 1988, ao prever, em seu artigo 1º, III, que é fundamento da República Federativa do Brasil o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. José Afonso da Silva (2003, p. 92) ressalta que o fato de o constituinte ter alçado a dignidade da pessoa humana a um fundamento da República significa que esse preceito não é observado como mais um princípio da ordem jurídica nacional. É, na verdade, considerado um valor supremo que aplica-se não apenas às relações jurídicas como também às relações sociais, culturais, políticas e econômicas.

O princípio da dignidade da pessoa humana é, portanto, um vetor de orientação para toda a atuação multifacetária do Estado e deve ser observada tanto na relação entre Estado e indivíduo, como entre indivíduos, configurando-se assim o seu âmbito de aplicação irrestrito e geral na sociedade brasileira.

A previsão do princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição Federal de 1988 demonstra nitidamente a preocupação do constituinte e conseqüentemente da legislação infraconstitucional em efetivar a fraternidade como um fundamento do ordenamento jurídico brasileiro.

¹¹ A previsão de direitos do homem remete à antiguidade. Em 539 a.C, Ciro, o grande, ao conquistar a Babilônia, libertou os escravos e deu-lhes, também, liberdade de credo, estas afirmações ficaram registradas em um cilindro de argila, conhecido como “cilindro de Ciro” e é tido pelos historiadores como o primeiro registro histórico de direitos humanos positivados. Em 1215, direitos inerentes à condição humana foram previstos na Magna Carta inglesa, criando prerrogativas aos indivíduos perante o Estado e sujeitando o rei às leis. Seguiram-se a estes instrumentos inovadores, a petição de direitos de 1628, também na Inglaterra; a declaração de independência e Constituição dos Estados Unidos da América de 1776; a declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, na França, no período revolucionário; as Constituição do México (1917) e da Alemanha de (1919); a Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), dentre outros instrumentos.

Ao reconhecer a ideia de igualdade de essência entre os indivíduos e tendo essa ideia vinculada a uma concepção inata de dignidade, que não está condicionada a qualquer atributo dessa pessoa e nem às suas ações, a Constituição elege como seu fundamento um princípio que exprime os valores de fraternidade processual apresentados por Eligio Resta.

A expressão de normatização constitucional que reafirma o caráter fraterno do processo penal e que demonstra sua decorrência da previsão do princípio da dignidade da pessoa humana é vasta e pode ser verificada a partir da observação do rol de direitos e garantias individuais previstas no artigo 5º.

A previsão da vedação da imposição de penas de morte, de caráter cruel, perpétuo, de trabalhos forçados e de banimento é exemplo do resguardo da dignidade da pessoa humana e do caráter fraterno do direito proposto. Nesse sentido, pode-se citar que a obrigação que o Estado tem de resguardar a integridade física e moral do preso, enquanto custodiado ou ainda a garantia ao direito de amamentação das detentas.

Percebe-se que com a previsão do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, bem como dos vários direitos fundamentais que lhes são diretamente decorrentes, apresenta-se como uma prova concreta de que a ordem jurídica brasileira, e por consequência a processual penal possui vocação teórica para exercer a persecução penal sob uma perspectiva fraterna.

O que o Estado busca, em verdade, punir não é a pessoa do condenado, pois não o percebe, em tese, como um inimigo, como um incorrigível que deve ser segregado do convívio social, mas, sim, observá-lo em sua dignidade, ínsita a sua existência, e punir, se for o caso, a prática de uma conduta inadequada, sem desmerecê-lo como agente importante na construção colaborativa do provimento judicial.

2.2 A solidariedade

A solidariedade é situada por Sarlet (2007, p. 51) como um direito que pertence à terceira geração dos direitos fundamentais. Os direitos desta geração são aqueles que tem por objetivo a proteção dos grupos humanos, caracterizados por sua implicação universal e transindividual. A ideia de solidariedade implica em um valor de ajuda mútua para alcançar maior efetividade nos direitos à liberdade e da proteção da vida, conforme cita Sarlet (2007, p. 60).

Segundo Habermas (2003, p. 116), a semântica trazida inicialmente pelo conceito de solidariedade estava atrelada inicialmente à formação do Estado nacional. É a solidariedade entre as pessoas a responsável pela integração e coesão da concepção moderna do Estado Nacional e é esse sentimento de integração e ajuda mútua, para estabelecer relações sociais pacíficas, que permite a sustentação da estrutura jurídico-política moderna.

Com o advento do Welfare State, especialmente no pós-Segunda Guerra Mundial, essa percepção de solidariedade torna-se ainda mais sólida, na medida em que, os cidadãos, percebendo-se como sujeitos de direito que efetivamente são contemplados na relação com o Estado, sensibilizaram-se, no sentido de compreenderem-se membros integrantes de uma mesma realidade nacional, aproximando, ainda mais, a percepção do outro como destinatário de solidariedade e não de intolerância (HABERMAS, 2003).

Giddens (1989, p. 136) defende que a solidariedade é um valor importante para a coesão do Estado e, em geral, para a construção de uma cultura cívica mais ampla. O entendimento mútuo dos membros de uma comunidade, sob uma lógica solidária, possibilita melhor comunicação com o próximo o que implica em menos pontos de tensão social que necessitem intervenção de persecução penal, ou, ao menos, gere-se a concepção de que o acusado, em uma relação processual, faz jus aos direitos que lhe são inerentes, nos termos da lei.

Perrenoud (2000) define que a solidariedade não pode ser observada como um valor individual inerente ao ser humano, conforme mencionado anteriormente, a noção de solidariedade pressupõe um convívio social. Entretanto, reafirma a dificuldade de estabelecer-se um ambiente de manifestação perfeita de solidariedade, porquanto, se assim o fosse, não haveria qualquer conflito humano que ensejasse a necessidade da intervenção da ordem jurídica.

Casali (2006, p. 32) menciona que a solidariedade abrange a responsabilidade recíproca entre as pessoas; prontidão de ajuda ao menos favorecido na acepção social ou jurídica; transformação dos indivíduos em cidadãos, sujeitos de direito, em relação ao Estado (em especial através dos instrumentos de mediação); reconhecimento e aceitação da diversidade social, o que se configura fenômeno ampliação do processo de democratização e de comunicação do meio social; fator de identidade entre os indivíduos de um mesmo meio social.

Em que pese se constitua um valor considerado fundamental pela Constituição Federal, não existe amplo estudo sobre a solidariedade na doutrina brasileira. Não se analise o estudo do princípio da solidariedade como princípio geral do direito e como base valorativa da ordem

jurídico-normativa. Tal concepção se deve à não existência de risco de violação de intimidade individual pela inobservância deste direito, é uma ideia que pressupõe um estado avançado de civilidade em um meio social.

Perrenoud (2000) define a solidariedade como uma construção social e cultural, e não um direito inerente ao ser humano, que se opõe ao egoísmo e egocentrismo. Para a afirmação deste valor de concepção coletiva, é necessário para Perrenoud (2002), que essa ideia de solidariedade componha a ideia central da maior parte dos indivíduos que compõem o meio social, não apenas de maneira figurativa, mas na incorporação de valores incorporado à sua identidade.

Além disso, é necessário que haja reciprocidade. Não é possível que haja, a longo prazo, a consolidação, em uma sociedade de solidariedade social e jurídica, sem que haja reciprocidade, sem que haja o compromisso global dos indivíduos inseridos na coletividade. É a reciprocidade que fundamenta o dever de manter a postura solidária de quem está originalmente comprometido. Por fim, assevera Perrenoud (2000), que a consolidação da solidariedade não é um valor criado artificialmente e acrescentado ao meio social, depende do próprio processo de consolidação lutas e de conquistas sociais.

O conceito de solidariedade relaciona-se com três perspectivas básicas: a noção de dignidade humana pessoal, que é inerente ao indivíduo isoladamente considerado; o reconhecimento de relações de interdependência que ligam esses indivíduos em uma coletividade e, por fim, a necessidade do reconhecimento de que o corpo social deve cooperar com o indivíduo componente do seu meio, prestando-lhe o auxílio necessário, para que ele possa realizar as tarefas que lhes trazem fins existenciais e para que o indivíduo, como sujeito de direitos, possa coexistir em sociedade de maneira satisfatória (MESSNER, 1965, p. 276).

A construção desse conceito parte do princípio de que a condição humana e a personalidade são decorrentes de direitos naturais, que são decorrentes de sua própria essência e que, independentemente de como este indivíduo desenvolva suas condutas no espaço coletivo, devem ser respeitados e garantidos socialmente.

Nesse sentido, importa asseverar a relevância que o conceito de *pessoa* possui na construção da concepção de direitos naturais inerentes à condição humana. Moraes (2006, p. 90) criticava a concepção estreitamente psicológica do conceito de pessoa, como se o indivíduo se resumisse a um elemento reativo, objeto de análise, sob condições controladas

pela psicologia. Para Moraes (2006, p. 112), existe no ser humano uma natureza metafísica, que o faz ocupar um local próprio na estrutura cósmica do universo. Assevera, ainda, que nenhuma corrente filosófica ou ramo científico dedicou-se a estudar a pessoa e suas complexidades, quanto o pensamento cristão, que necessita ser explorado para que se tenha uma visão ampla do conceito de pessoa.

No pensamento cristão, o conceito de pessoa foi útil, inicialmente, para explicar a Santíssima Trindade, composta pelo Pai, pelo Filho e pelo Espírito Santo, e as relações entre estes três entes, possuindo, em si a significância de substância do ser. Nesse sentido, Santo Agostinho afirmava que a pessoa era substância individual de natureza racional, e que, dessa forma, o Pai era pessoa em relação a si mesmo, e não em relação ao Filho, justificando-se, pois, a distinção material entre si e a individualização quanto aos demais componentes da santíssima trindade (MESSNER, 1965).

Santo Agostinho tratava do homem, como objeto de sua reflexão, referindo-se como *magnum miraculum* como um ser privilegiado, que representava um dos maiores milagres produzidos por Deus em sua obra de criação. Para este filósofo, a natureza humana está na união entre dois elementos: o corpo e a alma, e nisso se constituiria o seu conceito de pessoa, o homem total (ARTEAGA NATIVIDAD, 1993).

A essência do homem, para Santo Agostinho, era a substância dotada de razão, apta a reger um corpo, e era isto que delimitava a sua individualidade. Ao afirmar que a composição humana, de corpo e alma, fazia do indivíduo um ser especial, este elegeu a alma como elemento divino, dizendo-lhe imortal e cuja substância, sendo espiritual seria invisível aos sentidos.

A partir da aceitação da alma, como elemento de racionalidade, imortal, que diferencia o homem das demais criaturas, e que o torna um milagre na criação divina, Santo Agostinho eleva o conceito de pessoa a uma ideia de um ser privilegiado por Deus, que o fez à Sua imagem e semelhança, firmando que o homem é um grande feito da criação divina, porquanto foi feito à imagem e à semelhança de Deus. Engrandece, ainda, a essência humana, que é superior aos demais animais, pela excelência de sua alma racional.

Assim, Santo Agostinho ao reconhecer a pessoa, como ser dotado de alma e de racionalidade que lhe é decorrente, propõe ser este o cume da hierarquia da criação, tornando-se o homem, pela natureza divina da alma, semelhante, em essência ao seu Criador. A partir

desse raciocínio, a filosofia agostiniana, em que pese reconheça a existência das muitas falhas da natureza humana, firma que existe dignidade própria que orbita em torno da pessoa, devido à sua origem divina do qual a alma é a própria prova (NOVAES, 1992).

A filosofia agostiniana, em sua profundidade antropológica, preocupou-se em analisar, além do conceito de pessoa, também a interação desse indivíduo, no meio social. Nesse sentido, é relevante mencionar a importância do contributo do pensamento de Santo Agostinho para a elaboração do conceito de solidariedade, em especial, quando da classificação da sociedade em dois grupos distintos, a Cidade Celestial, edificada nos valores do amor de Deus, e a Cidade Terrestre, edificada sobre os valores do amor próprio e da soberba, tipicamente humanos.

Ao traçar esse paralelo, Agostinho exemplifica de maneira clara, um meio social em que as atitudes dos indivíduos são movidas pelo amor fraterno e no qual a coletividade ocupa-se do bem estar dos indivíduos e outro meio onde não existe outra preocupação senão o bem estar próprio (COSTA, 1998, p. 1061).

Naturalmente, o homem foi concebido para viver em comunhão com o próximo, seguindo os desígnios de Deus. Nessa perspectiva, o indivíduo viveria em um ambiente de cooperação, em que todas as pessoas seriam vinculadas por laços de afeto e onde a preocupação com o próximo e com a felicidade de todos seria a primeira das finalidades do corpo social. O homem, na busca pela salvação eterna, haveria de contribuir para o funcionamento dessa sociedade solidária (AGOSTINHO, 1990).

A importância de tal conceito para a construção da ideia de solidariedade moderna torna-se ainda mais considerável, a partir da percepção de Costa (1998), de que ao se referir ao termo Cidade, Santo Agostinho não se limita a um pequeno grupo que conviva em uma mesma porção geográfica, mas, sim, ao Estado e aos impérios existentes a sua época. Infere-se, pois, que a noção de sociedade do bem estar comum na filosofia agostiniana foi pensada para modelos de larga amplitude física e de intensa amplitude relacional, o que permite utilizá-lo nas sociedades modernas.

Os membros da Cidade de Deus possuem vínculos de confiança uns nos outros, o que possibilita a produção de um ambiente social coeso e comprometido com o bem dos indivíduos que o compõem. Segundo Agostinho (1999), agem pela inspiração divina e

formam entre si vínculos de compreensão e respeito pela essência divina que integra cada um de seus membros.

O papel da Cidade Celeste é conquistar os homens para que todos se proponham a serem agentes construtores da paz e do bem estar comum. Não há, para Agostinho, a possibilidade de se pensar o indivíduo longe da convivência social. O homem vive unido a *polis* e necessita, pois, viver da maneira mais adequada possível em relação aos demais indivíduos e em relação à coletividade, mostrando-se sensível às necessidades de seus concidadãos, em respeito à dignidade que conservam em si por sua natureza divina e aos vínculos de comunhão do amor em Deus que os une (AGOSTINHO, 1999).

Por outro lado, Santo Agostinho (1999) aponta Roma, como um exemplo de sociedade que ilustra a chamada Cidade Terrestre, que ruiu pelos valores vigentes nas relações sociais, uma vez que imperavam o desinteresse pelo bem comum e a ambição distanciava os indivíduos entre si. Além disso, a falta de compreensão ao próximo e o desvalor dado à vida humana tornou cada vez mais intolerante a relação entre os membros daquela cidade. A escolha por viver na Cidade Terrestre e não na Cidade de Deus era derivado do exercício do livre arbítrio por cada pessoa.

Agostinho (1999), como doutrinador católico, propõe que a possibilidade de redenção da Cidade Terrestre está na adoção de Deus como centro de suas condutas e de suas relações. Apenas por meio do divino amor fraterno é que podem ser suplantadas as ambições humanas e os desvios de caráter, em prol de uma relação harmoniosa com o próprio e que se ocupe da preocupação com o bem de todos. Afirma que ainda que haja a prevalência da alma sobre o corpo e da razão sobre as paixões, se a alma e a razão não se renderem a Deus, não haverá império justo. Assim, não haveria paz entre os membros de um meio social enquanto a finalidade da felicidade de seus membros não for o alcance da vontade divina.

Outro expoente da filosofia cristã e que desenvolveu importante trabalho acerca do conceito de pessoa, bem como de sua interação com o meio social, foi São Tomás de Aquino. A filosofia tomista sobre a pessoa também parte da justificação da Trindade Santa, compostas por três pessoas distintas (Pai, Filho e Espírito Santo), que em verdade, possuem uma única substância.

Aquino (2001) parte da filosofia medieval de Boécio, adotando a ideia de que pessoa é a substância individual de natureza racional, um ente que existe em si mesmo e não em outro,

de maneira individualizada. Tomás de Aquino estabelece dois critérios para a caracterização da pessoa: o primeiro, é a subsistência individual, já comentada pelo próprio filósofo na súplica teológica, o outro é a natureza racional que deve estar presente nessa subsistência individual. É a racionalidade o elemento que transforma a pessoa no ser mais perfeito da natureza.

De acordo com Santo Tomás de Aquino, ser pessoa depende da existência de racionalidade na manifestação de sua individualidade e isso é a própria expressão da composição divina do indivíduo. A racionalidade, na visão tomista, é, portanto, prova da natureza divina do ser humano. Todavia, a dignidade que se deve reconhecer à pessoa não é elemento condicionado ao exercício da racionalidade, nem ao agir, nem à autoconsciência de autonomia, mas, sim, decorrente, de sua própria natureza divina (MORAES, 1984).

Assim, conclui-se para Tomás de Aquino (2001) que o homem, individualmente falando, tem sua qualidade na grandeza de seu ser, que é justificada pela sua origem divina, que se caracteriza pela racionalidade manifestada em seu ser individual. São estes aspectos que fazem com que haja a necessidade de observar-se a dignidade que é inerente ao próprio ser humano, que o faz ter prerrogativas que não são afeitas aos seus atos, mas, sim à sua existência.

Isso se justifica pelo fato de, para a filosofia tomista, o homem ter sido feito à imagem e à semelhança de Deus, sendo inquestionável a natureza espiritual da essência humana. Atos de pecado não são capazes de pôr a perder a dignidade do homem, nem mesmo mudar a sua origem divina. Para Santo Tomás de Aquino, a prática de ações anticristãs diminuem a semelhança de imagem entre o indivíduo e Deus, todavia, não a desfaz.

Santo Tomás de Aquino (2001) observa como necessário que o homem, em sua dignidade e individualidade própria, relacione-se com seus semelhantes em meios sociais. Em termos políticos, enquanto membro de um conjunto maior, o homem deve ser menos considerado em privilégio dos interesses coletivos. É nesse sentido que se percebe no pensamento tomista a preocupação com o sacrifício do interesse privado em nome do bem comum, filiando-se, pois, a uma perspectiva solidária entre os membros da comunidade.

Entretanto, o pensamento social desenvolvido por Santo Tomás de Aquino, segundo Barrera (2007), não se prende a ideias excessivamente coletivistas a ponto de desprezar a importância do indivíduo, mesmo porque, conforme anteriormente mencionado, é este titular de uma dignidade existencial de natureza divina.

Dessa forma, entende Aquino que o Estado existe com o fim solidário de prestar auxílio aos indivíduos para que estes possam atingir sua finalidade como componentes do meio social, bem como para que estes se realizem individualmente, sendo respeitados e respeitando os demais membros e a ordem coletiva, para por fim alcançar a bem aventurança (BARRERA, 2007).

A sociedade, em Aquino, não possui a conotação de um mero agregado artificial de indivíduos, mas, sim, um conjunto de indivíduos, com dignidade própria que possui realidade universal própria e finalidades coletivas próprias, dentre as quais, o auxílio às pessoas para que se tornem úteis em seu papel social e a realização pessoal dos indivíduos (AQUINO, 2001).

Assim, o conceito tomista de pessoa possui, portanto, duas vertentes, uma, enquanto indivíduo dotado de racionalidade e de dignidade decorrente de sua natureza divina, e outra como parte de um todo social em que deve se comprometer com os propósitos do bem estar comum coletivo e dos demais indivíduos (AQUINO, 2001).

Spaemann (2000) reflete de maneira geral sobre a construção do conceito de pessoa concluindo que, ao longo da história humana, várias foram as reflexões filosóficas e antropológicas acerca da definição do indivíduo, confluindo para tanto, vários elementos, dentre os quais está o componente espiritual, ressaltado pela filosofia cristã de Santo Agostinho e de Santo Tomás de Aquino. Ademais, menciona a intencionalidade, a consciência moral e o exercício da autonomia, através da liberdade, como outros traços que caracterizam os limites da individualidade pessoal.

Os indivíduos, compreendidos em sua acepção de dignidade, relacionam-se em com seus semelhantes, havendo, assim, a interação social que proporcionou a construção da noção de Estado. Messner (1965, p. 277) ressalta que a ordem jurídica do Estado é a ordem do bem comum.

A proposta da ordem jurídico-estatal é garantir através da cooperação social entre indivíduos o auxílio necessário para que possam desenvolver-se e desempenhar suas tarefas para com o meio coletivo, e, assim, lograr êxito na busca de sua satisfação pessoal. Nesse sentido, Aristóteles afirmava que o Estado não teria como objetivo apenas suprir as necessidades que o homem não conseguisse suprir por seu próprio meio, mas também auxiliar o indivíduo situar-se da maneira devida (BITTAR, 2005).

Adotando-se a lógica jusnaturalista trazida pelo pensamento agostiniano e tomista de que o homem traz em sua essência a dignidade que o diferencia dos demais seres e que lhes garante direitos ínsitos à sua própria existência, torna-se adequado fundamentar o âmbito de validade do princípio do bem comum. A prática democrática elege o princípio do bem comum como uma de suas expressões mais marcantes na atual configuração do que se denomina Estado Democrático de Direito.

Messner (1965, p. 278) o caracteriza como princípio jurídico que se refere à sociedade como um todo, bem como aos seus membros como partes integrantes desse todo social, tendo como conteúdo a garantia do direito à liberdade dos membros do corpo social, bem como garantindo o direito da sociedade em geral àquelas prerrogativas que necessita ter para subsistir e para seguir cumprindo as missões que lhes são naturais.

A noção de bem comum impõe-se de maneira vinculativa em virtude de seu caráter jusnatural. Messner (1965, p. 279) ressalta que a prova desta assertiva está no fato de que para que um Estado adote como finalidade o bem comum social não é necessário que haja legislação produzida pelo órgão competente nesse sentido. A necessidade de preservar o bem comum e de preocupar-se com os membros que compõem a coletividade deriva é natural e eventualmente pode ser manifestada pela vontade do legislador. É uma obrigação ínsita ao legislador a regulação dos interesses do bem comum, não sendo assim, o próprio Estado perde sua razão de ser.

Assim, arremata Messner (1965), que o princípio do bem comum representa a justificação do vínculo, existente entre os indivíduos, para a construção de uma sociedade solidária, em que, reconhecida a dignidade do indivíduo, lhe sejam respeitados seus direitos e que lhe sejam concedidas as condições necessárias para que este membro da coletividade possa alcançar a sua função social e a sua satisfação individual.

Ocorre que tal princípio de cooperação não é ilimitado, uma vez que não há necessidade de ingerência da coletividade na vida do indivíduo para além daquilo que ele precisa para cumprir adequadamente a sua função no mecanismo social. Nesse sentido, surge um segundo aspecto da mesma perspectiva, o princípio da subsidiariedade.

O princípio da subsidiariedade, portanto, ao tempo em que estabelece o dever de o Estado cooperar com o indivíduo para que este realize suas funções e alcance sua felicidade na vida coletiva, limita este auxílio tão somente ao que o indivíduo necessita, de modo a

evitar a ocorrência de ingerência do Estado na vida do membro do corpo social. Se por um lado, pois, concretiza o princípio da participação, por outro, atua limitando-lhe de modo a evitar excessos lesivos de direito.

Baracho (1995, p. 47) ao conceituar o princípio da subsidiariedade define-o como sendo um princípio de justiça, de cooperação, de liberdade e de pluralismo democrático, através do qual se incentiva a ação solidária do Estado, resguardando, por outro lado, as liberdades do indivíduo.

Na definição de Quadros (1995), trata-se de um aprimoramento do princípio da solidariedade, caracterizando-se por ser um elemento imprescindível na ordem jurídica do moderno e equilibrado Estado Social de Direito, na medida em que se recusa o monopólio do Estado para a consecução de objetivos sociais, resgatando-se o próprio indivíduo para a consecução destes objetivos, através do princípio da participação.

Este princípio funciona, pois, como uma complementação da ideia de solidariedade, indicando-se um elemento delimitador acerca das relações entre a pessoa, a sociedade e o Estado. Traz em uma noção moderna a perspectiva de atuação do Estado para, reconhecendo o valor do indivíduo, promover e motivar os seus direitos e potencialidades, de forma solidária e em favor de toda a sociedade, sem perder a percepção do limite do aceitável, no exercício deste auxílio (CAVALCANTI; 2015, p. 55).

Fundamenta-se, portanto, não apenas no princípio da solidariedade, mas, também no princípio da subsidiariedade e no princípio da participação, as razões jurídicas que se mostram imprescindíveis para que haja o exercício da contribuição do corpo social, provendo os meios e condições necessárias ao indivíduo, para que ele seja funcionalmente ativo na construção do bem comum (QUADROS, 1995).

A construção da ideia de sociedade solidária é objeto de análise não apenas pela filosofia cristã, mas também pelos filósofos comunitaristas. Sandel (1982) ressalta a importância de se verificar a perspectiva de justiça e de Estado não a partir do indivíduo, mas, sim, da comunidade no qual ele se insere. A estrutura do pensamento jurídico solidário está vinculado de maneira direta à verificação da existência de interação e influência do indivíduo com o meio social em que vive. Além disso, Sandel (1982) classifica como superficial a imagem liberal de indivíduos autônomos que escolhem suas concepções sem qualquer influência da comunidade. A identidade do indivíduo atrela-se às virtudes do ser imerso em um contexto social compartilhado.

O resgate dos valores comunitários estão associados à percepção de valor de cada membro de uma comunidade, o que, conseqüentemente, implicará na formulação de vínculos que permitam o agir solidário da comunidade em relação ao indivíduo. Nesse sentido afirma Kymlicka (2007, p. 467) que as obrigações dos indivíduos de manter o bem comum da sociedade tem tanto peso quanto os direitos à liberdade individual, deixando evidente a vinculação entre o ser individual e o meio social que ocupa.

Criticando a lógica liberal e defendendo o comunitarismo, Kymlicka não se furta a enfrentar os desafios existem para compatibilizar as ideias comunitaristas e a prática perceptível no meio social. O primeiro problema é a dificuldade de manutenção de vínculos de solidariedade moral e de comunidade política diante de um período marcado pelos direitos individuais. A segunda questão é a promoção de sentimentos de confiança e solidariedade entre os membros de uma coletividade, normalmente em sociedades de massa, em que pouco as pessoas compartilham em comum.

Nas respostas a tais desafios encontram-se os caminhos e as perspectivas à implantação de uma sociedade solidária. Segundo Friedrich (2005), dos laços solidários entre os indivíduos depende a própria manutenção da estrutura social, de forma que, em se tratando a noção de bem comum, uma demanda natural da vida em sociedade, a reaproximação dos vínculos entre os indivíduos torna-se algo inevitável. Em especial, quando a ideia de corpo social depende de tais vínculos.

É a partir da noção de solidariedade social que se caminha para um ideal de justiça comunitária. Sem tais percepções, o indivíduo permanecerá sendo observado, por vezes, como um inimigo da sociedade, o que implica em um processo de segregação, de exclusão e de desrespeito que ao invés de contribuir para a superação de determinados estigmas sociais, apenas os aprofundam (QUADROS, 1995).

Por outro lado, a proposta solidária traz consigo a perspectiva de ressignificação do indivíduo no meio social, de modo a considera-lo na dignidade que é ínsita à sua existência, e a proporcionar auxílio para que funcione, no meio social, de maneira adequada e para que possa executar seus objetivos sociais e pessoais sob sua própria responsabilidade.

A solidariedade, prevista como valor fundamental da ordem jurídica brasileira, no artigo 3º da Constituição Federal, representa valor imanente sobre toda a ordem jurídica positiva e que deve produzir os seus efeitos cooperativos e restaurativos dos membros da coletividade.

A solidariedade expressa-se, dessa forma, como valor inspirador do processo penal brasileiro, a partir da observação de vários direitos e garantias fundamentais previstos de maneira explícita no artigo 5º da Constituição Federal de 1988. Há princípios que exprimem esse valor, em relação à persecução penal.

O artigo 1º, III, da Constituição estabelece como fundamento a dignidade da pessoa humana de modo a ressaltar a finalidade maior das relações político-jurídicas no Brasil, que é a imposição de punição, em caso de demonstração de culpa, mas sem perder o respeito à dignidade da pessoa humana, no instante do processo e da eventual imposição de pena.

A necessidade de respeito às normas sancionadoras decorrem de duas dimensões: a dimensão subjetiva, que é o sentimento de respeitabilidade e autoestima inerentes ao ser humano, que decorre diretamente da noção de solidariedade, e a dimensão objetiva, que é a necessidade de respeito às mínimas condições necessárias para que um membro da comunidade solidária, ainda que esteja sendo processado, tenha todas as possibilidades de defender-se e, em caso de condenação, possa cumprir sua sentença de maneira digna (SICA, 2009).

Deste princípio, que possui nítida influência valorativa de solidariedade, decorrem outros princípios processuais penais explícitos na Constituição Federal de 1988, previstos no artigo 5º, incisos XLVII, XLVIII, XLIX, L¹², a saber: a proibição de penas de morte, de caráter perpétuo, penas cruéis, de banimento ou de trabalhos forçados; cumprimento de pena em estabelecimentos distintos por idade, sexo e por crime praticado; o direito à integridade física e moral do detento, enquanto custodiado ou, ainda o direito à amamentação das detentas.

Tais princípios identificam-se com o primado da solidariedade, porquanto observam o réu como sujeito de direitos. Mesmo condenado pela prática de uma infração penal, tais princípios delimitam a necessidade de respeito mínimo às prerrogativas existenciais do preso,

¹² Art. 5º

XLVII - não haverá penas:

a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;

b) de caráter perpétuo;

c) de trabalhos forçados;

d) de banimento;

e) cruéis;

XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação;

demonstrando-se, expressamente, portanto, a ótica humanizada dada pela Constituição, mesmo a quem compõe o pólo passivo do processo.

Outros princípios a serem citados, como exemplo de expressão solidária no processo penal é o direito à presunção de inocência, à ampla defesa e à plenitude de defesa. O princípio da presunção de inocência diz que o reconhecimento da culpa do acusado apenas poderá se dar a partir de sentença condenatória transitada em julgado, devendo, até o julgamento do último recurso cabível, ser mantido o estado de inocência do réu. A Constituição Federal prevê este princípio em seu artigo 5º, LVII, bem como há a previsão no artigo 8º, item 2, do Pacto de San José da Costa Rica (PORTO, 1993).

Este princípio se subdivide em duas regras probatórias: a regra de julgamento, cabendo ao acusador o *onus probandi* de desconstituir o estado natural de inocência do acusado. Há ainda a regra de tratamento, pela qual a presunção de inocência não deve se apenas considerada um estado processual, mas, também, um estado fático, de modo que não pode ser tratado como um culpado, nem pelas demais partes do processo ou por outrem, antes do esgotamento da presunção de inocência. É nesse sentido a excepcionalidade da concessão de prisões cautelares no direito processual penal brasileiro (AROCA, 1997).

Conforme explica Porto (2003), a ampla defesa deriva da mesma lógica solidária. O artigo LV da Constituição Federal de 1988 prevê que ao réu serão facultados todos os meios de defesa em direito admitidos, para fins de refutar as imputações feitas pela acusação. O fundamento para a propositura da ampla defesa é a noção de que o acusado é parte hipossuficiente diante do Estado-acusador é parte que dispõe de poder de polícia e de estrutura prévia, motivo pelo qual lhes são assegurados todos os meios legais de defesa.

Leal (2004), por sua vez, explica o princípio da ampla defesa em duas dimensões: defesa técnica exercida por defensor que goza de “*jus postulandi*” para atuar processualmente e a autodefesa realizada pelo próprio réu, em especial quando do momento do interrogatório (art. 185/CPP), onde poderá dar sua versão dos fatos e até mesmo indicar provas a serem produzidas.

Também são manifestações evidentes da ampla defesa no Brasil, o fato de a ação de revisão criminal ser cabível apenas à defesa, bem como à possibilidade de o juiz fiscalizar ao

longo de todo o processo a qualidade da defesa exercida, sob pena de nulidade, conforme previsão da súmula 523 do Supremo Tribunal Federal.¹³

O princípio da plenitude de defesa, previsto no artigo 5º, XXXVIII, alínea “a”, da Constituição Federal busca assegurar que haverá, no tribunal do júri o resguardo à ampla defesa do réu, mas que possa contemplar, além de elementos jurídicos, também aspectos éticos, filosóficos, psicológicos, sociais, na construção da argumentação utilizada em plenário (SICA, 2009).

É nesse sentido o próprio Código de Processo Penal prevê a possibilidade de dissolução do Conselho de Sentença, em caso de constatação de ausência de defesa, possibilidade de dilação de prazo para debate oral defensivo, possibilidade de inovação na tréplica, sem prejuízo ao contraditório, havendo, pois, extrema observância ao direito de defesa do réu no plenário do júri.

Ocorre que, em que pese a solidariedade seja um valor que possui extrema relevância para a consolidação do Estado Democrático de Direito, em uma perspectiva teórica, e, no Brasil, haver a inclusão deste valor como objetivo fundamental da Constituição Federal de 1988, o campo social sobre o qual deve-se verificar a prática da solidariedade, através dos princípios constitucionais que exprimem os seus valores, é amplamente desfavorável.

A relação entre indivíduo, sociedade e Estado, em uma perspectiva solidária, pressupõe a compreensão pela coletividade e pelo Estado, no trato com o indivíduo, da existência de direitos e dignidade que são imanentes à pessoa. Essa percepção gera ao Estado e à sociedade a obrigação de atentar-se para as necessidades do indivíduo, de modo que, em caso de precisão de qualquer natureza, possa servir o Estado e o meio em que vive, como auxiliares, não para simplesmente suprir as suas carências, mas, sim para recuperá-lo, cooperando com o seu estabelecimento e para com o cumprimento de suas funções, buscando alcançar o bem comum.

Observe-se que a ideia do Estado solidário e da sociedade solidaria é fazer com que o membro da comunidade impossibilitado de exercer seus papéis, volte a fazê-lo, com o auxílio necessário do meio social, mas sob sua própria autorresponsabilidade. Esta postura, além evitar a sobrecarga do Estado com a necessidade de resolver e atender de maneira continua

¹³ **Súmula 523.** No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.

todas as carências de seus membros, permite a longo prazo, no reconhecimento da dignidade do indivíduo e na sua recuperação, a erradicação segura de disfunções do meio social. O Estado não funcionará como um sobrecarregado paliativo que se obriga a resolver todos os problemas do meio social, mas, sim, auxilia o indivíduo para que resolvam definitivamente seus problemas sobre sua própria tutela.

É da noção dos valores supremos da ordem constitucional brasileira, como dignidade da pessoa humana e solidariedade, que decorrem toda a principiologia que deve orientar a estrutura jurídico-normativa brasileira, em todos os ramos do direito, indistintamente.

Esses valores, especificamente aplicados ao processo penal, justificam a estrutura normativa democrática, fraterna e garantista eleita pelo constituinte para delinear os direitos e garantias fundamentais na persecução penal. Apenas há que se falar em uma estrutura punitiva que respeita o princípio democrático nas relações processuais, a partir da consideração valorativa de vetores axiológicos como a dignidade da pessoa humana e como a solidariedade. Caso contrário não haveria razão de ser no estabelecimento de limites ao poder punitivo do Estado contra o indivíduo.

É reconhecendo essa dignidade ínsita à sua existência, em um plano individual, e reconhecendo o dever de solidariedade dos membros de uma coletividade em relação aos indivíduos, em um plano coletivo, que se propõe constitucionalmente, uma persecução penal democrática, que confira ao acusado direitos e prerrogativas irrenunciáveis que devem ser observadas pelo acusador e julgador, em uma perspectiva democrática e garantista, observando-se o acusado como um sujeito de direitos que deve colaborar com a resolução do conflito, com oportunidade de participação na construção do provimento judicial, e não como um mero objeto de investigação e de punição do Estado.

Em sentido contrário às diretrizes solidárias adotadas, percebe-se que a relação do indivíduo com o meio social em que vive é cada vez menos sólida. O isolacionismo e a falta de identidade do indivíduo com o meio em que vive torna desafiador, do ponto de vista do espaço social, da implementação de uma cultura solidária. Segundo Calhoun (1995, p.73), a crise de identidade do indivíduo com o meio social não apenas importa em isolacionismo, mas também representa um problema que remete à fragilização do conceito de cidadania.

O afastamento e ausência de sensibilidade da coletividade para com os seus membros reflete-se pela intolerância e pela crescente percepção de que ao sujeito com conduta social

errante deve ser taxado como inimigo público, que merece ter seus direitos diminuídos perante o Estado e perante a comunidade, e que deve ser considerado o bode expiatório dos problemas observados no meio social, diferentemente da ideia de auxílio e de dignidade individual assentadas no conceito de sociedade solidária.

Na lógica antissolidária de lidar com o indivíduo, esquece-se de que, em matéria penal e processual penal, pune-se a conduta praticada pelo agente e não o agente em si. Tal conclusão deriva do fato de que, com a imposição de pena privativa de liberdade, regra em direito penal brasileiro, busca-se a restrição do âmbito de ação do sujeito, para evitar que o condenado volte a praticar condutas que afetem bens jurídicos considerados relevantes pelo legislador.

O sistema punitivo pátrio não pune a existência do ser do agente, tanto que não admite a pena de morte, de caráter cruel, de trabalhos forçados, de banimento e nem de caráter perpétuo, mas tão somente retira do indivíduo que praticou conduta vedada, o âmbito de ação, de maneira temporária, como forma de punir e de prevenir a ocorrência de outras condutas desviadas.

Ao contrário, o sistema normativo carcerário incentiva a noção de solidariedade e de auxílio ao detento ao prever mecanismos de ressocialização, como por exemplo, a possibilidade de acesso a atividades de trabalho, estudo e leitura no cárcere, bem como à possibilidade de progressão de regime ao longo de seu cumprimento. Tais medidas, entretanto, não são fomentadas adequadamente por mostrarem-se antipáticas à sanha punitiva do corpo social, contra os que já foram eleitos como seus inimigos.

Em que pese a estrutura principiológica e valorativa do processo penal brasileiro ser claramente aproximada de uma proposta solidária, o que se percebe da prática social, forense e carcerária é uma realidade aversa a esses valores. Assim, o acusado ao longo da investigação é tratado pela mídia, pela comunidade e, por vezes, até mesmo pelos próprios operadores do direito (investigadores, acusadores e julgadores) como inimigo público, indigno de direitos e imprestável para o convívio em sociedade.

Desse modo suas garantias ao longo do processo são tolhidas e, no cumprimento de pena, não se busca recuperar o indivíduo, mas, sim, de rotulá-lo como irrecuperável, estimulando, inclusive, que ele próprio desenvolva uma autopercepção pejorativa de si próprio, e ao sair do cárcere torne ao cometimento de condutas incompatíveis com o bem estar comum.

Essa problemática é percebida através da conjunção de algumas variáveis, como a verificação na atualidade da chamada “sociedade de risco”, as posturas midiáticas sensacionalistas que lançam o indivíduo, ainda acusado, contra a opinião pública, gerando o sentimento de ódio irrestrito, e, por fim, as práticas dos próprios agentes processuais que fomentam a antecipação de culpa e o desequilíbrio das relações processuais.

2.3 A Crise do Processo Penal Moderno e a Sociedade de Risco: violações práticas à ideia de solidariedade e isonomia no processo penal

Em que pese haja o amoldamento normativo do Processo Penal brasileiro aos valores previstos na Constituição Federal de 1988, e, portanto, às tendências do Estado Democrático de Direito, importa ressaltar a percepção prática da persecução penal e como ela é observada pelo meio social e o seu exercício pelos operadores do direito, a fim de verificar se a práxis forense possui identificação com a noção teórica e principiológica que a orienta.

Apesar de as noções de dignidade da pessoa humana e de solidariedade serem consideradas como valores supremos da ordem constitucional brasileira, sendo previstos, respectivamente como fundamento e objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, e, nesse sentido, constituindo-se vetores orientadores de regras e princípios de todos os ramos do direito brasileiro, dentre os quais inclui-se o processo penal, a práxis persecutória demonstra-se dissonante destes valores.

A lógica solidária que deve margear as relações sociais, a partir do reconhecimento da dignidade pertencente a cada um de seus membros e que deveria orientar todo o sistema processual penal brasileiro, encontra obstáculo de consolidação a partir da observação do comportamento social diante do crime, enquanto fenômeno do comportamento humano. A intolerância substitui a vinculação entre os membros da comunidade tornando distorcida a prática processual que, em tese, deveria orbitar em torno do zelo à dignidade da pessoa humana e da solidariedade.

Encarando a realidade brasileira, em que se percebe um crescente índice de violência urbana, relacionada aos problemas de ordem social, pela inação do Estado no cumprimento de seus papéis constitucionais, bem como à falência da finalidade preventiva específica positiva da pena, qual seja a recuperação e ressocialização do condenado, de modo a evitar a reincidência, percebe-se que a opinião social que se forma acerca do sistema criminal punitivo

positivado, bem como sobre as noções em perspectivas da persecução penal, observa-se a crise do processo penal à luz dos valores constitucionais e do Estado Democrático de Direito.

A sanha punitiva da sociedade que, muitas vezes, transfere-se ao exercício da prática processual, põe em questão situações de fundamentos e princípios que são irrenunciáveis e que acabam por deturpar a real essência teleológica da persecução criminal em um Estado Democrático de Direito.

Ulrich Beck (1992) tecendo uma análise da história da sociedade humana, busca explicar ao longo desta evolução, como o conceito de risco, nas suas várias acepções, esteve, em semânticas diferentes, presente. O sociólogo alemão parte da premissa de que desde os primórdios das civilizações humanas, o risco sempre esteve presente, ainda que de maneiras expressas diversamente. Inicialmente, quando do surgimento da raça humana, os riscos restringiam-se ao seu caráter individual, uma vez que os grupamentos humanos ainda eram difusos, e portanto, não havia a concepção de riscos coletivos (ADAM, 2000).

Todavia, com a evolução dos processos de relação humana, que culminaram com as primeiras civilizações, tem-se a coletivização dos riscos, como cita Beck (1992), tais como a ausência de saneamento básico e de higienização coletiva, o que importou no surgimento dos primeiros riscos difusos, como o surgimento das primeiras epidemias.

Ao falar propriamente do período moderno, o autor destaca a análise do conceito de risco em duas etapas: a primeira, uma modernidade industrializada, surgida como consequência da Revolução Industrial, característica do século XVIII, que trouxe consigo, riscos ínsitos que o processo de organização da produção trouxe à humanidade, como as contaminações por resíduos das linhas em massa de produção e outros poluentes decorrentes desse sistema produtivo (FRANKLIN, 1999).

A segunda etapa da modernidade para Beck (1992) é a vivida a partir do fim do século XX, chamada de modernidade reflexiva, a partir da percepção de um novo tipo de capitalismo, voltado aos recursos tecnológicos e ao consumismo em massa, que geraram repercussões e ampliação no conceito de risco, como jamais havia sido percebido desde então ao longo da evolução humana.

Segundo Adam (2000), avanços tecnológicos da humanidade nos últimos tempos geram, conseqüentemente riscos extremos nesse período, como catástrofes nucleares e

ambientais, como a interligação em todos os sentidos, negativos e positivos do mercado financeiro, como o aumento dos abismos sociais e como a escalada a passos largos, do crime organizado.

Segundo Beck (1992), os riscos envolvendo a sociedade na modernidade reflexiva são divididos em três grupos: a destruição ecológica, que é consequência do próprio desenvolvimento tecnológico, típico desta fase da modernidade, como efeito estufa, o buraco na camada de ozônio, dentre outros; o segundo grupo, relativo às armas de destruição de massa, produtivo do avanço da indústria bélica, e, por fim, o terceiro grupo, é o referente aos riscos oriundos da desigualdade social, também típica deste sistema, que se demonstra em problemas vinculados à alimentação, habitação e também ao fenômeno da violência urbana.

Franklin (1999), comentando a teoria de Ulrich Beck, ressalta que a interligação dos meios de comunicação e a utilização, por vezes, sensacionalista dos instrumentos de mídia, é um dos fatores relevantes à construção da paranoia social que torna intensa e explícita a noção de sociedade do risco. Quando um fato criminoso ocorre em qualquer parte do mundo, torna-se notícia rapidamente.

Quando essas notícias são repassadas de maneira açodada e descompromissada, muitas vezes com viés sensacionalista, gera-se uma sensação de insegurança e de violação costumeira do Direito Penal, o que implica no despertar de uma tensão social ante a demonstração da falta de segurança e a sensação de ineficiência do sistema punitivo brasileiro, que ao dispor, por exemplo, de institutos descarcerizadores da pena, geram na sociedade uma falsa sensação de que o sistema punitivo não foi aplicado.

Dentro desse contexto, de massificação do medo, a sociedade passa a demandar da estrutura normativa punitiva prevista no direito brasileiro que garanta a segurança social e a paz dos membros da comunidade, ainda que para isso, tenha que se valer de meios punitivos mais rigorosos e que tratem, para além de qualquer direito ou garantia fundamental, dos considerados “inimigos” da sociedade.

Assim, exige-se a resolução dos problemas que envolvem um fenômeno social que é a criminalidade por meio da edição de normas penais, criminalizando novas condutas e aumentando-se penas em larga escala, sob a falsa impressão de que isso é um elemento inibidor da prática de condutas delitivas.

Conforme assevera Moraes (2011, p. 178), a expectativa da sociedade de risco em relação ao direito penal e à persecução penal é a flexibilidade das regras de imputação, a proteção penal de um número de bens jurídicos cada vez maior (esquecendo-se do caráter de mínima intervenção das ciências jurídico-penais), a tendência a eliminação ou à restrição dos aspectos fundamentais do direito penal, dentre outras, que refletem a ansiedade de uma sociedade marcada pelo medo e pela insegurança e que de uma forma temerária urge por soluções que, ao seu ver, passam pela hipertrofia da legislação penal e um reducionismo dos procedimentos defensivos previstos em lei.

Adam (2000) observa, por sua vez, que a nova feição que a sociedade do risco dá às novas bases epistemológicas do direito penal. Entende que o expansionismo do direito penal é uma consequência, quase que natural do contexto da evolução da sociedade do risco.

Essa nova concepção de direito penal decorre, segundo o autor, da mudança de paradigmas até então admitidos, para adaptar-se à nova realidade fenomênica e às novas facetas da criminalidade, estando alinhada mais alinhada com a concepção funcionalista de direito penal assim como propõe Jakobs, com a proposta de “Direito Penal do inimigo”. É uma realidade que deve ser admitida pelos orientadores das ciências jurídico-criminais e que deve ser tomada como parâmetro para a reconstrução do ordenamento jurídico-punitivo. Segundo os defensores da nova perspectiva de direito penal, o grande desafio é o equilíbrio entre as novas demandas do sistema punitivo e a manutenção das conquistas do garantismo penal.

Em que pese compreenda o contraponto apresentado e da necessidade de remodelação e modernização do sistema persecutório criminal, dadas as densificações de relações sociais, não se pode olvidar o risco que a aceitação de uma proposta expansionista do direito penal e processual penal apresenta, em especial, diante das consequências que dele podem advir, e a complexidade de reter, no limite do necessário, a hipertrofia da normatividade penal e a redução dos primados do garantismo.

Alguns sintomas dessa crise mencionada, como a noção de processo penal de emergência (ou processo penal do inimigo); os problemas referentes à execução penal, tais como a ausência de estrutura e interesse político de exercer a finalidade ressocializadora da pena; a influência midiática no desenrolar do processo penal e, por fim, o desenvolvimento da percepção prática de presunção de culpabilidade ao longo do processo penal, demonstram, exemplificativamente, aspectos que fazem perceber a distância entre o processo penal

constitucionalizado, com seus valores, e o processo penal prático eivado de concepções que destoam por completo dos reais fundamentos da persecução criminal.

Nesse contexto de “sociedade de risco” e diante das posturas adotadas pela sociedade, pela mídia e pelos operadores do direito quanto à persecução penal no Brasil, encontra-se sob ameaça o sistema processual penal em termos de normas adotadas e de seus valores, que conforme anteriormente abordados, tratam-se da solidariedade e da isonomia.

2.3.1 Processo Penal de Emergência (“Processo Penal do Inimigo”)

Importa, inicialmente, traçar um conceito de direito penal do inimigo, criado por Gunther Jakobs, a fim de que se entenda a sua extensão para o direito processual penal, e, por consequência compreenda-se a razão de esta tendência ser considerada sintoma da crise do processo penal moderno.

Jakobs (2003) fez pela primeira vez, a distinção entre o direito penal aplicável ao cidadão, e um direito penal aplicável ao inimigo. Na primeira noção, o autor defende que devem ser protegidas as garantias individuais e o direito à liberdade, já em relação ao segundo, defende que deve ser priorizada a proteção aos bens jurídicos coletivos, in casu, a segurança pública, em vez de haver proteção dos direitos de liberdades do “inimigo”.

Em relação a estas figuras indesejáveis, denominados “inimigos”, as limitações no poder de punir do Estado são relativizadas, para que a punição lhes fosse imposta de maneira mais eficiente. Jakobs (2003) assevera serem possíveis situações em que as normas imprescindíveis para um Estado de liberdades perdem seu poder de vigência e se espera o exercício da repressão, de modo que o direito penal do inimigo só se pode legitimar como um direito penal de emergência, cabível excepcionalmente.

O autor defende, que, em relação aos “inimigos” deve haver excepcionalmente a possibilidade de imposição de um direito penal de emergência, que não deva, necessariamente limitar-se às noções absolutas de respeito às liberdades individuais do acusado.

A noção de “inimigo” é antiga no direito criminal alemão. Desde Edmund Mezger (1926), no período de domínio político do partido nacional-socialista, tem-se a noção da criação de dois sistemas jurídico-penais, um para o povo alemão, em geral, e outro para as minorias, consideradas sub raças, como os delinquentes em tendências, ou ainda as minorias discriminadas: os inimigos da sociedade. A estes, sem mesmo os meios de defesa inerentes ao

direito penal geral, não apenas poderiam ser impostas penas, como também se permitia a imposição de penas desumanas, como o banimento aos campos de concentração ou à morte.

Também é necessário mencionar o trabalho de Carl Schmitt (2006) que denunciava, também à época do nazismo, o inimigo, como o estrangeiro, o adversário. Segundo Schmitt (2006), deveria haver um sistema penal distinto para os considerados “amigos da coletividade” e os “inimigos da coletividade”. Carl Schmitt (2006) baseava a necessidade de diferenciação do direito penal do inimigo, ainda com inspiração na doutrina de Franz Von Liszt, dividindo os condenados em “corrigíveis” e “incorrigíveis”, Von Liszt. A distinção acabou inspirando Schmitt em sua teoria, uma vez que Von Liszt (1905) entendia que dentre aqueles que recebiam a punição estatal haviam os que eram recuperáveis, e que após o método correccional, voltam a viver de maneira digna.

Todavia, Von Liszt (1905), entendia que havia um grupo de pessoas irrecuperáveis, sendo neles compreendidos as pessoas que tinham vidas errantes, tais como alcoólatras, mendigos, prostituídos contumazes, dentre outros, que não possuíam perspectiva para mudar seus hábitos, mesmo após a imposição da sanção estatal. Para estes, Von Liszt (1905) defendia prisão perpétua ou ainda a própria pena de morte, como meio de isolamento destes inimigos da sociedade do convívio com os demais.

Schmitt (2006), entretanto, agregou as percepções de Von Liszt (1905) e, principalmente de Mezger (1926), para fins de eleger como inimigos da sociedade os judeus, gerando o intenso movimento de antissemitismo, que redundou com o assassinato em massa dos judeus, ao longo da Segunda Guerra Mundial.

Feita a referida digressão, percebe-se, pois, que a noção de direito penal do inimigo, em Jakobs (2003), não é uma novidade, em especial, ao analisar-se o histórico da teorização da ciência penal desde Liszt (1905), Mezger (1926) e Schmitt (2006).

Todavia, Jakobs insiste, em sua própria teoria, em distanciar-se das concepções de Schmitt (2006), muito pelo rótulo de que suas teses estavam vinculadas ao partido nacional-socialista alemão. Segundo o teorizador do “Direito Penal do Inimigo”, Schmitt ao se referir à noção de inimigo, queria, em verdade fazer menção a um inimigo adversário existencial, diferentemente de Jakobs (2003) que se refere à figura do inimigo, como um criminoso permanentemente nocivo ao meio social, independentemente de qualquer cunho político ou ideológico dado a essa noção.

Segundo Malan (2006, p. 3), o que caracteriza o direito penal do inimigo, são três características básicas: a primeira delas, é o adiantamento do âmbito de incidência de punibilidade, que passa da proposta tradicional da punição de fatos retrospectivos, para fatos prospectivos, aceitando-se assim, a punição de um fato ainda não ocorrido, mas na iminência de ocorrer.

A segunda característica é a possibilidade de aplicar penas em caráter desproporcional, ao inimigo, uma vez que não há a noção de abatimento de sanção pela prática de fato prospectivo, sendo punido da mesma maneira que pela prática de um fato retrospectivo.

Por fim, há ainda como característica dessa teoria, o abrandamento ou a supressão das garantias processuais que atendem ao acusado, não importando se serão conferidos todos os meios processuais inerentes a sua esfera de direitos individuais, e sem qualquer prejuízo para a validade da sanção aplicada.

Ainda cabe salientar que, na concepção de direito penal do inimigo, a técnica de tipicidade penal se faz, através do uso de expressões vocabulares abertas, o que sugere uma proposital abertura dos tipos penais, com a ideia de incluir em variadas situações, as imputações penais, contra o “inimigo”.

Não se questiona, pois, que a ideia do direito penal do inimigo, é incentivar a criação de um sistema punitivo estatal que seja parcial, no sentido de impor punição, sem a observação das garantias individuais do “inimigo”, por estar claramente compromissado com a tutela da segurança pública e em segregar o violador contumaz da lei.

Faria Júnior (2010, p. 23) alerta que a noção de direito penal do inimigo também ganha apoio com a teoria da “não pessoa” de Silva Sánchez. Segundo este doutrinador espanhol, a “não pessoa” seria inicialmente o inimputável, aquele de que não se pode exigir obrigações jurídicas, por sua impossibilidade de expressar intelectividade ou volitividade, em suas condutas. Estendendo-se, entretanto, ao imputável perigoso, que seria também “não pessoa” de direito, para fins de asseguramento de garantias político-criminais materiais e processuais.

Nessa concepção diferenciadora da imposição das punições, Silva Sánchez (2002) propôs a graduação da vigência das regras de imputação e dos princípios de garantia no próprio seio do Direito Penal. Essa distinção criaria um duplo patamar de aplicação de regras e de assegurar os direitos e garantias individuais ao acusado. Haveria um primeiro nível mais

rígido, utilizado para a persecução e punição de infrações penais mais graves e com pena privativa de liberdade, e outro, mais flexível para as demais infrações.

Por fim, haveria um terceiro nível em que seria legítimo considerar a relativização dos procedimentos e das garantias individuais inerentes ao processo penal, nos casos em que critérios como a necessidade e a eficiência punitiva o justifiquem. É nesse ponto em que a chamada “teoria das velocidades” de José María Silva Sánchez (2002) torna-se confluyente à teoria do “direito penal do inimigo” de Gunther Jakobs (2003).

Importa ressaltar a visão de Malan (2010, p. 4) para quem é inquestionável que a mesma dualidade entre direito do cidadão e direito do inimigo, afeta de maneira natural a ciência processual penal.

Na relação processual penal, se em um sistema acusatório, o réu é um sujeito de direitos irrenunciáveis, com previsão expressa na Constituição Federal, também é submetido a uma série de procedimentos coativos à sua liberdade, a exemplo da prisão preventiva, como cita Malan (2010, p. 5), que simboliza, em verdade, a necessidade de segregação de um sujeito perigoso ao convívio social, (não possuidor de garantias individuais), e que pode colocar em risco a condução do processo.

Assim, o processo penal do inimigo caracteriza-se, não pela presença de um juiz isento e imune às tendências absolutamente punitivas da sociedade, mas, sim, baseada em uma técnica de inquisição que tem por base o binômio, “amigo e inimigo”, a que se refere Ferrajoli (2008, p. 46).

O processo penal do inimigo tem práticas clássicas que marcam suas características, como por exemplo, o excessivo número de prisões cautelares, muitas vezes sem a presença de requisitos legais que a autorizem; a mecanização do sentenciamento, que por muitas vezes despreza o exercício material da ampla defesa no curso do processo; os mecanismos de delação premiada utilizados, em especial, no contexto das operações de combate à criminalidade organizada no poder público, bem como a execução da pena imposta pelo Estado, sem qualquer preocupação, com o obediência das regras previstas na Lei nº 7.210/84, Lei de Execuções Penais, e na Constituição Federal de 1988, em especial, no que tange ao zelo pela integridade física e moral do detento.

Percebe-se o crescimento de medidas que enrijecem o sistema processual penal e o apoio recebido a tais medidas pelo meio social e por parte dos aplicadores de direito, uma vez

que se entende, de maneira rasa, que a prática do direito processual penal do inimigo, levaria a resultados eficientes no combate à criminalidade (MELIÀ, 2005).

A desconfiança da coletividade no constitucionalismo democrático e garantista tem, como consequência, o movimento de repulsa à observância do procedimento legal, com o respeito a todos os direitos inerentes ao acusado e estimula, por outro lado, a crença de que a finalidade do sistema (punição) torna-se mais importante que os próprios fundamentos que justificam a sua existência (ZAFFARONI, 2007).

Nesse contexto, Zaffaroni (2007) ressalta que surge margem para o surgimento do populismo penal, muito em razão da utilização do sistema de normas e princípios criminais, em favor de uma instrumentalidade política e midiática da violência urbana, que de maneira hipócrita, veicula às grandes massas da audiência de que a solução final para o combate a criminalidade é a criminalização do maior número de condutas possíveis, atribuindo-lhes penas extremamente rigorosas, antecipando o juízo de culpa, abreviando os procedimentos de defesa que lhe são de direito, e, por fim, defendendo que a segregação urgente dos “incuráveis” é a melhor das soluções para a resolução da criminalidade social.

A noção de processo penal do inimigo, disseminada como está, representa, não apenas a crise no sistema constitucional-democrático do processo penal, como também demonstra que a coletividade se contenta com a miragem do punitivismo, sem compreender que a resolução do crime como um fato social, demanda muito mais ações diversas, do que as que são vendidas como prontas para resolver definitivamente a problemática.

A crescente utilização do processo penal, de maneira meramente simbólica, com a finalidade de impor penas, cada vez mais severas, dissemina, conforme já mencionado, a ideia de que a hipertrofia legislativa é a solução principal para os problemas enfrentados com o crescimento da violência urbana no Brasil.

Essa noção de “direito penal simbólico” e no presente caso, processo penal simbólico, derivam da crítica realizada por Cancio Melià (2005) à proposta de Direito Penal do Inimigo elaborada por Jakobs.

Segundo o crítico, as medidas repressivas que são características do direito penal do inimigo, não podem ser consideradas parte integrante da noção de sistema punitivo criminal prevista nos Estados Democráticos de Direito. Em verdade, a inversão de valores havidas, à

luz do que se espera de um Estado constitucional, caracteriza um procedimento afeito aos Estados de exceção e de cunho autoritário.

Para Cancio Melià (2005), o direito penal do inimigo representa a confluência do punitivismo gratuito, oriundo do revoltado seio social e do direito penal simbólico, ambos, como menciona Malan (2006, p. 3), são fenômenos típicos da expansão do Direito Penal nas sociedades pós-industriais. O punitivismo, como cultura de introdução de novas figuras típicas e do agravamento da pena com a finalidade de satisfação do meio social, e o Direito Penal Simbólico, como expressão de atividade legislativo-penal meramente paliativa, de modo a lembrar à inconformada sociedade, que se movimentando para a elaboração de novas leis penais, o legislador está decidido e atento ao seu mister.

Em verdade, diante de toda a caracterização traçada, é certo que não se deve considerar a teoria do Direito Penal do inimigo um elemento típico dos ordenamentos jurídicos penais da modernidade. Em que pese o próprio Cancio Melià observá-lo como fruto de fenômenos observados nas sociedades pós-industriais, impõe ressaltar que não se pode aceita-lo como parte do sistema legal.

A colisão frontal com os valores propostos no processo penal constitucionalizado à luz do Estado Democrático de Direito o faz necessariamente incompatível com a ordem normativa máxima, além disso, é de se ressaltar que a política criminal apregoada pelos defensores do Direito Penal do Inimigo não projetam, cientificamente, nenhuma perspectiva de redução da criminalidade, ou ainda, da possibilidade de reajustamento do status pacífico do meio social, não se mostrando, pois, meio científico útil para o alcance da finalidade última das ciências jurídico-criminais, qual seja o alcance da paz social.

Pelo contrário. Ao eleger a figura de um inimigo, e, na prática processual penal brasileira, tendo este “inimigo” o perfil médio de pessoa pobre, sem escolaridade e pertencente à raça parda ou negra, o conceito de Direito Penal do inimigo muito mais contribui para que haja um constante *apartheid* social, o que não apenas não pacifica o meio social, mas, sim, torna ainda mais tensas as suas problemáticas relações.

Por fim, refuta-se, ainda, a aceitação desse direito penal emergencial, uma vez que afronta os preceitos básicos da ciência criminal, tendo como parâmetro de criminalização uma pessoa, ou perfil de pessoa, ao invés da criminalização de condutas humanas. Esse mesmo plano de refutação ao direito penal do inimigo transfere-se ao processo penal do inimigo, que

conforme a já mencionada doutrina de Ferrajoli (2008, p. 271), o conceitua como procedimento decisionista e inquisitório fundado sob princípio estritamente político do amigo e do inimigo.

Essa teoria defendida pelo processo penal do inimigo, em que pese ser cada vez mais perceptível nas ideias lançadas no seio social, bem como com representação significativa na práxis forense, denota a ocorrência de um sério desequilíbrio do sistema persecutório constitucional e um considerável distanciamento do processo penal de suas finalidades precípuas.

Ao longo do histórico legislativo brasileiro, percebem-se várias previsões normativas que denotam, inequivocamente, a prática do processo penal do inimigo, no Brasil, sem que haja o necessário respeito às garantias individuais do preso, em nome de uma punição e um procedimento de emergência.

A Lei nº 8.072/90, que previu o processamento rigoroso de crimes eleitos como hediondos, por exemplo, previa em seu artigo 2º, que o autor de tais crimes estaria proibido de receber concessão de liberdade provisória e de progressão de regime de cumprimento da pena, de maneira geral e irrestrita. Ressalte-se que a aprovação desta lei, no congresso nacional, este fortemente vinculada à morte da atriz Daniela Perez, que causou forte comoção social.

Entretanto, em que pese o caráter cruel do crime em questão, o rigor geral e irrestrito adotado, nítida demonstração do punitivismo vazio do processo penal do inimigo, afronta diretamente princípios e valores constitucionais irrenunciáveis, motivo pelo qual o Supremo Tribunal Federal decidiu pela inconstitucionalidade deste dispositivo, quando do julgamento do *Habeas Corpus* nº 82959.

Na Lei nº 9.613/98, que regulamenta o crime de lavagem, ocultação de bens, dinheiro ou valores, prevê, por exemplo, a necessidade de os réus demonstrarem a licitude da origem dos valores destinados ao pagamento de honorários advocatícios, subvertendo-se, em nome do punitivismo, o *status naturalis* de presunção de inocência previsto por norma constitucional (VILARDI, 2004).

A Lei nº 7.492/86, que regulamenta os crimes praticados contra o Sistema Financeiro Nacional, por exemplo, instituiu uma causa de prisão cautelar, que é excepcional por natureza, para além daquelas previstas no Código de Processo Penal, qual seja a amplitude da lesão

praticada pelo crime, o que afronta a excepcionalidade da restrição de liberdade que seja anterior ao trânsito em julgado de sentença condenatória.

A Lei nº 10.792/2003, que instituiu o polêmico regime disciplinar diferenciado, é outro exemplo de expressão normativa do processo penal do inimigo no direito brasileiro. Segundo a previsão dos artigos 52 a 54, haverá o recolhimento em cela individual por até trezentos e sessenta dias por aqueles que praticarem infrações disciplinares, tipicadas como crimes dolosos e que causem distúrbio à ordem interna; aos que apresentarem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade; ou ainda contra aqueles que pesem indícios de compor organizações criminosas (BUSATTO, 2004).

As referidas previsões, novamente atendem a um anseio emergencial punitivo, todavia, violam não apenas a finalidade precípua da pena, qual seja, o seu caráter reintegrador, como também viola o princípio da jurisdicionalidade da execução penal, uma vez que as previsões de cabimento de regime disciplinar diferenciado dependem de maneira evidente do agente administrativo do sistema carcerário o que traz problemática clara em relação ao princípio do juiz natural, previsto expressamente pela Constituição.

Ainda resta lembrar a recente edição da Lei nº 12.654/2012, que acrescentou à Lei de Execuções Penais, o artigo 9-A, para fins de admitir a submissão compulsória do detento à identificação do perfil genético, por meio de recolhimento de DNA do condenado por crime doloso, com violência ou grave ameaça, ou por crimes hediondos (SCHIOCCHET, 2012).

A previsão desta lei afronta o princípio da não autoincriminação, derivado do brocardo latino *nemo tenetur se detegere* (ninguém precisa produzir provas contra si mesmo), bem como representa mitigação ao devido processo legal e à presunção de inocência ao admitir que este detento tende a reincidir, sem que haja a possibilidade de punição de fatos prospectivamente, mas, apenas, retrospectivamente.

A visualização do réu como indivíduo à margem das relações entre sujeitos de direito, implica em uma conclusão errônea e assoberbada dos seguimentos sociais, alarmados pela escalada social da violência: não há violação de direitos em suprimir os direitos dos acusados, porquanto representam inimigos da ordem pública. Essa lógica deturpada, massificada pela mídia, aceita pela sociedade e que, por fim, acaba por contaminar a atuação de sujeitos processuais que, em tese, deveriam exercer suas funções desprendidos de qualquer juízo antecipatório.

Essa maneira de observar o indivíduo, típica da contemporaneidade, decorre da visão funcionalista de pessoa. O ser humano, de acordo com esta concepção, é um mero elemento funcional no corpo social, sem direitos inerentes à sua existência, mas, sim, inerentes ao seu agir. Agindo bem, ele é valorizado. Agindo mal, é desprezado e não há mal algum retirar direitos a quem faz mal ao corpo social. Essa função funcional do indivíduo é percebida em Luhmann (1998) e em Jakobs (2003).

A constatação de tais comportamentos alertam os estudiosos da persecução criminal para a necessidade de reestruturar a prática persecutória, para alinhá-la às finalidades originais do processo penal, bem como sua base valorativa, que se expressa através de princípios previstos de maneira explícita e implícita no texto da Constituição Federal de 1988.

A afirmação de uma persecução penal não identificada com os valores de garantia e de proteção às prerrogativas do acusado e, eventualmente do condenado, e que não vislumbre os direitos que lhes são ínsitos à existência humana, direcionam o processo penal brasileiro para um caminho perigoso de restrição de liberdades individuais em nome da suposta tutela da segurança pública.

Na verdade, esse processo penal reducionista e vingativo busca saciar de maneira inócua o anseio punitivo desenfreado existente no seio da comunidade, diante do cada vez mais crescente isolacionismo de seus membros e da ausência de tolerância e de vínculos de solidariedade entre eles.

Essa sanha punitivista ilude os seus adeptos, porquanto ao estimularem a impressão de que com a redução de direitos do indivíduo, estar-se-ia aumentando o índice de punição e, com isso resolvendo o problema da criminalidade, esquece-se de que essa tendência reducionista de direitos estar a depor de maneira genérica e abstrata contra a própria sociedade civil, na medida em que adentra-se por um caminho de cessão de direitos aos órgãos estatais em detrimento das prerrogativas individuais, que, além de ser um caminho que pode não admitir desfazimento, pode servir de incentivo para a instauração de um Estado policialesco e intervencionista.

A ideia de tornar o réu um inimigo da coletividade choca-se frontalmente com a proposta de reconhecimento da dignidade da pessoa humana do acusado, e, principalmente com o objetivo de reinserção proposto pela solidariedade. Enquanto este valor busca incentivar a integração de um indivíduo desgarrado em sua funcionalidade correta, visando o

bem comum e reconhecendo a dignidade ínsita ao sujeito, a perspectiva do processo penal do inimigo é afastá-lo da sociedade, inclusive abreviando-lhe direitos se necessário.

2.3.2 Influência da Mídia no Processo Penal

É inquestionável o poder de influência da mídia na modernidade. Em especial, em se tratando de uma sociedade cujos meios de comunicação representam uma das facetas mais impressionantes da evolução tecnológica.

Esse poder de influência é percebido ainda com mais força, na medida em que a densificação das relações sociais e a aceleração dos meios de comunicação implicam no consumo, cada vez em mais larga escala e em menor espaço de tempo, de maior volume de informação. É nesse contexto, que a massa social busca a informação de maneira mais concisa e objetiva possível e busca, preferencialmente, a notícia que lhe agrada ter ciência. Nisso, inicia-se o risco da inserção de informações no mundo dos meios tecnológicos, através de atividade jornalística não comprometida com a informação, mas, sim, com o sensacionalismo.

Vieira (2003) ressalta que a mídia fornecendo de maneira despreocupada com as consequências da informação, mas, sim unicamente com o seu propósito de retroalimentação de consumo, acaba por fornecer notícias de maneira instantânea e imediata, sendo absorvida pelo expectador que sequer tem tempo para criticar tais informações. Assim, há o surgimento de opiniões em massa acerca de determinadas questões (nesse caso, questões processuais) que são estereotipadas, pela maneira simplista de vender a informação pela mídia sensacionalista.

Menuci (2016) também assevera que, para a construção dessa influência midiática sobre o corpo social, a reiteração das notícias toma importante papel. A repetição de uma notícia, que apresenta um determinado viés, por vários meios de comunicação, acabam por direcionar ao consumidor da notícia a sensação da absoluta veracidade do que tem sido dito.

A produção de informação em larga escala, a rápida absorção acrítica pelo expectador e a reiterada massificação de um ponto de vista nos vários meios de comunicação existentes, contribuem para a formação de consensos sociais. Estes consensos acriticos tornam-se ainda mais perigosos, quando há a apropriação da mídia de matérias que envolvem o direito penal e o processo penal, na medida em que, comprovadamente, atraem a opinião popular, seja pela identificação que o público tem com os problemas envolvendo a violência social, seja pela curiosidade ínsita gerada por casos que envolvem transgressão de condutas sociais.

A importância da mídia na divulgação de informações referentes ao cometimento de crimes, bem como às movimentações do poder judiciário para punir tais crimes é relevante para alertar à população sobre determinados perigos a que possam estar submetidos e com o fito de prestar serviço de utilidade coletiva ao informar sobre o status punitivo de crimes que possuem o caráter de ação pública (MENDONÇA, 2002).

Ocorre que, em que pese o exercício do jornalismo imparcial e informativo ser inquestionavelmente relevante, inclusive como forma de consolidação da garantia constitucional à liberdade de expressão, é perceptível o surgimento de segmento da imprensa que se ocupa do chamado “jornalismo policial”, em que alguns de seus integrantes, utilizam o poder informador e influenciador da mídia, além de sua finalidade informativa, mas para a prática sensacionalista de veiculação de notícias que tem por objetivo o uso da prática criminal como meio para espetacularizar notícias e atrair a atenção do público, ainda que, para isso, tenha que expor de maneira lesiva a intimidade da vítima, do réu e do procedimento penal (FERRAZ JÚNIOR, 1992).

O “sensacionalismo midiático”, por outro lado, representa a deturpação do direito à liberdade de notícia, exercido pela imprensa, e incorre, com a finalidade irracional do lucro e de popularização a qualquer custo, na violação de outras garantias fundamentais do próprio procedimento, que, conforme anteriormente mencionado, prescinde de imparcialidade, isenção e de análise técnica de todos os elementos produzidos nos autos e que podem contribuir para a formação do livre convencimento motivado do magistrado, a fim de que se alcance a verdade real.

Esse sensacionalismo midiático, para Ferraz Júnior (1992), que influi negativamente no bom desenvolvimento do marcha processual, dentro de uma concepção constitucionalizada no Estado Democrático de Direito, é fomentado quando parcela dos integrantes da imprensa, em especial, do segmento policial, ao terem notícias preliminares e extraoficiais dos fatos, passam a levantar suposições e probabilidades que sequer possuem qualquer identificação com os elementos de informação colhidos nos autos.

Pior ainda, sentem autonomia suficiente para abordar e tecer críticas aos procedimentos adotados por sujeitos processuais que atuam no caso, gerando muitas vezes impressões equivocadas na massa de audiência, implicando, por vezes, distúrbios na possibilidade do exercício de um trabalho isento pelas autoridades envolvidas na apuração dos fatos.

Vieira (2003, p. 53) ressalta que a influência da mídia sobre o público ocorre pela construção de um modelo de informações que torna difusos o real do imaginário. A interação com a notícia, proposta pela imprensa, não faz com que o espectador seja um mero interprete do fato veiculado, mas, sim, uma parte integrante da notícia.

Esta integração do público com a notícia torna-se negativa na medida em que tornando-se sentimental este envolvimento, o espectador não é mais capaz de distinguir o real do que é sensacionalismo plantado pela mídia, para fazer render a sua intenção lucrativa e de entretenimento.

O papel do jornalista na construção de um noticiário crítico, que contribua com o dever de informação à comunidade, no que tange às questões de violência e de justiça penal, não pode ser confundido com a prática do sensacionalismo sem responsabilidade e que dificulta, por vezes, a busca da verdade real e o exercício de trabalho processual isento, por parte dos sujeitos processuais.

Como explica Ferrari (2010), a maneira como o jornalista exerce sua profissão é fundamental na construção do sensacionalismo, uma vez que através de técnicas próprias da escrita e da interlocução, cria impacto na notícia, com o objetivo de atingir o público espectador e a leva-lo a se interessar pelo que está sendo veiculado acerca de um determinado fato, bem como ao que será noticiado a cerca do desenrolar das investigações do caso.

É técnica típica do jornalismo sensacionalista, em matéria criminal, a valorização da violência urbana, como elemento de sensibilização do público, e o aumento do interesse popular pela justiça penal, e pelo crime praticado, através do uso de linguagem coloquial, e não técnica, que permita ao público alvo, o acesso às informações da investigação, do processo e da execução da pena.

Ademais os meios de comunicação que apelam para este tipo de abordagem, enaltecem o fato além do que se necessita com forte conotação emotiva, invadindo a intimidade das pessoas envolvidas no crime, e sendo capaz de modelar atipicamente personagens estereotipados, que contra si, pesam a marca fixa da antecipação de culpa.

Desta maneira, alguns meios de comunicação distanciam-se do jornalismo informativo que tem como missão transmitir o fato ocorrido, despido de valoração ou adjetivação pessoal do jornalista e deixando a cargo da justiça penal a sua adequada punição, nos termos previstos na lei.

Aproxima-se, por outro lado, do jornalismo sensacionalista, que tem por objetivo mercantil a facilitação do consumo da notícia e a fidelização de seus seguidores, através de uma narrativa focada nos agentes envolvidos no fato investigado, antecipando convicções e gerando na opinião pública sentimento de vingança não contra o fato, mas contra a pessoa do acusado, que antes mesmo de se submeter a um juízo típico, é condenado pelo meio social, instigado pelo sensacionalismo midiático (CAMPOS, 2012).

A influência que a postura da mídia implica no desenvolvimento do processo penal é incontestável. Apesar de o interesse público pelo desvendamento da autoria de um crime, ou pela efetiva imposição de pena, em determinados casos, de fato, contribuir para o combate à impunidade, por outro lado, exerce poder de pressão nos atores do processo que necessitam de isenção e de imparcialidade para exercerem seu mister.

Nesse sentido, Prado (1994, p. 106) menciona que o poder da mídia, exercido sobre a população, em geral, acaba por afetar, da mesma maneira, o juiz da causa, que ao invés de chegar à verdade real pelos elementos de prova, lícitamente formulados nos autos do processo, acaba por antecipá-lo em virtude de opiniões, por vezes precipitadas, de órgãos da imprensa informativa, afetando de maneira frontal, o exercício do juiz natural, conforme previsto constitucionalmente.

Dessa forma, o próprio juízo da causa torna-se violado em sua imparcialidade, muitas vezes, sem que este fenômeno tenha sequer sido percebido pelo julgador, que se contamina involuntariamente pela influência dos instrumentos midiáticos que praticam sensacionalismo jornalístico, afetando de maneira antecipada a decisão do magistrado e fulminando o direito à presunção de inocência do réu.

Não há dúvidas de que nesta relação, tem-se uma contraposição entre o direito fundamental à liberdade de imprensa e por outro lado, há a possibilidade de violação de uma série de direitos e garantias fundamentais pertencentes à vítima, ao réu e à relação processual em si, observado o conceito moderno de persecução penal.

Schreiber (2008, p. 91), ressalta que, se por um lado, o direito à veiculação das notícias na imprensa representa um marco importante para dar ciência à população de crimes que possuem essência de interesse público, e que o direito de crítica ao trabalho dos operadores do processo penal exista, uma vez que a função jurisdicional é eminentemente pública, isto não

obsta que tal direito ceda, quando diante do risco de violação do direito fundamental do réu a um julgamento imparcial e justo.

Schreiber (2008, p. 247) define as formas de manifestação midiática mais comuns, envolvendo o processo penal: a divulgação de informações jornalísticas *stricto sensu*, relatando os fatos referentes a um processo penal em curso. Apesar de essa primeira manifestação ser, em tese imparcial, e jornalisticamente adequada, o veiculador da notícia normalmente propõe seu viés, em regra, voltado à tendências condenatórias, até mesmo por atingir o anseio de informação esperada pelo público em larga escala.

A segunda manifestação reportada por Schreiber (2008), é acerca de notícias expositivas da ocorrência do procedimento investigativo e posteriormente judicial, em que a mídia tece opinião acerca da postura dos agentes e dos órgãos públicos nela envolvidos. Nesse sentido, a mídia acaba por influenciar como o público se portará diante da atuação dos operadores do processo, o que, em regra, surge sob postura crítica, buscando interferir na condução do processo e, ainda, no resultado final da demanda.

Por fim, ainda há a manifestação da mídia, imediatamente ao acontecimento do fato, antecipando inclusive aos próprios órgãos constituídos para apuração e julgamento dos crimes, e já reportando, como absolutos, as informações colhidas, muitas vezes de forma extraoficial, o que muitas vezes, de maneira forçosa direciona a abordagem das autoridades em relação ao processamento do delito.

Importa, por fim ressaltar que todas estas formas de manifestação da mídia no processo penal, está comprometida com a finalidade jornalística, qual seja, gerar notícia capaz de comover o público espectador e mantê-lo ligado afetivamente aos fatos, o que gera consumo constante de informações pelo público.

Ocorre que, conforme já referido, as demandas orientadas pelos interesses jornalísticos não está sequer minimamente comprometida com a lógica técnica e jurídica do processo penal, de modo que a partir do interesse jornalístico da mídia, gera-se ambiente de clamor social, que normalmente viola a observância do devido processo legal, a que faz jus o réu, bem como constrange os atores do processo, de modo a influenciar-lhes no aspecto técnico que deve permear as suas ações.

Observe-se, ainda, a lembrança feita por Gomes (2000, p. 240), de que a justificativa de haver a publicidade dos atos do processo penal, destina-se a garantia de um julgamento justo, de modo que o direito à publicidade, é pois, primeiramente uma prerrogativa cujo titular é o réu, que poderá ter acesso a todos os atos de instrução processual, e nesse sentido, poderá defender-se a contento de todas as imputações feitas pelo acusador, sem que haja a possibilidade de manipulação que lhe seja contrária.

Nesse sentido, percebe-se que, por vezes, a publicidade que teria por objetivo blindar o réu, acaba contribuindo para colocar as suas garantias processuais em risco, uma vez que a publicidade dos atos é utilizada pela mídia para fomentar um ambiente de sensacionalismo punitivo que apenas prejudica o acusado.

Gomes (2000) defende inclusive, que, havendo tal justificação deste direito, vinculada à titularidade do réu, seria aceitável que eventualmente o réu abrisse mão de tal publicidade, em relação à ciência pública dos atos do processo, para fins de resguardar-se de veiculações de sua imagem como acusado e, por fim, evitar a influência midiática punitivista, que, em regra, implica em prejuízo ao réu e à lisura do procedimento apuratório e decisório.

Diante desse quadro de nítido caráter influenciador da mídia ante o procedimento processual penal, é mister ressaltar que a doutrina específica, majoritariamente defende a tentativa de ponderação de valores, à luz do princípio da proporcionalidade, em caso de colisão entre o direito à liberdade de imprensa e os direitos fundamentais processuais, referentes ao réu e à relação processual.

No Brasil, ainda não há notícia de julgados do Supremo Tribunal Federal, em que se tenham defrontado o direito à liberdade de imprensa e os direitos fundamentais que são afeitos ao processo penal. Todavia, importa ressaltar, conforme lembra Campos (2012), que a Suprema Corte dos Estados Unidos da América possui precedentes neste sentido, e que, para solucionar tais conflitos de *trial by media* passou a adotar um conjunto de regras, oriundas de precedentes (*contempt of the court*) que permitem a atuação da imprensa, na veiculação dos fatos envolvendo um processo em andamento, mas que, limitam tais liberdades, de modo a evitar que a sua atuação possa gerar influencia sob os atores processuais.

Portanto, a orientação observada na Suprema Corte norteamericana é no sentido de priorizar a ponderação entre os direitos envolvidos em jogo, buscando o respeito à importante atividade da imprensa, típica de um Estado Democrático de Direito, sem, todavia, permitir-se

que haja a violação da finalidade fundamental do processo penal, qual seja a busca da verdade real, isenta, imparcial e longe do aqodamento punitivista que permeia o meio social, contaminado pelo midiatismo sensacionalista.

É nesse propósito de ponderação, que Belmonte (2004), sugere este critério, de modo a causar o menor sacrifício possível do direito afastado, e o resguardo da máxima observância do direito priorizado, o que apenas poderá ser escolhido a partir da análise profunda do caso concreto.

Sugere Menuci (2016, p. 181) que a ponderação a ser realizada no caso específico do conflito entre direito à liberdade de expressão e o direito às garantias processuais, deve obedecer à noção de unidade da Constituição Federal, ocorrendo através da interpretação sistemática das normas e princípios nela previstos; ao compromisso com a máxima concretização dos direitos envolvidos, de modo a buscar assegurar o máximo possível o direito priorizado e afastar apenas nos limites razoáveis, o direito não priorizado na relação, bem como a noção de proporcionalidade, apregoada por Alexy (1997), observando-se os critérios de necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.

O doutrinador alemão, utilizando-se de seu critério de proporcionalidade, busca firmar a necessidade de que, entre os princípios em colisão, um deve ceder, no caso concreto, à aplicação do outro, sem que isso represente menosprezo ou diminuição de importante do direito afastado para um determinado caso. Em verdade, ocorre que em determinado caso, observadas as circunstâncias da concretude fática, um dos princípios precederá o outro. É como se a cada princípio fosse atribuído um peso e, em cada situação devesse haver qual deles fosse mais adequado, necessário e proporcional àquela situação.

Adotando, pois, como forma de resolução deste conflito, entre a liberdade de informação e os direitos à persecução penal justa, sem desmerecer o primeiro princípio, mesmo porque representa marco fundador do Estado Democrático de Direito, é de se assegurar os direitos inerentes à vítima (direito à intimidade, por exemplo), ao réu (direito ao juízo imparcial, ao devido processo legal, à ampla defesa e à presunção de inocência) e à relação processual (isonomia em sentido material), em detrimento do exercício sensacionalista e tendencioso de parte da imprensa policial.

A utilização de situações que envolvem crimes no noticiário diário, sem a devida sensibilidade informativa, mas, tão somente com propósito comercial, produz violação dupla

aos valores orientadores da persecução penal brasileira: em primeiro lugar, pelo prejuízo processual causado, antecipando convicções, por vezes assoberbadas inclusive de quem desempenha funções processuais, e, em segundo lugar, pelo prejuízo social, porquanto a atuação da mídia sensacionalista aniquila as possibilidades de inserção social solidária de um acusado, mesmo que absolvido, ou de um condenado, mesmo após o cumprimento de sua pena.

A influência midiática no processo penal, por vezes de maneira oportunista, contribui para a contaminação da formação de opinião pública criando atmosfera desfavorável à percepção da necessidade de preservação de direitos do indivíduo, o que afeta a dignidade humana do acusado, bem como dificulta o estabelecimento de relações sociais fundadas na solidariedade, mas, sim, no medo e no isolacionismo.

2.3.3 A Execução da Pena: A descrença no caráter ressocializador da pena e a visão do detento como inimigo público

A punição a um ser humano após o cometimento de um delito, sempre se tornou um dos maiores centros de discussão em matéria penal e processual penal.

Conforme histórico delineado em capítulo anterior, a noção de punição passou por evolução considerável, desde os tempos da vingança privada, em que não havia a preocupação com a proporcionalidade de uma pena, nem com o seu caráter humano, passando por período em que o direito de punir estatizou-se, porém não possuía limites de imputação, até o período caracterizado pela revolução do pensamento científico humano, que, no direito, passou a cuidar da imposição da pena, com preocupações referentes à limitação do poder do Estado em impor uma pena, bem como com o seu caráter de proporcionalidade, necessidade e de adequação ao delito praticado.

A partir do surgimento da concepção do Estado moderno, tem-se que a justiça criminal irá impor uma sanção penal a um indivíduo que por meio de violação de uma norma de conduta prevista na legislação penal, acabe por violar um bem jurídico relevante. Essa sanção, no entanto, deverá atender a finalidades básicas da pena, quais sejam a finalidade retributiva, preventiva geral, preventiva específica (negativa), voltada a evitar a reincidência e preventiva geral (positiva), voltada ao caráter de ressocialização da pena.

A primeira das finalidades da pena sugerida por Taylor (1977, p. 20) teorizada à época do contrato social, entretanto posta em prática desde os primórdios, tinha como foco a noção de que a pena seria a devolução estatal de um mal praticado pelo indivíduo à sociedade.

Existia, pois, primitivamente, a percepção de que ao infringir uma norma de conduta social, causando um dano à coletividade ou a outro indivíduo, o agressor tornar-se-ia um inimigo comum, que mereceria um tratamento punitivo pelo estado, com o fito de praticar-lhe um mal a quem possuía uma conduta desviada.

Foucault (2001, p. 110) menciona, nesse sentido, que a punição estatizada, após a limitação das penas corpóreas, ocorrida na fase de reformulação de pensamento humanístico, em que pese ter aberto mão das penas de caráter cruel, contra a dignidade física do detento, passa a puni-lo espiritualmente “à expiação que tripudia sobre o corpo deve suceder um castigo que atenua, profundamente sobre o coração, o intelecto e a vontade”.

Felberg (2013) apresenta a cultura do encarceramento como um traço ideológico que está arraigado na cultura humana, mas que, todavia, não apresenta, per se, qualquer resultado positivo quanto à diminuição dos índices de reincidência, e portanto, no refreamento da escala dos índices de práticas criminais.

A prisionização, sem qualquer outra alternativa a acompanhe, acaba por reforçar o estereótipo do criminoso que se torna uma espécie de modelo para os jovens que vivem marginalizados, conforme cita Smanio (2009, p. 61). A cultura do encarceramento é fruto do desenvolvimento, no seio social, de ideias punitivistas, influenciadas pela cultura do medo instalada, que faz com que o detento seja visto, de fato, como um inimigo da sociedade, e não como alguém que, em breve, estará de volta ao convívio.

O que há, em verdade, é o anseio social por vingança contra aquele que é considerado um inimigo do meio social. E nada mais. A preocupação atual do corpo social é tão somente manter os indesejáveis enclausurados e longe de seu convívio. Ao cumprirem suas penas, retornam à sociedade e continuam a ser alijados do convívio social, com difíceis oportunidades no mercado de trabalho e rotulados, como indesejáveis socialmente. A forma como a sociedade percebe o detento em seu meio gera nele mesmo a certeza de que trata-se de um “incorrigível” e desvalido que não tem meios de viver socialmente com dignidade.

Essa situação é um importante elemento para explicar o alto índice de reincidência. É nesse sentido que Felberg (2013, p. 68) menciona que as etiquetas sociais, impostas aos condenados, geram autoetiquetas, de modo que a pessoa se percebe da maneira em que é vista pelo meio social a que pertence. Gera-se, assim, um processo de resignação, vergonha ou sentimento de estranhamento do próprio condenado por si mesmo, o que em muito dificulta o

seu processo de recuperação para vida social e a superação da má conduta praticada. Não há, portanto, perspectiva de que aquela pessoa excluída, pelo esteriótipo formado em torno dela, possa efetivamente tomar posse de um novo papel em sociedade.

Dessa maneira, a pena adotada modernamente, em regra, qual seja a pena privativa de liberdade, acaba, por afetar o ser humano em sua capacidade reflexiva e psicológica, como forma de impor retribuição do mal causado, como forma de prevenir, a título geral, que não haja reincidência por parte de outros indivíduos que compõem aquele meio, bem como para que o próprio apenado, diante do sofrimento da pena que lhe é imposta, esteja desencorajado a reincidência, a chamada finalidade preventiva específica negativa.

A mais importante das finalidades da pena, no entanto, que efetivamente contribui para amenizar o problema da reincidência penal é a finalidade preventiva específica positiva, qual seja, o escopo ressocializador da pena.

Zaffaroni (2007, p. 54) ressalta a importância da finalidade ressocializadora da pena, em especial, pelo fato de que o perfil do Direito Penal acaba por se revelar elitista, uma vez que a população carcerária, em regra, é de indivíduos cuja situação socioeconômica é sofrível.

Sendo assim, trata-se de indivíduos que antes de ingressarem no sistema penitenciário, encontravam dificuldades, por razões aceitáveis ou não, para inserção e permanência no mercado de trabalho, de modo a conseguir prover, pela prática de atividades lícitas a sua subsistência.

A ressocialização do preso não é finalidade que se deve analisar quando o preso se torna egresso, mas, sim, ao longo da execução da pena, implementando os direitos que lhes são facultados por lei e tratando-lhes com dignidade, de modo a tornar positivo o efeito da autopercepção já mencionada.

A legislação brasileira que se reporta à execução penal, Lei Federal de nº 7.210/84, em que pese traga consigo extenso rol de direitos ao preso, com largo compromisso normativo com o caráter humano da pena e com a finalidade ressocializadora, como, por exemplo, os direitos à assistência: assistência material, assistência à saúde, assistência jurídica, assistência religiosa e assistência educacional.

Há ainda, a assistência de reinserção do ingresso ao meio social, prevista no art. 25 da Lei de Execuções Penais¹⁴, que prevê, imbuída da finalidade ressocializadora da pena, que o egresso tenha acompanhamento de assistentes sociais, para orientá-lo e apoiá-lo na reintegração da vida em sociedade, bem como na concessão de até 2 (dois) meses de alojamento e alimentação ao egresso, que pode ser prorrogável por prazo igual, desde que demonstrado que o detento se empenha para conseguir emprego.

Ocorre, que, em que pese existirem tais direitos ao detento, não se tem a sua percepção prática. Seja pela formação de um consenso coletivo que observa o preso como um inimigo social, seja pela ausência de interesse político-eleitoreiro de propor efetivação do papel do Estado na execução da pena e do caráter ressocializador da pena, percebe-se que há grandes problemas no implemento dos direitos dos detentos.

Zacarias (2006) tece exemplificativamente a análise de dois direitos, em matéria de execução penal, que são demonstrativos da crise da implementação dos direitos dos detentos, o direito à assistência jurídica e o direito à assistência educacional, importantíssimas tanto para o adimplemento da promessa de trato digno do detento, como para o cumprimento de seu fundamento ressocializador, tendo em vista que o acesso à educação pelo detento é imprescindível para que haja o sucesso em sua ressocialização.

Aborda, inicialmente, o direito à assistência jurídica, apontando que o artigo 15 da Lei de Execuções Penais¹⁵, assegura o direito à assistência jurídica gratuita a todos os detentos que não possuem condições financeiras de custear advogado particular. Tal previsão encontra apoio, também em outros dispositivos jurídicos, como, por exemplo, do artigo 5º, inc. LXXIV, e 134, da CF; artigo 5º, § 5º, da Lei nº 1.060/50; Lei Complementar 80/94; artigo 41, inc. IX, da LEP.

O artigo 16 da Lei de Execuções Penais assegura que deve haver, em todos os estabelecimentos prisionais, assistência judiciária aos detentos.

¹⁴ Art. 25. A assistência ao egresso consiste:

I - na orientação e apoio para reintegrá-lo à vida em liberdade;

II - na concessão, se necessário, de alojamento e alimentação, em estabelecimento adequado, pelo prazo de 2 (dois) meses.

Parágrafo único. O prazo estabelecido no inciso II poderá ser prorrogado uma única vez, comprovado, por declaração do assistente social, o empenho na obtenção de emprego.

¹⁵ Art. 15. A assistência jurídica é destinada aos presos e aos internados sem recursos financeiros para constituir advogado.

As dificuldades que são observadas com a prestação dessa assistência são evidentes. Zacarias (2006), trazendo experiência prática, tece fortes críticas à violação deste importante direito, porquanto não obstante a existência de normatividade que resguarde os direitos do custodiado, bem como pela existência de observância do princípio do contraditório em execução penal, observa-se que, por vezes, a execução da pena se dá praticamente à revelia.

Isso ocorre, porque, uma vez impulsionada pelo juízo das execuções penais e fiscalizada pelo Ministério Público, a atuação da defesa torna-se quase que totalmente imperceptível. A ausência de intensidade de atuação defensiva, na fase de execução penal é notada, pela pouca utilização dos instrumentos recursais cabíveis para contestação de decisões judiciais em sede de execução da sentença.

Desse panorama seguem duas conclusões importantes, a de que não se observam os direitos de defesa do preso, também na fase de execução penal, bem como a de que raramente, quando se percebe a atuação defensoria na execução das penas, não se verifica discussões profundas, pelo aplicador da lei, acerca questões envolvendo o cumprimento da pena e suas consequências na vida do encarcerado, ainda que formalmente a legislação nacional trate de maneira vasta sobre os direitos do detento (ZACARIAS, 2006).

Em relação à assistência à educação do detento, tem-se que a Constituição Federal, em seu artigo 205, bem como o artigo 17 da Lei de Execuções Penais, preveem que o Estado possibilitará o acesso à educação aos detentos, sendo este direito um meio inequívoco para possibilitar a sua ressocialização.

A educação profissional e escolar é fundamental para que a recuperação do preso, uma vez que possibilita o desenvolvimento de atividade lícita quando do retorno da vida em sociedade. A Lei de Execuções Penais prevê no sentido de incentivar tais medidas, a obrigatoriedade do ensino de 1º grau a todos os presos, e que esta rede de ensino esteja associada à rede de ensino estatal.

Recentemente, a Lei nº 13.163/2015, introduziu modificação na Lei de Execuções Penais determinando a obrigatoriedade de o Estado fornecer educação até o ensino médio aos

detentos, com a possibilidade de haver, inclusive a utilização de ensino à distância para alcançar as finalidades pedagógicas almejadas¹⁶.

Além disso, prevê a possibilidade de remição, pela frequência a atividade de estudo, ou ainda a atividades técnicas profissionalizantes, permitindo, assim, o abatimento de pena por dia de estudo comprovado¹⁷. Ainda há a previsão legal do artigo 21 da Lei de Execuções Penais que determina a instalação de bibliotecas nas unidades prisionais, considerando-se, além do auxílio às atividades educacionais, a possibilidade de haver remição da pena por obras literárias estudadas pelos detentos.

Entretanto, a realidade da adequação do sistema prisional à previsão normativa da Lei de Execuções Penais, é extremamente frustrante. Não há a estrutura mínima para fazer valer tais direitos dos detentos, que carecem de necessidades existenciais ainda maiores, como espaço físico, condições minimamente dignas de vida, como alimentação adequada, espaço para descanso, dentre outros.

Questiona-se diante desta realidade, pois: o problema é de gestão ou de mentalidade coletiva, no que tange ao resguardo de direitos aos “inimigos”?

¹⁶ Art. 17. A assistência educacional compreenderá a instrução escolar e a formação profissional do preso e do internado.

Art. 18. O ensino de 1º grau será obrigatório, integrando-se no sistema escolar da Unidade Federativa.

Art. 18-A. O ensino médio, regular ou supletivo, com formação geral ou educação profissional de nível médio, será implantado nos presídios, em obediência ao preceito constitucional de sua universalização. (Incluído pela Lei nº 13.163, de 2015)

§ 1º. O ensino ministrado aos presos e presas integrar-se-á ao sistema estadual e municipal de ensino e será mantido, administrativa e financeiramente, com o apoio da União, não só com os recursos destinados à educação, mas pelo sistema estadual de justiça ou administração penitenciária. (Incluído pela Lei nº 13.163, de 2015)

§ 2º. Os sistemas de ensino oferecerão aos presos e às presas cursos supletivos de educação de jovens e adultos. (Incluído pela Lei nº 13.163, de 2015)

§ 3º. A União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal incluirão em seus programas de educação à distância e de utilização de novas tecnologias de ensino, o atendimento aos presos e às presas. 7.627 (Incluído pela Lei nº 13.163, de 2015)

Art. 19. O ensino profissional será ministrado em nível de iniciação ou de aperfeiçoamento técnico.

Parágrafo único. A mulher condenada terá ensino profissional adequado à sua condição.

Art. 20. As atividades educacionais podem ser objeto de convênio com entidades públicas ou particulares, que instalem escolas ou ofereçam cursos especializados.

Art. 21. Em atendimento às condições locais, dotar-se-á cada estabelecimento de uma biblioteca, para uso de todas as categorias de reclusos, provida de livros instrutivos, recreativos e didáticos

¹⁷ Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena. (Redação dada pela Lei nº 12.433, de 2011).

§ 1º. A contagem de tempo referida no *caput* será feita à razão de: (Redação dada pela Lei nº 12.433, de 2011)

I - 1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar - atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de requalificação profissional - divididas, no mínimo, em 3 (três) dias;

Albergaria (1999, p. 164) relembra que a assistência à educação, quando negligenciada tem efeitos nefastos quanto à ressocialização do preso, uma vez que a instrução tem por finalidade imediata despertar vocações profissionais no recluso, de modo que, quando retornado ao convívio social, possa sentir-se meio participante de um todo, podendo contribuir com a realização do bem comum e trazendo a seu favor uma boa percepção do meio coletivo, que permita que ele se reintegre.

Todavia, percebe-se que o discurso de reintegração do preso, que é imprescindível, para fins de controle de condutas criminosas, não interessa a um corpo social revoltado pelos altos índices de violência, e que elegem o preso como indesejável e incorrigível. A eleição do detento como um inimigo do Estado reflete na desídia com que se trata a proposta de recuperação do custodiado e seu regresso ao convívio social. Não há dúvidas de que o simbolismo negativo gerado pela sociedade do risco em torno da figura do preso, tão somente contribuem para a criação de uma expectativa de um direito processual penal desumanizado e punitivista.

A falência da execução penal representa, ao mesmo tempo, uma consequência da eleição do condenado como inimigo público pela coletividade e uma afronta à dignidade da pessoa humana e a ideia de solidariedade social. A opinião pública acerca do condenado, como indivíduo imprestável e irrecuperável, claramente influencia na ausência de priorização da efetivação dos direitos dos presos pelo Estado.

Ocorre que, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana e do princípio da solidariedade, os direitos dos condenados devem ser integralmente respeitados pelos aplicadores da pena, tal como os direitos de qualquer outro cidadão. Assim, a negação prática desses direitos, que pertinem à regulamentação do processo penal, representa de maneira inequívoca, uma grave violação à sua ordem valorativa constitucional.

2.3.4 Presunção de Culpabilidade na prática dos atores processuais

A Constituição Federal de 1988 previu em seu artigo 5º, LVII, o princípio da presunção de inocência, que determina que ninguém poderá ter sua liberdade restrita e nem ser considerado culpado, senão por meio de sentença condenatória transitada em julgado.

O artigo 9º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, é o precedente histórico mais antigo da posituação deste direito¹⁸. O Brasil, signatário do Pacto de San José da Costa Rica, também aderiu à expressa previsão do artigo 8º, item 2, que determina que toda pessoa acusada de um delito, tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não seja legalmente demonstrada a sua culpa.

A grande revolução proposta por este princípio era a de romper com a ideia de que o réu era um inimigo do Estado e que como tal deveria ser tratado em quanto às suas garantias processuais. A partir da consolidação do princípio da presunção de inocência, o réu, apesar de ver-se em um processo em seu desfavor, teria a possibilidade de manter-se em seu estado natural de inocência, até que houvesse condenação irrecorrível, pelo juízo competente.

Deste modo, diferentemente do processo penal inquisitivo, onde o réu já iniciava sob a pecha da culpa imposta pelo inquisidor, que iria apenas comprová-la com o desenvolver do processo, o réu seria considerado presumidamente inocente, cabendo o ônus da prova ao acusador, que se não o fizesse, para além da dúvida razoável, não poderia impor-lhe a culpa na persecução penal.

O princípio da presunção de inocência, inicialmente previsto no contexto das revoluções libertárias, no contexto do pensamento iluminista, não subsistiu de maneira linear no histórico evolutivo da persecução criminal, tendo estado ainda mais comprometido quando as correntes mais conservadoras do poder estatal, em modelos de Estado autoritário, percebidos no início do século XX, resolvem adotar postura mais compromissada com a consolidação de propósitos coletivistas para o processo penal, menos centradas nos direitos e garantias dos indivíduos, o que teve por consequência o enfraquecimento da noção de presunção de inocência, retomando-se a essência do processo penal inquisitivo, pré-revoluções do século XVIII (STEIN, 2015).

Assim, cresceu, por exemplo, o pensamento de Manzini, reflexo da Escola Técnico Jurídica italiana, que entendia ser absurdo o raciocínio da presunção de inocência, uma vez que o processo penal não teria como objetivo a declaração da inocência de alguém, mas, sim, a declaração de culpa, sendo possível ao final da persecução apenas dois resultados “culpado” ou “não culpado”, não havendo, pois a possibilidade de declaração de inocência.

¹⁸ “Tout homme étant présumé innocent jusqu’à ce qu’il ait été déclaré coupable; s’ il est jugé indispensable de l’ arrêter, toute rigueur qui ne serait nécessaire pour s’ assurer de sa personne, doit être sévèrement réprimée par la loi” (Todo homem sendo presumidamente inocente até que seja declarado culpado, sefor indispensável prendê-lo, todo rigor que não seja necessário para assegurar sua pessoa deve ser severamente reprimido pela lei).

Não faria sentido, pois, em uma relação de persecução penal, falar da inocência como estado consolidado, porquanto apenas aqueles que tivessem algum indício de responsabilidade criminal por delito imputado, é que teria a imposição de um processo contra si.

Após o término da segunda guerra mundial, percebidos os males que a proliferação de Estados autoritários podem fazer à humanidade, dados os perversos resultados implicados e violações graves aos direitos humanos, a partir de concepções facistas e nazistas, a Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, voltou a prever, com destaque o princípio da presunção de inocência.

Em seu art. XI dispõe¹⁹ que toda pessoa que tenha sido acusada de um delito deverá ser considerada inocente, até que sua culpabilidade tenha sido provada nos termos da lei e por meio de julgamento público, concedendo-lhe todas as oportunidades para exercício de defesa, e mantendo-lhes direitos e garantias individuais processuais inerentes.

Do ponto de vista prático, o princípio da presunção de inocência se subdivide em duas consequências atinentes à relação processual, a primeira, referente à regra de julgamento, tendo por consequência a imposição do *ônus probandi* ao órgão acusador, que deve demonstrar as suas alegações, por meio da produção de provas consideradas lícitas no Estado Democrático de Direito, sendo esta a única maneira de subversão do estado de inocência do indivíduo.

A segunda consequência é a regra de tratamento do detento, segundo a qual não podem, (as partes do processo, imprensa ou agentes estatais) tratar o réu como se condenado fosse antes do trânsito em julgado de sentença condenatória, impedindo a formação de juízo condenatório antecipado para antes do marco estabelecido de maneira literal na constituição: o trânsito em julgado de sentença condenatória.

Ocorre que, nos tempos pós-Constituição Federal de 1988, tem-se, no Brasil, um grande desafio: consolidar os direitos e garantias fundamentais do acusado na prática da persecução criminal, isto porque a estrutura normativa inquisitiva vigente desde 1941 no Código de Processo Penal, bem como o surgimento de ânsia punitiva do corpo social, pela impunidade, acaba prejudicando de maneira considerável a efetivação prática da presunção de inocência.

¹⁹ “Toda a pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente, até que sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público, no que lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias a sua defesa”.

Conforme cita Moraes (2010, p. 291) existe uma equivocada cultura no Brasil, de esperar a solução do problema da criminalidade unicamente pela sumária imposição de pena. Punição, esta, que deve ser a mais alta possível e que preferencialmente segregue a liberdade do apenado pelo maior espaço de tempo admitido.

A tensão entre a estrutura principiológica do processo e a expectativa prática da persecução penal, pelo que o corpo social espera que alcance, cria situação de instabilidade e de impossibilidade de satisfação, porquanto o processo penal não possui a finalidade de punir, mas, sim, de averiguar e, se for o caso punir, na medida da culpabilidade do agente e uma vez demonstrada irrefutavelmente a sua responsabilidade.

A presunção de inocência, segundo Stein (2015, p. 53) tornou-se, nesse contexto, uma norma principiológica, que embora reconhecidamente seja um dos pilares iniciais do garantismo processual, não encontre sustentação prática, em razão daquilo que o imaginário coletivo entende como sendo a real teleologia do Estado Democrático de Direito.

A grande crise do processo penal contemporâneo, no que tange à não efetivação da presunção de inocência, agrava-se na medida em que o pensamento coletivo punitivista contamina os próprios sujeitos processuais, tolhendo, por vezes, a sua isenção para apresentar acusação ou ainda para julgar, de forma imparcial o feito.

Essa intolerância para com o réu que é sentida no meio social, passa em grande escala, pelo medo difundido que é alimentada, além da normalidade, pela campanha massificada de setor da imprensa sensacionalista, e também pela eleição do réu como o real inimigo social, enquanto que o verdadeiro desafio para o combate à criminalidade é mais complexo e exige maior capacidade de abstração e análise da realidade social brasileira.

Esse processo de simplificação da análise do fenômeno criminológico gera avaliações açodadas e inconsistentes, como a de que o princípio da presunção de inocência é um mero empecilho para que a “justiça” possa ser feita de maneira célere e imediata.

Carvalho (2001) assevera que a presunção de inocência, por tratar-se de princípio exemplificador e consolidador dos traços de um Estado Democrático de Direito não merece mitigação nem pelo exercício de pressão social, quanto mais por impropriedade de postura dos sujeitos processuais, que em tese, teriam a consciência técnica da importância de guardá-lo, como norma constitucional, em especial no contexto da irradiação do conteúdo destes

princípios às demais normas previstas nos ramos infraconstitucionais do direito, dentre os quais insere o processo penal.

Ocorre que o que se tem percebido, no entanto, é um momento em que as posturas dos atores processuais (magistrados e membros do Ministério Público) parecem confluir de maneira equivocada em relação à ânsia punitivista da sociedade, observando-se, à despeito da ordem constitucional da presunção de inocência, violações graves e perigosas à presunção de inocência.

Importa salientar, nesse sentido o polêmico julgamento do *Habeas Corpus* 126.292/SP, ocorrido no dia 17/02/2016, no Supremo Tribunal Federal,²⁰ em que, por maioria de seus membros, entendeu pela possibilidade de determinação, pelo juízo de segundo grau, do início do cumprimento de pena, sem que, na opinião daquela corte, houvesse violação ao princípio da presunção de inocência.²¹

A orientação do voto do relator, Teori Zavascki foi pela admissão do início do cumprimento de pena antes do trânsito em julgado, desde que tendo sido a sentença condenatória, confirmada por juízo colegiado de segundo grau.

Conforme Streck (2011), tal decisão foi tomada em um contexto específico que se a torna questionável sob os aspectos materiais da ciência jurídica: a operação lava jato, que é, sem dúvidas, a maior operação de combate ao crime organizado instalado no aparelho estatal da história do Brasil. Entretanto, sem desmerecer a relevância de tal operação, aproveitou-se o ensejo e a aliança com os instrumentos de mídia e da opinião pública, para enfatizar, como causa da impunidade no Brasil, o sistema processual penal e os recursos que lhe são inerentes.

Nesse sentido, é que houve motivação social, questionável, suficiente para fins de mudar o entendimento histórico do Supremo Tribunal Federal acerca do marco inicial para o cumprimento de prisão-pena. Importa ressaltar que não se quer adentrar à discussão dos

²⁰ Este HC 126.292/SP modificou o entendimento até então prevalente daquela corte, firmado através do HC 84.078, de 05/02/2009, de relatoria do Ministro Eros Grau, que determinava como marco final para o início da execução da pena, o trânsito em julgado da sentença condenatória, conforme a literalidade do art. 5º, LVII da Constituição Federal de 1988.

²¹ CONSTITUCIONAL. *HABEAS CORPUS*. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE.
1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.
2. *Habeas corpus* denegado.

excessos promovidos pelo ativismo judicial evidente do STF nesse caso, mas, tão somente analisar tal decisão como sintoma da observação do processo penal no contexto brasileiro.

O relator Teori Zavascki entrando em nítida contradição com posicionamento esposado quando compunha o Superior Tribunal de Justiça²², admitiu que é impossível que seja negada a vigência de preceito normativo sem que tenha sido declarada formalmente a sua inconstitucionalidade e acabou por fazê-lo ao negar, através de seu voto no HC 126.292/SP, a vigência do artigo 283 do Código de Processo Penal²³, sem que houvesse a declaração de sua inconstitucionalidade.

O critério adotado por Teori Zavascki²⁴ para entender possível a execução de prisão-pena antes do trânsito em julgado previsto literalmente na Constituição Federal de 1988 é de que após julgamento por colegiado, em segunda instância, esgota-se a possibilidade de reapreciação nas instâncias extraordinárias de fatos e de provas, restando aos tribunais superiores apreciarem tão somente questões de direito, já havendo, pela confirmação da sentença, em segundo grau, uma consolidação do estado de culpabilidade do agente, o que, per si, justificaria a possibilidade de cumprimento de prisão-pena pelo réu, antes do trânsito em julgado desta sentença. Foi acompanhado nesse sentido pelos ministros Luiz Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes. Foram vencidos os ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski.

Vale citar que, ao abrir divergência ao voto do relator, os ministros que entenderam pela impossibilidade de execução da pena antes do trânsito em julgado, observaram o contexto de crise da normatização de persecução penal presenciada atualmente. Nesse sentido foi o voto do Ministro Marco Aurélio Mello²⁵.

²² Vide voto do Min. Teori Zavascki quando do julgamento da Recl. 2.645/STJ.

²³ **Art. 283.** Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

²⁴ “Nessas circunstâncias, tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado”.

²⁵ “Reconheço que a época é de crise maior, mas justamente nessa quadra de crise maior é que devem ser guardados parâmetros, princípios, devem ser guardados valores, não se gerando instabilidade porque a sociedade não pode viver aos sobressaltos, sendo surpreendida. Ontem, o Supremo disse que não poderia haver execução provisória, em jogo, a liberdade de ir e vir. Considerado o mesmo texto constitucional, hoje ele conclui de forma diametralmente oposta”.

O Ministro Celso de Mello, seguindo o voto divergente da Ministra Rosa Weber, asseverou que o novo entendimento do Supremo Tribunal Federal esterilizaria uma das principais conquistas do cidadão quando da promulgação da Constituição Federal de 1988, que é não ser tratado pelo poder público como se fosse culpado, antes de uma decisão final do poder judiciário. Disse, ainda, que a presunção de inocência é uma prerrogativa que o indivíduo dispõe de maneira integral, ou não. Não se tratando, pois de um direito que se perde gradualmente, com o passar das instâncias, como defendeu o relator, Ministro Teori Zavascki.

Ricardo Lewandowski também foi contrário à modificação de entendimento sugerida pelo Supremo Tribunal Federal, asseverando, ainda, que tal decisão teria repercussões sérias quanto à organização dos detentos no sistema carcerário brasileiro, quadro este que mesmo antes deste entendimento já era deficitário.

Este entendimento é paradigma para que se observe o que se pretende explicar nesse item: a contaminação do espírito punitivista e não garantista retratado no meio social, em relação aos próprios agentes processuais, que passam a tomar medidas intrigantes, como quem observa a persecução penal no Brasil sob ótica duvidosa à luz de sua real finalidade e de sua estrutura normativa e constitucional.

Outra questão recente, que demonstra essa escalada moderna dos próprios atores processuais penais, é o projeto de lei de iniciativa popular intitulado “as dez medidas contra a corrupção” propostas pelo Ministério Público Federal. O Projeto de Lei de nº 4.850/2016, foi encaminhado ao Congresso Nacional, em 26 (vinte e seis) de março de 2016, após a colheita de cerca de 2 (dois) milhões de assinaturas, a favor da apresentação de medidas a serem utilizadas no combate à corrupção.

A apresentação destas medidas ocorre no contexto de desenvolvimento da operação Lava Jato, a maior mobilização do aparelho persecutório criminal do país para desmantelamento de organizações criminosas instaladas no aparelho público do Estado²⁶.

²⁶ Segundo página oficial do Ministério Público Federal na internet, a Operação Lava Jato já deu ensejo, em primeira instância, à instauração de 1.397 procedimentos instaurados, 654 procedimentos de busca e de apreensão, 174 conduções coercitivas, 77 prisões preventivas, 92 prisões temporárias, 6 prisões em flagrante delito, 70 acordos de delação premiada firmados com pessoas físicas, 6 acordos de leniência com pessoas jurídicas, 52 acusações criminais contra 245 pessoas, com 23 sentenças condenatórias. Ao total foram contabilizadas, até o presente momento 118 condenações, contabilizando-se 1.256 anos, seis meses e um dia de pena. (A LAVA JATO..., 2016, *online*).

A forte comoção social pelo combate à corrupção na administração pública, um problema histórico do país, e um anseio geral da população fez com que o órgão acusador envolvido nessa empreitada se valesse do presente quadro e da veiculação pela imprensa dos avanços da investigação para a apresentação de dez medidas que aprioristicamente se mostrariam como necessárias para a elevação do combate a corrupção a outro nível no Brasil.

As medidas sugeridas abrangem a modificação de vários aspectos do processo penal, tais como a produção e utilização de provas no processo penal, a relativização de casos de nulidades processuais, ou ainda, a redução do potencial suspensivo dos recursos cabíveis no processo penal, dentre outras medidas.

Em que pese se reconheça que, de fato, o combate à corrupção, no Brasil, deva ser elevado a outro patamar, e que existem medidas que devem ser implementadas para combate de maneira diversa, esta espécie de crime, que possui alcance metalesivo, é de se observar se tais medidas são compatíveis com a estrutura principiológica do processo penal à luz das previsões constitucionais.

Os anseios sociais e expectativas criadas em torno de um processo penal punitivo não podem orientar a sua normatização. Não é com base na cobrança social que deve haver a aprovação de medidas legislativas, sem antes analisa-las à luz de sua constitucionalidade.²⁷

Dentre as dez medidas do Ministério Público Federal, contra a corrupção, está a criação da regra de agilidade no trabalho do Ministério Público e do Poder Judiciário nos processos criminais, determinando-se “um gatilho” de eficiência, consistente na duração máxima de dois anos em primeira instância e um ano para cada instância diversa.

²⁷ [...] “O conjunto de propostas passou a tramitar na Câmara dos Deputados (a partir de hoje) por meio de projeto de lei (PL 4850/16) encabeçado pelo coordenador da frente, deputado Antonio Mendes Thame, do PV paulista. O texto ainda será distribuído para as comissões responsáveis pela análise de mérito. Para Mendes Thame a ideia é repetir o avanço alcançado pela Lei da Ficha Limpa criada por meio de iniciativa popular para barrar a eleição de condenados por corrupção eleitoral. **“Essas medidas têm amplo apoio popular e, certamente não vão parar nessa assinatura, isso significa que essas pessoas vão ficar cobrando, do lado, abraçando esses deputados, para que eles votem a favor, como fizeram no caso da Lei da Ficha Limpa, onde nós conseguimos um grande avanço institucional.”** Para a presidente do movimento Política Viva, Rosângela Lyra, é preciso mudar o “enredo” do cenário político, “e não apenas seus personagens”. Ela enfatiza a necessidade da aprovação de leis duras de combate à corrupção em atenção à demanda das ruas. “Então foi esse trabalho de ir à luta na rua, na chuva, no sol mobilizando pessoas. Então, hoje a gente chega nesses 2 milhões que na realidade são 2 milhões de assinaturas, mas é a vontade de 200 milhões de brasileiros que com certeza não aguentam mais a corrupção e entenderam o quanto a corrupção é nociva e faz mal para a vida delas”. (DEPUTADOS..., 2016, *online*, grifo nosso)

Nesse sentido os Tribunais e o Ministério Público são orientados a documentarem estatisticamente sobre a duração do processo em cada órgão e instância, bem como a encaminhar tais dados para os órgãos de controle administrativo de funções, quais sejam, respectivamente, Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), com o fim de que estes órgãos possam analisar medidas a serem propostas, com a finalidade de alcançar a razoável duração do processo.

Apesar de a morosidade processual ser um grande responsável pela impunidade, em especial em matéria processual penal e haver, na própria Constituição a eleição do princípio da celeridade processual como direito fundamental, não se pode rotular com “gatilhos de eficiência” os processos, sem que se observem os desenvolvimentos de cada procedimento, sem que se resguardem aos acusados o direito a utilizarem-se da ampla defesa, sem estarem condicionados a um critério objetivo como o proposto (HAMILTON, 2009).

Mesmo levando em conta que é prática comum nos tribunais atuais haver o estabelecimento de metas administrativas, tornar tal medida prevista em lei é violar e condicionar o exercício do direito de defesa a um prazo específico.

O Ministério Público Federal apresentou, ainda neste pacote de alterações, várias propostas para reorganização do sistema de recursos no direito processual penal brasileiro. A primeira delas foi a proposta de acrescentar, no Código de Processo Penal, no art. 579-A do Código de Processo Penal, a previsão de execução imediata da condenação, quando o tribunal reconhece abuso do direito de recorrer.

Além disso, propõe no artigo 600, § 4º do Código de Processo Penal, é revogado para impedir que razões de apelação, sejam apresentadas em segunda instância. Essa medida seria adequada para evitar o alongamento do procedimento de julgamento da apelação, uma vez que a defesa seria obrigada a apresentar no primeiro grau. Propõe, ainda, alterar o artigo 609, do Código de Processo Penal, para fins de revogar os embargos infringentes e de nulidade.

Propõe a vedação dos embargos de declaração, por meio da mudança do artigo 620 do Código de Processo Penal, com a suposta finalidade de economizar tempo na tramitação do processo, porquanto considera o proponente, que este recurso é utilizado em situações de protelação do processo.

Por fim, propõe a tramitação simultânea dos recursos extraordinário e especial, substituindo-se o julgamento sucessivo como ocorre atualmente no processamento destes recursos. Segundo o Ministério Público Federal, em seu sítio oficial, tais medidas poderiam reduzir à metade do tempo necessário ao julgamento do caso, após decisão de segundo grau.

Primeiro importa ressaltar que a intenção de modificar o sistema recursal, no processo penal brasileiro tem como casuística a revolta social com o avanço das operações para combate aos crimes de corrupção, no uso da máquina pública, que ficam cada vez mais evidentes, com a Operação Lavo Jato e que a partir deste caso específico, busca o proponente destas medidas, a modificação do pano de fundo do sistema recursal, atinente a todos os demais recursos.

Não se pode, portanto, com justificativa desse contexto, admitir-se o remodelamento punitivista de todo o processo penal que traz como consequência lógica a perda de direitos e garantias fundamentais, conquistadas às duras penas em um complexo contexto histórico, baseado nas emoções causadas por esta operação ou com o fito de agradar a população, que, leiga, como é, custa a perceber que tais mudanças a que dão respaldo tendem a voltar-se contra si mesmo, uma vez ocupe o banco dos réus.

As medidas propostas em relação ao sistema recursal, que, por sinal, merece reforma urgente mas ponderada, são aviltantes à presunção de inocência e ao devido processo legal. A primeira delas, cuida da inclusão do artigo 580-A no Código de Processo Penal, possibilitando que, caso o tribunal competente perceba o caráter protelatório de um recurso interposto, tenha autonomia para declarar, de ofício ou a requerimento das partes, o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Ocorre que, de logo, enfrenta-se uma primeira questão fundamental, que será a delimitação de um critério a ser adotado pelo julgador para aferir o caráter protelatório de um recurso. É que o poder conferido ao julgador, para a qualquer momento, decidir o fim do direito de defesa, seria absoluto, na proposta apresentada. Não há a apresentação de uma resposta consistente.

Segue, ainda, sugerindo a supressão do artigo 600, § 4º do Código de Processo Penal, que permite a apresentação das razões de recurso de apelação ao tribunal “ad quem”, alegando em suma que o fracionamento do ato torna ainda mais moroso o julgamento do mérito da causa. Ocorre que, novamente, não apresenta, no anteprojeto, concretamente qualquer diferença significativa que a supressão deste dispositivo cause.

Propõem, ainda, que os embargos de declaração, em processo penal, passem a ter disciplina rigorosa e limitada, de modo a sugerirem a proibição de embargos sucessivos e a imposição de altas multas para a punição daqueles que interpõem embargos com propósitos meramente protelatórios, bem como o condicionamento da interposição de outros recursos ao pagamento de tais multas, estabelecendo de maneira explícita a institucionalização do cerceamento do direito de defesa pela limitação do direito de recurso.

Ainda há a proposta de revogação do artigo 609, parágrafo único, do Código de Processo Penal, extirpando da prática os embargos de nulidade e os embargos infringentes. Em outras palavras, em caso de derrota, parcial ou total, no recurso interposto, em que haja decisão não unânime, não haverá a possibilidade de recorrer. Tal proposta é no mínimo temerária, uma vez que se percebe, atualmente a grande quantidade de embargos de nulidade e infringentes que são conhecidos e providos, ao menos, parcialmente.

Por fim, e não menos grave, é a proposta ministerial de modificação de disciplina acerca do *Habeas Corpus*. Nesse sentido ensina Lopes Jr. (2015, p. 13-14) que a proposta contida no Projeto de Lei em discussão aborda dois aspectos de forma radical, a alteração e limitação das hipóteses de cabimento do *Habeas Corpus* e a possibilidade de execução provisória da pena.

A limitação do *Habeas Corpus* é proposta de maneira explícita em seis casos: concessão de ofício da ordem de liberdade ou ainda a concessão de liminar em *Habeas Corpus*, salvo em caso de prisão manifestamente ilegal; veda o conhecimento deste remédio constitucional quando houver supressão de instância, condicionando-lhe à prévia requisição de informações ao promotor natural da instância de origem; bem como proibindo o uso do *Habeas Corpus* para discussão de nulidade ou de trancamento de investigação ou processo, ou, ainda, quando for utilizado com funções recursais.

Lopes Júnior (2009) alega que a inconstitucionalidade e o absurdo de tais limitações são evidentes, em especial, pelo fato de serem propostas por uma parte, que possui interesse próprio no processo, e que pretende determinar como deve se portador o julgador, através de modificação na legislação.

Além disso, tais propostas violam o princípio da paridade das armas e da lealdade processual, em relação ao pólo passivo da demanda, vez que tais alterações tem o condão nítido de desequilibrar a relação processual em favor da acusação, chegando a propor limitações a um instrumento de garantia das liberdades, previsto expressamente pela

Constituição Federal de 1988. Tais limitações propostas são novas demonstrações da tentativa de imposição de um Estado persecutório policialesco, não garantista, cuja viabilidade constitucional não existe.

Outra proposta das que integram as *Dez Medidas Contra a Corrupção* que merecem forte crítica é a medida que sugere ajustes no sistemas de nulidades do processo penal, quais sejam: a ampliação das hipóteses de preclusão de alegações de nulidades; o condicionamento da superação de preclusões à interrupção da preclusão a partir do momento em que a parte deveria ter alegado o defeito se omitiu; o estabelecimento do aproveitamento máximo dos atos processuais como dever do juiz e das partes; a necessidade de demonstração de prejuízo gerado por defeito processual, no caso concreto.

Dentre as medidas propostas, destaca-se a tentativa de reajustar o sistema de inutilização de provas ilícitas, buscando diminuir a sua incidência, com a finalidade de buscar alcançar a possibilidade de incriminação de determinados fatos, a partir do uso de provas que, mesmo sendo produzida em desatenção a alguma formalidade, seja aproveitada para fins processuais.

O Ministério Público Federal ao fazer tal proposição, critica o conceito de prova ilícita atualmente vigente na ordem jurídica brasileira²⁸, por isso, a preocupação com a reforma do artigo 157 do Código de Processo Penal. Ocorre que, conforme ressalta Badarò (2015, p. 17) é perigosa a acepção trazida pelo proponente de tais medidas, em dizer que atualmente existe perda de uma prova e o sepultamento de operações policiais relevantes, por inobservância de “pequenas formalidades”.

Badarò (2015), citando Pimenta Bueno, destaca que, em se tratando de processo penal, não se pode simplesmente desprezar-se as formas, em razão do suposto alcance que a prova pode fornecer, uma vez que as formalidades na persecução criminal não é um mero detalhe, mas, sim, uma inseparável garantia ao devido processo legal.

Deve-se analisar a proposta de maneira imparcial: a ideia pode ser útil ao aproveitamento de mais provas no curso de uma investigação penal, ocorre que não há a discriminação de que situações mereceriam a autorização de uso das provas ilícitas. Essa ausência de delimitação conceitual pode expor a risco os direitos e garantias fundamentais do acusado.

²⁸ “O conceito é por demais amplo e permite a anulação de provas (o sepultamento de grandes operações policiais de combate ao crime ou de complexas ações penais em fases avançadas ou até mesmo já julgadas) por inobservância de uma simples formalidade, por menor importância que tenha, mesmo que isso não implique violação de direito ou garantia do investigado”

As dez situações descritas no anteprojeto²⁹ para a possibilidade de utilização de provas inicialmente ilícitas se subdividem, entre que as que já eram tidas como óbvias, como por exemplo, as provas obtidas em ato de legítima defesa ou no estrito cumprimento do dever legal; a hipótese de a prova ilícita ser adotada para absolver o réu; bem como à possibilidade de utilizar-se a prova ilícita obtida por boa-fé, o que já era admitido jurisprudencialmente ou ainda a hipótese de a prova não possuir nexos causal com as provas ilícitas, sendo que esta hipótese já possuía previsão no artigo 157, § 1º do CPP, o que demonstra a ausência de precisão nas hipóteses listadas.

Atualmente, observa-se a atuação de agentes processuais que, ao invés de preservarem a sua conduta na isenção e na imparcialidade, acabam agindo, em exercício inconstitucional de suas funções, no sentido de antecipar a responsabilidade criminal contra o acusado. Essa tendência é percebida a partir da ansiedade em resolver os problemas da violência urbana, a partir do aparato Estatal repressivo, o que, por vezes, causa o assoberbamento de conduta dos próprios sujeitos processuais, causando afrontas inegáveis aos valores que orientam as diretrizes do processo penal, conforme a Constituição Federal de 1988, tais como a dignidade da pessoa humana e do dever de solidariedade social.

Diante dessa visão decepcionante da práxis forense brasileira, como nítido obstáculo à consolidação dos dois valores basilares da ordem jurídica nacional, é que se torna necessário refletir sobre quais fundamentos o processo penal brasileiro constitucionalizado se assenta, e

²⁹ “Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação de direitos e garantias constitucionais ou legais. § 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas. § 2º Exclui-se a ilicitude da prova quando: I – não evidenciado o nexo de causalidade com as ilícitas; II – as derivadas puderem ser obtidas de uma fonte independente das primeiras, assim entendida aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova; III – o agente público houver obtido a prova de boa-fé ou por erro escusável, assim entendida a existência ou inexistência de circunstância ou fato que o levou a crer que a diligência estava legalmente amparada; IV – a relação de causalidade entre a ilicitude e a prova dela derivada for remota ou tiver sido atenuada ou purgada por ato posterior à violação; V – derivada de decisão judicial posteriormente anulada, salvo se a nulidade decorrer de evidente abuso de poder, flagrante ilegalidade ou má-fé; VI – obtida em legítima defesa própria ou de terceiros ou no estrito cumprimento de dever legal exercidos com a finalidade de obstar a prática atual ou iminente de crime ou fazer cessar sua continuidade ou permanência; VII – usada pela acusação com o propósito exclusivo de refutar álibi, fazer contraprova de fato inverídico deduzido pela defesa ou demonstrar a falsidade ou inidoneidade de prova por ela produzida, não podendo, contudo, servir para demonstrar culpa ou agravar a pena; VIII – necessária para provar a inocência do réu ou reduzir-lhe a pena; IX – obtidas no exercício regular de direito próprio, com ou sem intervenção ou auxílio de agente público; X – obtida de boa-fé por quem dê notícia-crime de fato que teve conhecimento no exercício de profissão, atividade, mandato, função, cargo ou emprego públicos ou privados. § 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente. § 4º O juiz ou tribunal que declarar a ilicitude da prova indicará as que dela são derivadas, demonstrando expressa e individualizadamente a relação de dependência ou de consequência, e ordenará as providências necessárias para a sua retificação ou renovação, quando possível. § 5º O agente público que dolosamente obtiver ou produzir prova ilícita e utilizá-la de má-fé em investigação ou processo, fora das hipóteses legais, sujeita-se a responsabilidade administrativa disciplinar, sem prejuízo do que dispuser a lei penal”.

como podem contribuir para a reconstrução da persecução penal, em torno das noções de solidariedade e de dignidade da pessoa humana.

Importa observar, portanto, quais fundamentos decorrem destes valores e como se expressam na ordem constitucional brasileira. Para isso, será necessário relacioná-los, sob a perspectiva teórica e prática, com os direitos e garantias fundamentais positivados no texto da Constituição Federal de 1988, buscando associá-los aos objetivos de reconstrução da ordem processual penal à luz de seus valores originais, previstos como fundamento e objetivo fundamental da República Federativa do Brasil.

3 OS FUNDAMENTOS DO PROCESSO PENAL SOLIDÁRIO

Após a análise do problemático exercício prático do processo penal, no Brasil, e da verificação de fatores que contribuem para o distanciamento da persecução penal ideal: solidaria e equânime, do processo penal prático: revanchista e punitivista, é de investigar quais os reais fundamentos do processo penal solidário.

A análise das bases dessa proposta inicia-se a partir da verificação de como a Constituição Federal de 1988 define a principiologia incidente sobre o processo penal brasileiro. Importa, ainda, analisar quais são os fundamentos que estão por trás dessas diretrizes, bem como demonstrá-los, estabelecendo-se a correspondência apropriada entre o seu conteúdo e a intenção do constituinte, através da expressão de sua base principiológica aplicada à persecução penal.

A verificação destes fundamentos é extremamente relevante, para fins de se aperceber a dissonância da prática verificada com a base axiológica do sistema processual penal, e, a partir de então, ressignificá-lo a partir de sua finalidade original e das características valorativas que lhe são ínsitas.

3.1 Democracia processual: A relação processual em contraditório de Élio Fazzalari

Segundo Dierle Nunes (2010, p. 61), o processo é estrutura dialética que se desenvolve no âmbito do poder judiciário, e que, em um Estado Democrático de Direito, representa o exercício de uma jurisdição contramajoritária, que possibilita a inclusão daqueles que não conseguem se fazer ouvir, nas estruturas de exercício de poder político majoritário, como no poder legislativo.

A ideia inclusiva em torno da qual orbita a lógica processual, ao permitir que toda lesão de direito seja levada à apreciação do poder judiciário, reflete de maneira inquestionável a maneira que a democracia processual alinha-se ao respeito aos direitos inerentes à existência do indivíduo, bem como à proposta de solidariedade já abordada.

A democracia processual supera a antiga concepção de que o processo era relação jurídica em que o Estado juiz impõe um provimento, desconsiderando as partes como sujeitos colaboradores, em potencial, da construção do provimento judicial. O processo, sob o aspecto democrático, deve ser concebido como instrumento para implementação de direitos e garantias fundamentais em uma relação dialética entre as partes e com o Estado juiz figurando como um garantidor dos direitos do acusado, fomentando um debate solidário e leal, que dará suporte à decisão judicial final (NUNES, 2010).

A depender do molde normativo, principiológico, e em tese, prático adotado pela persecução penal de um determinado Estado, percebe-se explicitamente como se dá a relação entre Estado e indivíduo e que tipo de regime político é adotado nessa composição estatal.

Conforme anteriormente mencionado na abordagem acerca dos sistemas processuais penais, quando a persecução penal de um Estado busca priorizar o exercício do *jus puniendi* estatal a qualquer custo, inclusive com a supressão de direitos e garantias fundamentais do réu, tem-se claramente uma proposta estatal de salvaguardar a segurança pública e a tutela dos bens jurídicos coletivos em detrimento da preservação do direito à participação do réu na relação processual e em detrimento da transparência de métodos que conduzem à eventual punição. Nesta hipótese, o órgão estatal persecutor não possuiria limites de atuação bem definidos, de modo que está absolutamente desimpedido para apresentar a verdade (ao menos pretensamente) real ao corpo social que urge pela firmeza do Estado diante de um crime, em tese, cometido.

Nesse primeiro exemplo, pela caracterização da relação processual penal mencionada, o Estado em que se desenvolve muito possivelmente configuração política autoritária, controladora e intervencionista no âmbito de esferas individuais dos membros de sua comunidade. Por outro lado, percebe-se que, em um Estado Democrático de Direito, as relações processuais penais possuem inclinação normativa e principiológica com a finalidade de assegurar não apenas a eficiência da punição, como também resguardar os direitos e garantias fundamentais do réu (SICA, 2009).

É nesse sentido que a democracia nas relações processuais penais é verificada à medida em que os direitos e garantias individuais previstas no artigo 5º da Constituição Federal de 1988 exprimem valores de uma relação igualitária, dialética e reconhecadora da dignidade ínsita à figura hipossuificante desta relação, o acusado.

A essência democrática do processo penal brasileiro é observada, por exemplo, através da garantia ao acusado e sua defesa de tratamento igual perante a lei, não havendo distinção de oportunidades ou prerrogativas em favor do órgão acusador. Desse princípio decorre, por exemplo, a noção de paridade de armas (BEDÊ JÚNIOR, 2009).

O princípio do contraditório, também previsto de maneira explícita na Constituição Federal de 1988 é talvez o símbolo mais elucidativo da opção do constituinte por uma estrutura processual penal democrática no Brasil. De acordo com esse princípio, é assegurado às partes o direito à ciência e à participação nos atos do processo, de modo que haja acesso igual à prova comum já produzida e a se produzir, bem como aos argumentos levantados pela parte diversa e o seu direito de contrarrazoar antes da decisão do juízo (CAVALLARI, 1961, p. 730).

Outro princípio que evidencia a opção do constitucionalista pela composição processual democrática é a garantia ao duplo grau de jurisdição. Através deste princípio, assegura-se que as partes terão direito à reapreciação do provimento jurisdicional por outro órgão julgante diverso do primeiro. Essa ideia de revisão do provimento está vinculada à democratização dos provimentos judiciais, não havendo a imposição inquestionável de um determinado ato decisório, seja ele terminativo de feito (ou não), em um processo.

Por fim, a estrutura democrática do processo penal brasileiro apresenta-se pela previsão do princípio da publicidade dos atos processuais. A publicidade dos atos, em um primeiro momento, relaciona-se a contrapor a inquisitividade e o sigilo que apossou-se da persecução penal ao longo da história.

Ocorre que, em uma configuração moderna de Estado Democrático de Direito, não há mais sentido em tornar secretos os atos que ocorrem no processo, em especial, em uma perspectiva garantista, defendida pelos valores expressos na Constituição Federal de 1988, e que tem por objetivo assegurar a participação do réu nos atos do processo.

Em regra, portanto, os atos processuais penais são públicos, com a finalidade de assegurar não apenas ao réu, mas à sociedade, o direito de ciência sobre os atos da persecução penal. Excepciona-se a publicidade em casos em que o magistrado especificamente decreta o segredo de justiça nos autos, com a finalidade de resguardar a intimidade da vítima ou a imagem do réu.

Pontue-se, por fim, que a noção defendida de publicidade dos atos processuais, não se confunde com a execução em público de que por vezes é alvo o acusado, ainda que sem ter

sequer sido sentenciado pelo órgão julgante. Esta deturpação do sistema é tratada com problemática e não como caracterização das relações processuais penais democráticas (ALMADA, 2005).

A eleição da democracia como um fundamento da estrutura processual penal brasileira decorre, exemplificativamente, da previsão principiológica tratada na Constituição Federal a ser aprofundada adiante. Para a elucidação da ideia de democracia na relação processual, em geral, e da percepção de que é dessa dialeticidade que decorre a própria natureza processual é necessário o aprofundamento do pensamento de Élio Fazzalari acerca de processo e de sua distinção de procedimento.

Ao estabelecer que processo é procedimento em contraditório, Fazzalari deixa clara a associação do conceito de processo com a existência de uma relação dialética e dialogal entre as partes que atuam em uma lide. É essa característica apoiada em um princípio democrático, que diferencia o conceito de processo, do conceito de procedimento. O sentido do processo está, pois, na relação reflexiva entre as partes, na observação de uma simétrica paridade entre os que compõem os pólos da demanda, bem como entre eles e o juiz da questão (LEAL, 2004).

Para Fazzalari (2006) o traço distintivo da dialeticidade e, portanto, da democracia como elemento essencial do processo traz uma concepção mais completa do que as anteriores, que dizia haver processo meramente onde existe conflito de interesses, ou então aos que afirmavam haver processo quando existem sujeitos que ocupem pólos distintos da lide, com interesses distintos. Ele associa a própria existência do processo à verificação de um movimento relacional, argu mentativo e dialogal entre as partes que ocupem funções diversas no processo. Dessa forma, o conceito de contraditório ocupa uma posição importante na definição de relação processual.

Para Fazzalari (2006, p. 120), o contraditório, responsável pela estrutura dialética e democrática no processo, ocorre em dois momentos distintos: o primeiro momento é o direito à *informação*, no qual o Estado deve facultar as partes a informação necessária acerca dos fatos e da normatividade aplicável, a fim de possibilitar de maneira transparente que as partes tenham conhecimento do objeto do processo e posicionem-se da maneira que melhor lhes aprouver. O segundo momento, complementar é o direito de reação, no qual, cientes das circunstâncias fáticas e das condições processuais as partes possam decidir como agir nos autos, a fim de melhor constituir sua pretensão perante o juízo.

Rosa (2006, p. 253) ressalta que o direito à informação às partes é uma característica processual democrática a que está atrelado o Estado. Assevera, ainda, que essa percepção do contraditório como elemento essencial à estrutura processual não se presta apenas ao acusado, por exemplo, mas, sim, a ambas as partes, caracterizando, assim, a noção de simetria paritária de Fazzalari.

A visão de Fazzalari sobre o papel e o comportamento do juiz no âmbito das relações processuais também é coerente com sua visão democrática. Comenta Gonçalves (1992, p. 126) que, para Fazzalari, o magistrado deve ser sempre um terceiro em relação às partes que possuem interesse direto na demanda, em especial por ser o julgador quem irá subscrever o provimento, de forma que a sua atuação isenta é garantida pela distância mantida em relação às partes e às suas pretensões.

Jurgen Habermas (2003) complementa o pensamento de Élio Fazzalari acerca da proposta dialética e democrática de processo, com o desenvolvimento de sua teoria discursiva do direito, através da qual se propõe a superação de uma racionalidade prático-moral por uma racionalidade comunicativa, a partir do qual se estabelece um novo conceito de democracia, não mais apoiado em uma ideia de contratualismo social, mas, sim, com esteio em um consenso surgido do discurso e da deliberação.

Essa ideia de democracia deliberativa e discursiva aplica-se por sua vez à realidade jurídica, na medida em que o provimento jurisdicional não é mais considerado o fruto de uma visão normativista, fruto de uma filosofia de época que é liberal e individualista. Na verdade, propõe Habermas que a legitimidade do provimento jurídico deve se consolidar sob as bases da integração participativa, igualitária e efetiva do indivíduo na construção do provimento, através do discurso, da deliberação e do diálogo, matrizes do pensamento democrático e solidário (HABERMAS, 2003, p. 137).

Nunes (2006, p. 43) afirma que a partir do pensamento de Habermas, propõe-se uma noção de legitimidade do Direito constituída em torno da empreitada cooperativa que se apresenta por meio de procedimentos que possibilitam a participação de todos os sujeitos que possuem interesse no processo, tanto no instante de produção de leis como no instante de aplicação das normas ao caso concreto.

A teoria discursiva de Habermas dá ênfase à importância da formação política da vontade e da opinião através do discurso, ressaltando que a Constituição de um Estado, possui

relevante papel em sua teoria, porquanto é na própria Constituição que há a institucionalização das formas comunicativas democráticas oriundas da opinião popular. (HABERMAS, 2003, p. 165).

Assim tem-se em Habermas a superação de uma razão instrumental típica do Estado Liberal de Direito, por uma razão emancipatória que tem por primado a participação dos indivíduos na construção de um consenso, através de um discurso pautado na liberdade, sem intuito de dominação da outra parte, mas, sim, de seu convencimento, para fins de chegarem a um provimento mais adequado. Essa realidade proposta por Habermas comunica-se da noção democrática e contraditória que deve caracterizar a persecução penal.

O elemento discursivo que estrutura não apenas a legitimidade das normas constitucionais e infraconstitucionais de um Estado, como também a construção de um consenso que se preste a auxiliar a prestação de um provimento jurisdicional mais adequado, associa-se de maneira direta e inquestionável com a teoria de Fazzalari, que propõe o contraditório e a dialeticidade como um elemento essencial para a existência de uma razão de ser do processo.

Para Fazzalari o processo é observado como um exercício democrático inafastável, que sem a cooperação de ambas as partes envolvidas, de maneira paritária, perde a sua razão em si mesmo, porquanto inexistente sendo a contribuição discursiva da parte, conforme assevera Habermas, inexistiria legitimidade do provimento judicial apresentado (FAZZALARI, 2006).

A garantia de uma persecução penal democrática é, portanto, essencial para o reconhecimento de um Estado de Direito. Ausente o caráter dialogal da relação processual, para Fazzalari, sequer poder-se-ia denominar-se processo, mas, sim, um mero procedimento. E, à guisa de derivação lógica, apenas em um Estado não-democrático admite-se a possibilidade de condenação sem prévia relação democrática de construção discursiva e deliberativa de um provimento jurisdicional legítimo.

É essa estrutura democrática que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu através dos direitos e garantias fundamentais previstos de maneira explícita e implícita. Passa-se, pois, à análise destes princípios característicos e à associação de seu conteúdo à teoria do processo penal democrático.

Exercer a persecução penal sob uma perspectiva democrática, dialética, e integradora é refletir a preservação da dignidade da pessoa humana das partes, como também tratar do

processo como um instrumento participativo para dirimir os conflitos surgidos em uma perspectiva de inclusão solidária. O processo torna-se um espaço público em que as partes são chamadas a atuar de maneira discursiva com o propósito conjunto de pacificação do meio social.

3.1.1 Isonomia Processual

Aristóteles, em *A Política* (1988, p. 236) já tratava da questão da igualdade como um elemento fundamental à solidificação de um Estado democrático. Essa igualdade, do ponto de vista político, se constituiria a partir da noção de isonomia, que significa, igualdade perante a lei. Torna-se adequado em um regime democrático que todos, sem distinção tenham os mesmos privilégios e obrigações políticas perante o Estado.

A isonomia é um valor inato ao Estado de Direito. A partir das teses contratualistas para a fundamentação do Estado de Direito, inspiradas pelo iluminismo, não há em que se falar em Estado de privilégios ou em Estado de castas, ou ainda em direitos e obrigações distintos perante a lei. As normas jurídicas têm o caráter de abstratividade e de generalidade, de modo que, em um Estado de Direito, não é admissível a possibilidade de discriminação e de tratamento diferenciado perante as leis desse Estado (NICZ, 1981).

Nesse contexto histórico é que as revoluções libertárias do século XVIII, em especial, a Revolução Francesa, inspirada nas ideias iluministas, traz a concepção de igualdade perante a lei, estabelecendo-se a organização do Estado em torno de legislações codificadas e sendo este o paradigma isento para estabelecer igualdade nas relações entre os cidadãos.

O primeiro documento que fez menção expressa à igualdade perante a lei foi a Declaração dos Direitos de Virgínia, 1776, que se valeu das ideias liberais de Locke, tendo muitas de suas ideias sido reproduzidas nesta carta precursora, mencionando em seu artigo 1º que “todos os seres humanos são, pela sua natureza, igualmente livres e independentes, e possuem certos direitos inatos”, abordagem até então, inédita da isonomia por um documento estatizado (NICZ, 1981).

Seguiu a positivação da isonomia, a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, datada de 7 de julho de 1776, que previu que “todos os homens são criaturas iguais, dotadas pelo seu Criador de certos direitos inalienáveis, entre os quais a vida, a liberdade e a busca da felicidade”.

No mesmo sentido, foi a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, documento que foi produto das modificações severas na concepção de Estado, oriundos da Revolução Francesa, e além de tratar diretamente do valor de isonomia em seu artigo 1º, estabelecendo que “os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos (ROCHA, 1996). As distinções sociais só podem fundar-se na utilidade comum”. Além da menção em seu artigo 1º, esta Declaração, ao longo de seu texto, fez várias referências à isonomia ao refutar a existência de privilégios em benefício de alguns.

Percebe-se, portanto, que a isonomia está além de ser um mero princípio norteador do Estado de Direito. Em verdade, confunde-se com sua própria essência, uma vez que o processo de surgimento e consolidação da noção de igualdade confunde-se com o próprio momento de estruturação moderna do Estado (ROCHA, 1996).

Rawls (1971, p. 90) construindo sua teoria sobre justiça questiona se, em situação de possibilidade de opção no pacto do contrato social, pudessem ser eleitos pelos próprios indivíduos os valores que deveriam permear a aplicação deste pacto, quais seriam estes valores.

Como elemento para instigar ainda mais este exercício hipotético Rawls propõe que estes indivíduos que elegeriam tais valores não soubessem qual a posição ocupariam nessa sociedade imaginária, tudo isso, com a finalidade de excluir dos sujeitos qualquer opção voltada ao atendimento dos próprios interesses, caso soubessem de seu estamento social.

Para Rawls (1971), a partir desse tipo de exercício racional se chegaria a uma ideia genuína e cientificamente pura dos valores que deveriam emergir desse contrato social hipotético, exatamente o que era defendido pelos defensores do contratualismo, que expressavam suas ideias à época das revoluções do século XVIII.

O autor chega à conclusão de que dois princípios de justiça seriam os possivelmente eleitos pelos indivíduos pactuantes deste contrato hipotético: o primeiro ofereceria as mesmas liberdades e concessões básicas a todos; o segundo princípio se referiria à equidade, social e econômica. Perceba-se que ambos apontam, sob formas diferentes, para o mesmo valor, qual seja a isonomia.

Sandel (2012), apesar de discordar da ideia contratualista vinculativa que propôs Rawls, admite que a questão da igualdade é um problema basilar de que se ocupam os jusfilosofos da modernidade. Entretanto, assevera a complexidade da garantia de igualdade, em especial, em se tratando de sociedades em que a diferença entre os seus membros é um traço comum.

No direito brasileiro, o direito à igualdade perante a lei esteve positivado desde a Constituição Imperial de 1824, em sua concepção formal. Pimenta Bueno (1958, p. 398), comentando esta previsão, destacava a impossibilidade de haver desigualdade perante a lei, ainda que houvesse desigualdade em outros atos da vida social. Assim, a lei deveria ser imposta, seja para beneficiar, seja para prejudicar da mesma maneira a todos, sem qualquer tipo de parcialidade.

Ressalte-se, que, pelo próprio contexto histórico em que surgiu, momento histórico de reorganização total do conceito de Estado, inicialmente a finalidade da isonomia era estabelecer o fim dos privilégios pertencentes aos membros da corte do monarca absolutista, que gozavam de benefícios em detrimento dos demais. O objetivo da isonomia era meramente o de estruturar uma nova concepção de Estado, com características liberais, assegurando que o indivíduo não sofresse ingerência discriminatória pelo Estado, porquanto era igual aos demais perante as leis (GILISSEN, 1979).

Conforme Bonavides (1993), tais direitos caracterizam-se como componentes de uma primeira geração de direitos fundamentais formada por um conjunto de direitos que correspondem à fase inicial do constitucionalismo ocidental, e que se reportavam à configuração Liberal do Estado de Direito.

Todavia, a dimensão do princípio da isonomia supera os meros limites da estrita igualdade perante as leis, conforme mencionado em uma dimensão inicial. Abrange, ainda, a necessidade de o Estado zelar pela igualdade de condições de todos os cidadãos a que à lei se submete, ainda se perceba desigualdade de condições entre eles.

Nesse sentido, Barbosa (2004), relembra que a regra da igualdade consiste, em verdade, em tratar desigualmente aqueles que são desiguais em busca de igualá-los. O Brasil, como país em que as desigualdades sociais são profundas e evidentes há de ter como objetivo fundamental busca por uma sociedade isonômica, sob os valores da justiça e da liberdade.

Critica, ainda, a noção de isonomia que é alheia às desigualdades preexistentes às relações entre indivíduos entre si e entre o indivíduo e Estado, dizendo que a deturpação da isonomia se dá quando essas discrepâncias são ignoradas e busca-se atribuir as mesmas condições a todos, como se todos naturalmente se equivalessem (BARBOSA, 2004).

Assim, em sua concepção material, a isonomia passa a ser vista como um valor do qual depende ação positiva do Estado para que haja a sua guarda. A ideia de isonomia material está, portanto, relacionada à ideia de Estado Social de Direito. Essa evolução na configuração do Estado, e principalmente, em sua postura para garantir direitos, o que se deu, nesse segundo momento, de forma prestacional, tem como marco histórico a revolução industrial ocorrida no século XIX, momento em que surge o proletariado, como consequência dos meios industriais de produção, hipossuficiente de direitos sociais, como saúde, educação, alimentação, que necessita do Estado como provedor e garantidor de direitos (MELLO, 1993). A isonomia material, como valor que constitui a essência do Estado, passa a ser observada pelo direito, a partir da consolidação de sua finalidade social.

Ao prever, como objetivo fundamental da Constituição Federal de 1988, que o Estado brasileiro se propõe à construção de uma sociedade livre e justa, bem como a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e das desigualdades regionais, e ainda, se propõe a promover o bem de todos, sem tolerar quaisquer tipos de discriminação, resta claro que a República Federativa do Brasil tem como vetor valorativo a defesa da isonomia em todas as ações que pautem o Estado e suas instituições (LEAL, 2004).

No processo penal, conseqüentemente, se faz sentir a isonomia como valor inegociável, a partir dos estudos dos princípios constitucionais em matéria persecutória, que refletem essa predisposição finalística e que identifica o processo penal brasileiro.

Segundo Hamilton (2009), o princípio do devido processo legal, por exemplo, previsto na Constituição Federal de 1988, inciso LIV, que assevera que apenas poderá haver privação de patrimônio ou de liberdade do acusado, após o devido processo legal, que remete, indistintamente à necessidade de que se obedeça a procedimentalidade prevista em lei, com a concessão de todos os mecanismos de defesa que lhes são inerentes.

O devido processo legal tem por paradigma o respeito da persecução penal a partir das normas positivadas ao tempo do cometimento do delito, e, apenas após o cumprimento do procedimento previsto em lei, é que é possível considerar uma punição estatal como legítima.

Percebe-se dessa forma, que dois dos mais simbólicos princípios dos que caracterizam o Estado de Direito moderno, legalidade e devido processo legal, estão associados entre si e alinhados ao valor superior da isonomia: a garantia de que o Estado apenas irá impor qualquer

modalidade de sanção penal após a observância do devido processo legal e à legalidade em sentido estrito. Esta concepção implica em tratamento isonômico do Estado em relação aos acusados, independentemente de quem se tratem (TRANCHINA, 1991).

Outros princípios exemplificativos da expressão de isonomia no processo penal são os princípios do contraditório processual e da publicidade dos atos processuais. O primeiro deles, previsto no artigo 5º, LV, determina, em seu conteúdo que toda alegação fática ou prova produzida por uma das partes, deve ser posta à apreciação da outra. É um princípio que tem o claro escopo de equilibrar e igualar as relações processuais, do qual decorre, por exemplo, o subprincípio da paridade de armas.

Não se trata de princípio atinente ao indivíduo processado, mas, sim à relação processual em si, podendo ser avocado, também por quem compõe o pólo acusador. Importa ressaltar que o princípio do contraditório tem por conteúdo permitir acesso à ciência e à participação das partes, no processo penal de maneira igualitária, e em especial é demandado quando da suscitação de questão fática controversa.

Fernandes (2002) afirma que o princípio da publicidade, por sua vez, também se constitui expressão do valor da isonomia na estruturação do processo penal. O artigo 5º, inciso XXXIII, prevê que os atos praticados no processo penal são públicos, em regra, a não ser que seja expressa a decretação de segredo de justiça no processo.

A inquisitividade anteriormente presente nos sistemas processuais penais caracterizava-se pelo sigilo, em regra, dos atos procedimentais, de forma que havia um claro desequilíbrio entre as partes que se opunham no processo: o inquisidor tinha pleno conhecimento de todos os fatos alegados e as provas colhidas, enquanto o acusado tinha evidente dificuldade para acessar aquilo que pendia contra si (LIMA, 2009). O estabelecimento da publicidade, como princípio constitucional incidente sobre o processo penal brasileiro, exprime a intenção do estado brasileiro em propor relação isonômica ao acusado.

Etmologicamente, a palavra isonomia tem origem no grego e significa igualdade perante a lei. Tem como principal finalidade o estabelecimento de equilíbrio nas relações processuais de modo a assegurar amplitude de oportunidades de atuação tanto à acusação, como à defesa do acusado. Através da aplicação prática da isonomia às relações processuais torna-se plausível a verificação de um processo penal dialético e democrático.

A isonomia é objeto de estudo da filosofia desde a antiguidade. Platão e Aristóteles tinham uma visão nominalista da isonomia, segundo a qual a desigualdade seria uma característica universal e não haveria possibilidade prática de se alcançar a igualdade perante todos os homens. Nesse sentido é que ambos entendiam a dominação de um homem livre sobre um escravo como algo decorrente da desigualdade ínsita à natureza humana (CANOTILHO, 2002, p. 381).

Há ainda os que interpretam a isonomia de maneira absoluta, como Rousseau, que defendia que a igualdade total entre os homens estaria vinculada com o estágio primitivo de felicidade, uma vez que a desigualdade seria uma triste consequência da vida em sociedade (ROUSSEAU, 1978, p. 82). Dessa maneira, Rousseau alerta para o fato de que antes da convivência de sociedade o homem seria absolutamente igual e dessa condição decorreria a felicidade.

Sandel (2012, p. 194), ainda no campo filosófico, critica a ideia absoluta de igualdade defendida por Rousseau asseverando que a chamada igualdade por nivelamento não faz sentido, uma vez que impede os indivíduos diferenciados positivamente de que se destaquem dos menos dotados. Rawls (1971), no mesmo sentido, critica a igualdade absoluta, aos moldes de Rousseau, acrescentando o princípio da diferença à sua teoria da equidade, segundo o qual, seria uma maneira de corrigir a distribuição desigual de aptidões entre os indivíduos, sem impor limitações aos mais talentosos.

Por fim, há uma concepção do princípio da isonomia que, apesar de reconhecer como existente a desigualdade entre os homens, em atributos e em capacidades, não pode haver, sob hipótese alguma, a consideração de desnivelamento em essência. A condição humana, per si, dota os indivíduos de direitos e de deveres para com a comunidade de maneira igual (ZAGREBELSKY, 1999, p. 91).

Aperfeiçoando a ideia de isonomia realista, é a teoria de igualdade social proposta por Messner (1965, p. 430) segundo o qual se observando as desigualdades entre os homens, que são naturais, e observada a igualdade existencial entre estes mesmos indivíduos, surge a proposta de cooperação social para que haja a superação das desigualdades práticas, com a finalidade de estabelecer a diminuição dessa diferença e o estabelecimento de um meio social mais equitativo.

A percepção do conceito de igualdade em Messner (1965, p. 468) supera, portanto, a igualdade formal, típica do pensamento liberal, bem como a igualdade mecanicista, típica do

pensamento socialista. Em Messner, as individualidades possuem consciência de sua responsabilidade para com o todo. Este comprometimento dos indivíduos, com o bem dos demais indivíduos e da comunidade, garantem maior proximidade com o alcance do bem comum.

É essa última concepção que é tomada como referência pela filosofia jurídica, não apenas para fundamentar os direitos humanos, decorrente da questão existencial individual, como também para fundamentar a isonomia no plano jurídico, o que acaba por justificar, no plano prático processual, a consolidação do princípio da isonomia.

Na Constituição Federal, o princípio da isonomia possui previsão explícita no artigo 5º, caput³⁰, além de haver clara menção ao seu conteúdo em outras previsões constitucionais como, por exemplo, no artigo 3º, III, artigo 5º, I, ou ainda no artigo 150, II³¹.

O artigo 5º, XXXV, ao prever que a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça de direito, firma de maneira clara a ideia de isonomia, sob seu aspecto formal na Constituição Federal. Ocorre que a inafastabilidade de jurisdição, por si só não representa o alcance da isonomia, é necessário que se faça presente o aspecto substancial (ou material) da isonomia de modo que pessoas que estejam em condições econômicas ou sociais distintas estejam equiparadas em termos de direitos perante a lei.³²

A aplicação da noção de isonomia, ao processo penal, representa uma importante amostra da consolidação dos valores democráticos no processo, de maneira que, ainda que se reconheça a força do Estado acusador, previamente estruturado e habituado ao múnus de acusar, dotado de poder de polícia para diligenciar e de estrutura funcional que facilita seu mister investigatório. A lei garante equilíbrio na relação processual com o acusado,

³⁰ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

³¹ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

Art. 5º [...] I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...] II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos; [...].

³² A ideia de isonomia formal atrela-se à igualdade perante a lei em sentido estrito, ou seja, na existência de condições ideais de igualdade entre os indivíduos perante a lei. Ocorre que a noção de igualdade formal exclui a observação prática da existência de desigualdades inerentes as condições reais entre os indivíduos observados no caso concreto. Logo, quando da consolidação do conceito de isonomia material é que se exige da lei e do Estado que tratem os desiguais de forma proporcionalmente desigual a fim de realizar exercício isonomia equiparando-lhes as condições.

hipossuficiente, através da concessão de direitos e garantias compensadores dessa desigualdade de possibilidade de ação (BOVINO, 2005, p. 101).

No processo penal, deve-se assegurar a isonomia material de maneira eficaz, porquanto, por vezes, torna-se difícil equiparar do ponto de vista forense as armas processuais da acusação e da defesa. Conforme já mencionado, no contexto social de crise de valores humanitários e a partir da observação meramente funcional da pessoa no corpo social, a condenação mostra-se o caminho mais fácil e conveniente. Em regra, assegura-se a possibilidade de defesa formal ao réu sem dotar-lhe efetivamente de iguais condições de assegurar a manutenção de seu estado de inocência. O equilíbrio de forças na relação processual penal, para Fernandes (2002, p. 46) está diretamente associado à missão de efetivar-se materialmente a paridade de armas no curso da lide.

No âmbito processual a verificação prática da isonomia processual é ampla, abarcando a garantia de que toda e qualquer condição de atuação processual cedida a uma das partes será assegurada à outra, bem como que haverá o exercício de isonomia material na relação processual, através da oportunização, na lei, de maiores possibilidades de atuação àqueles menos favorecidos processualmente, como forma de democratizar o processo penal (ARMENTA DEU, 1995).

O reconhecimento da igualdade perante a lei é a afirmação da equiparação de todo indivíduo com base na dignidade da pessoa humana, não os distinguindo pela prática de uma conduta considerada ilícita. Além disso a isonomia figura como uma premissa para o estabelecimento de uma sociedade fundada na solidariedade, em que à coletividade cabe proporcionar ao indivíduo os direitos de participação no provimento judicial criminal.

3.1.2 Juiz Natural

São pressupostos de existência da relação persecutória penal necessariamente as partes, acusação e réu, representado pela defesa técnica, e o objeto do processo sob a qual se debruçará a persecução criminal. Ocorre que conforme assevera Coutinho (2008, p. 168), importa atentar, ainda, para o Estado juiz que irá exarar o provimento judicial acerca desta questão. Verificar, na ordem constitucional brasileira, como está previsto a estruturação do órgão judicante, bem como a regulamentação de sua atuação, importa de maneira especial para a verificação da existência de uma relação processual penal democrática.

O artigo 5º, inciso LIII³³, da Constituição Federal prevê que ninguém será processado ou sentenciado senão por autoridade competente. A competência do juízo natural refere-se não apenas à forma de investidura do representante do Estado juiz, que se dá por meio de concurso de provas e títulos (portanto, um critério democrático, voltado à premiação da meritocracia, em que qualquer pessoa, independentemente de raça, credo, orientação sexual, possa ascender), mas também, à forma de atuação deste magistrado que deverá se dar de maneira prévia, independente e imparcial. Dessa forma, a previsão constitucional acerca deste princípio é complementada pela previsão do artigo 5º, inciso XXXVII, que veda a existência de juízo ou tribunal de exceção.

O princípio do juiz natural associa-se de maneira clara à obrigação de o Estado, ao trazer um membro da coletividade a julgamento, fazê-lo de maneira isenta e imparcial. Este não apenas é pode ser considerado uma decorrência do dever de isonomia do Estado, como também uma forma de assegurar relações democráticas e não inquisitivas nos atos praticados ao longo da persecução penal.

Porto (1993, p. 122) observa a relação entre o princípio do juiz natural e a ideia de igualdade e democracia sob uma dupla faceta, se por um lado este princípio assegura que ninguém poderá ser submetido a um juízo que não seja o competente, previsto constitucionalmente assim, também não poderá nenhuma das partes obter qualquer privilégio na escolha do juízo que lhe seja mais conveniente. Neste caso, a isenção da atuação do representante do Estado juiz estaria afetada por estar desrespeitada a equidistância do julgador de ambas as partes, o que obviamente violaria o caráter democrático que conduziria o processo penal à um provimento legítimo.

O termo juiz natural, segundo Rodrigues (2007, p. 174) está associado à um processo de escolha não artificial, não induzida, do julgador. Está nessa adjetivação a garantia de que a correspondência do juízo a um determinado processo não decorrerá de nenhuma manipulação que afete a ordem igualitária e democrática da persecução criminal.

Jorge de Figueiredo Dias (1974, p. 310) assevera que outro aspecto do princípio do juiz natural, que tem importante função na ordem jurídica: é a de organizar a competência processual das matérias a serem julgadas. Em que pese tenha este propósito este princípio não

³³ Art. 5º [...]

XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção; [...]

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente; [...].

é suficiente para a resolução de todas as questões que podem decorrer da distribuição de competência para julgamento, motivo pelo qual é necessário que haja regulamentação própria por parte de cada tribunal da divisão de competência, para que não haja conflito que retarde a eficiente prestação jurisdicional.

É com fundamento no princípio do juiz natural que se estabelecem de maneira clara para Dias (1974, p. 358) os critérios básicos de competência com o fito de organizar a atuação do judiciário: a competência em razão da natureza do delito praticado, uma vez que deve haver distribuição do juízo de acordo com o tipo de crime e da matéria de que trata; a competência em razão da localidade em que foi cometido o delito, caso haja mais de um órgão judicial competente, do ponto de vista material para julgar o delito e, por fim; e em caso de haver a fixação do juízo natural a partir da natureza do crime e sob seu aspecto territorial, importa compreender a competência funcional para julgamento, devendo-se determinar o juízo apto a julgar uma determinada fase do processo ou um específico ato processual. São estes os critérios primeiros para fixação de competência sugeridos por Dias (1974) e que representam reflexo finalístico direto do princípio do juiz natural.

Para Barcellona (1976, p. 100), este princípio está diretamente relacionado ao estabelecimento da estrutura judicial do Estado Democrático de Direito, na medida em que foi previsto de maneira literal posteriormente à Revolução Francesa, quando houve a edição de lei que vetava as chamadas justiças senhoriais, que se constituíam como foros especiais de julgamento dos nobres e que os distinguiam em privilégios e garantias em relação aos cidadãos comuns, esta nova situação jurídica que firmava a competência de juiz natural inafastável no artigo 4º, capítulo V, da Constituição da França de 1791³⁴.

Coutinho (2008, p. 169) assevera, então, que a preocupação com a manutenção do juiz natural é pertinente à remodelação do processo penal em seu aspecto democrático, de modo que estava vedada a submissão do cidadão a qualquer juízo estabelecido *post factum*, os famigerados tribunais de exceção, que atentam diretamente contra o direito que todo cidadão possui de ser processado por crime e por tribunal prévios ao fato delitivo cometido.

³⁴ Art. 4º. *Chapitre V: “Les citoyens ne peuvent être distraits des juges que la loi leur assigne, par aucune commission, ni par d’autres attributions et évocations que celles qui sont déterminées par les lois”.*
“Art. 4º. Capítulo V: Os cidadãos não podem ser afastados dos juízes que a lei os atribuir, por nenhuma comissão ou por nenhuma outra atribuição ou evocação, que não as que tenham sido determinadas pela lei”.
(Tradução Livre)

Este princípio foi historicamente previsto na legislação brasileira desde a Constituição Imperial de 1824, no artigo 179, XI e XVII³⁵. A previsão de um júízo competente para o julgamento de uma lide processual repetiu-se em todas as constituições vindouras, exceto, a Constituição Federal de 1937.

De uma breve análise passada aduz-se que este princípio esteve historicamente e continua, na Constituição vigente, previsto, além de estar presente em instrumentos jurídicos internacionais como o Pacto de San José da Costa Rica³⁶, em seu artigo 8º, ao qual o Brasil aderiu através do Decreto Lei nº 678/92. Há de se concluir o compromisso do Brasil em assegurar a garantia constitucional do juiz natural como um importante moderador da democracia das relações processuais.

Por fim, interessa ressaltar a crítica que Coutinho (2008, p. 175) faz relativa à necessidade de observância deste princípio de maneira velada, sob o risco de se admitir flexibilização a primados inegociáveis do processo penal democrático, o que seria inaceitável.

Coutinho (2008, p. 169) menciona a temática ao criticar, por exemplo, decisão do Supremo Tribunal Federal no Inquérito 687-QO, de Relatoria do Ministro Sydney Sanches, julgado em 25/08/1999, caso em que após fixada a competência para julgamento do caso, o Supremo Tribunal Federal decidiu por decliná-la, segundo Coutinho pela complexidade e pela repercussão que este caso particularmente trouxe para si.

Se houvesse real respeito ao Estado Democrático de Direito não haveria qualquer necessidade de flexibilização deste princípio, que por si só, possui conteúdo, alcance e finalidade bem delimitados. Ocorre que, para Coutinho (2008, p. 170) acontece flexibilização pejorativa deste princípio, de modo que os operadores do direito, dispendo dos vazios hermenêuticos oferecidos, atendem a sua própria demanda de comodidade e, por vezes, desvirtuam o conteúdo essencial deste princípio, como no exemplo concreto anteriormente citado.

³⁵ Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte: XI. Ninguém será sentenciado, senão pela Autoridade competente, por virtude de Lei anterior, e na fôrma por ella prescripta; XVII. À excepção das Causas, que por sua natureza pertencem a Juizos particulares, na conformidade das Leis, não haverá Foro privilegiado, nem Comissões especiaes nas Causas civeis, ou crimes.

³⁶ Artigo 8.º Garantias judiciais. 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos e obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza

Dessa maneira, é certo que de nada adianta a previsão há séculos, no direito brasileiro da garantia processual do juiz natural, sem que haja o seu respeito do ponto de vista material. Não é suficiente ter juízo formalmente destacado, obedecendo-se as regras de competência, para julgar determinada demanda processual penal, o que em tese o garante como juízo isento, sem que esta imparcialidade seja auferida na prática.

Por fim, deve-se ressaltar que a delimitação de competência e de um juiz isento, imparcial e em juízo prévio, possui caráter típico de democratização das relações havidas entre as partes no processo penal, deriva da possibilidade de este juiz ser apontado como impedido ou suspeito de atuar na demanda e em caso de julgamento procedente da exceção (por outro órgão judicante) arguida por qualquer das partes, haverá a redistribuição do processo a outro juiz.

A possibilidade de as partes modificarem o juízo, desde que fundamentadamente, e nos casos previstos em lei, representa, inquestionavelmente, um avanço democrático das relações processuais penais, uma vez que resguarda o direito ao juiz natural pelas partes, quando haja a sua violação. A conservação desse aspecto democrático e dialógico do processo penal apresenta a intenção do legislador em priorizar a lisura da condução da persecução penal, ainda que para isso deva ser o juiz da causa substituído, por não ser apto a conservar conduta processualmente imparcial.

Zelar pela correta aplicação do princípio do juiz natural implica na consolidação de um importante primado para a prestação jurisdicional no Estado Democrático de Direito. Todavia, é importante garantir a aplicação deste princípio em seu aspecto formal e material, sob pena de que este princípio sirva de instrumento para perpetração de injustiças e de desequilíbrio de relações processuais, quando os vazios hermenêuticos se prestem à fixação de juízo natural inadequado.

O princípio do juiz natural representa um claro traço democrático do processo penal brasileiro. Isto, porque, ao garantir um órgão julgador isento e desvinculado com os interesses as partes, o Estado possibilita que a acusação e a defesa exerçam a suas respectivas atuações processuais e potencializem a sua contribuição com a construção do provimento judicial. É essa participação integradora entre as partes com o objetivo de auxiliar o poder judiciário, através de um juiz competente, independente e imparcial, que oportunize essa dinâmica de maneira adequada, que conduz à proposta solidária de persecução penal.

3.1.3 Contraditório Processual

Lima (2009, p. 161) ao definir o conceito de contraditório processual ressalta que é necessário situar este princípio no contexto de configuração do processo no Estado Democrático de Direito, para que se possa compreender em que sentido se insere. A concepção de que o Estado apenas pode impor sanção penal, restringindo liberdade ou patrimônio do indivíduo, após a tramitação de um devido processo legal, abrange a necessidade de se conferir ao acusado e ao acusador o direito de interagir com os autos e participar de maneira ativa da construção da prova, ao longo da instrução processual.

Assim, o contraditório parte da premissa de que a relação processual é composta por sujeitos processuais necessários, quais sejam o autor da demanda, que em matéria processual penal é, em regra, o Estado acusador, representado pelo Ministério Público, o destinatário da acusação que é o réu, que necessariamente deve ser representado por defensor, com capacidade técnica de postulação e o juiz, que possui dever manter-se equidistante das partes.

A definição destes sujeitos é imprescindível para a compreensão do princípio do contraditório, em especial, pelo fato de que seu conteúdo refere-se à oportunidade de interação destas partes no âmbito do processo. A função inicial do contraditório é possibilitar, nessa interação às partes, o direito de audiência bilateral, possibilitando que as partes, acusação e defesa, manifestem-se acerca dos elementos lançados pela parte contrária nos autos (GRECO FILHO, 1989).

Vicente Greco Filho (1989, p. 89) assevera que princípio do contraditório é um meio para garantia do princípio da ampla defesa, previsto no mesmo inciso na Constituição Federal de 1988 (Art. 5º, LV). O autor defende que através do contraditório, que seria o direito de expressão nos autos, é que assegura a ampla defesa do réu. Tratar-se-ia de uma garantia para proteger o direito de defesa.

Portanova (2006, p. 139), por sua vez, ao conceituar o princípio do contraditório, delimita-o em duas dimensões: a primeira, referente ao direito de ter conhecimento de todos os atos processuais ocorridos, a segunda, referente ao direito de reação diante dos atos que a parte entenda que lhes são desfavoráveis. Mediante esta reação há a possibilidade de produzir provas e aduzir argumentos que se prestem a sustentar suas razões diante do julgador.

Dessa ideia de ciência, participação e interação entre as partes e das partes com o objeto da lide, é que surge o conceito de contraditório processual, que, na visão de Fazzalari (2006), o elemento dialético oferecido pelo princípio do contraditório é tão relevante ao processo, que integra a sua própria essência.

A teoria proposta por Fazzalari desconstrói a perspectiva de definição do processo como mera relação jurídica, protagonizada pelo julgador e acrescenta ao conceito de processo uma visão estruturalista através da qual se reconhece a importância da participação das partes e sua interação, como elemento imprescindível do processo. A partir da visão de Fazzalari, o princípio do contraditório é alçado a um patamar mais elevado, na fundamentação do processo penal.

Bretas (2010) aprofunda, ainda, a importância dada ao contraditório no contexto moderno de processo penal, ao refutar a visão superficial deste princípio que o limita ao aspecto meramente instrumental de bilateralidade nos atos processuais. Propõe que o contraditório seja considerado o princípio mais relevante para a consolidação da perspectiva democrática do processo, uma vez que, em sua concepção material, possibilita a participação igualitária, através do desenvolvimento da argumentação jurídica na formação do convencimento do magistrado que, influenciado pelas partes que expõem suas teorias fáctico-jurídicas, será o autor do provimento final.

Gonçalves (1992, p. 98) assevera que o respeito prático ao princípio do contraditório depende da garantia de participação nas fases que antecedem o provimento jurisdicional, em condições iguais entre acusação e defesa, de modo a possibilitar de alguma forma o exercício de controle sob o provimento jurisdicional. Dessa forma, a noção moderna do contraditório processual eleva as partes a agentes atuantes não apenas na ordenação regular dos atos processuais, como também no auxílio à função exercida pelo Estado juiz.

Esse auxílio material na produção do provimento jurisdicional final aproxima o princípio do contraditório ao princípio da fundamentação das decisões judiciais, conforme ressalta Bretas (2010, p. 123). Levando em conta que o princípio da fundamentação das decisões judiciais impõe que o magistrado justifique, na prova produzida nos autos, quais elementos de convicção foram decisivos para a procedência ou improcedência da ação ajuizada, é certo que os fundamentos do juiz basear-se-á naquilo que for produzido pelas partes, quando em razão do contraditório.

Dessa forma, a partir desta nova perspectiva aportada ao princípio do contraditório, de que se trata de um princípio de influência da atividade jurisdicional, atrela-se o respeito ao princípio da fundamentação das decisões judiciais a necessidade de respeitar-se formalmente e materialmente o princípio do contraditório.

A supressão do contraditório, nestes termos, resultaria na transformação do processo em um procedimento inquisitorial, em que os poderes instrutórios e de decisão se concentrariam nas mãos do julgador, o trabalho das partes seria reduzido e o réu resumido a um objeto de verificação da verdade.

A associação entre o contraditório e a democracia aplicada ao processo está no fato de que a finalidade da democracia, em sentido lato, é a participação, e o propósito do princípio do contraditório é exatamente possibilitar o exercício dessa participação ativa no deslinde processual.

Para Pedro Manoel Abreu (2011, p. 107) nesse contexto moderno, com o princípio do contraditório ocupando posição axiológica relevante para afirmar o caráter democrático do processo penal, o seu conceito pode ser subdividido em três partes: a primeira refere-se à audiência bilateral das partes nos atos processuais; a segunda é a noção de que o contraditório presta-se a garantir o direito de defesa; a terceira é a necessidade de promoção de igualdade formal e material entre as partes na interação natural pertinente ao processo.

Essa relação de igualdade processual que decorre do contraditório processual tem fundamento na compreensão do âmbito de dignidade humana ínsito ao acusado. A ideia de processo cooperativo parte da premissa de que o Estado deve, no exercício de quaisquer de suas funções, preservar a sua atuação com base na ideia de solidariedade, a fim de aproximar-se do ideal de sociedade livre e justa (ABREU, 2011).

Nesse sentido, o reconhecimento da dignidade existencial atinente ao réu leva a que o Estado busque cooperar com o seu direito de defender-se das acusações lançadas contra si. Na seara processual penal, essa possibilidade democrática demonstra-se através do direito ao contraditório.

Apenas a partir de uma ideia de processo, como procedimento em contraditório, é que se pode delinear uma persecução penal traçada nos limites do Estado Democrático de Direito, comprometida com o livre direito de defesa, pelo acusado e assegurando-se o seu direito de participação, de modo a ser reconhecido como sujeito de direitos e como agente colaborador

para o exercício da jurisdição, denotando o valor de solidariedade entre os sujeitos processuais.

3.1.4 Duplo Grau de Jurisdição

O duplo grau de jurisdição define a possibilidade de reapreciação de um provimento judicial, por outro órgão, de maneira isenta, imparcial e independente. Assim, constitui-se uma importante ferramenta de consolidação da segurança jurídica e do compromisso do Estado em fornecer prestação jurisdicional adequada e o mais aproximada possível com a verdade real dos fatos, com o fito de minimizar equívocos que naturalmente decorrem de qualquer atividade humana.

Carnelutti (2005, p. 282) menciona que o conceito deste princípio atrela-se à ideia de garantia. Em uma relação processual democrática e que considere as partes como sujeitos fundamentais, não apenas na composição da relação processual, mas, também, como agentes ativos na construção do provimento final, não é de se admitir a inexistência de ferramenta para contestar o mérito do que restou decidido.

Assim, surge a necessidade de assegurar esse direito às partes a partir da possibilidade de reapreciação da sentença proferida por juízo distinto do que prolatou a primeira sentença e por órgão de julgamento hierarquicamente superior ao primeiro, impondo-se possível reversão do mérito e prevalecendo sua decisão diante da que fora recorrida (SÁ, 1999).

Comoglio (1954) assevera que a ideia de duplo grau de jurisdição significa duplo cognição de mérito da mesma controvérsia presumidamente apreciada em primeiro grau, efetuada obrigatoriamente por juízos diversos, normalmente sendo o juízo revisor superior hierarquicamente ao juízo cuja sentença é revisada. Arremata, por fim, que o duplo grau de jurisdição de mérito é uma exigência que se constitui variável dos modelos constitucionais de justiça.

Entretanto, ponderando a ideia de Comoglio, Fazzalari (2006) ressalta que o duplo grau de jurisdição não implica necessariamente no duplo grau de apreciação meritória da causa por mais de uma vez, e por órgãos judiciais diversos, uma vez que seria possível que o juízo de primeiro grau deixe de proferir sentença de mérito pela existência de fato impeditivo, que em segundo grau vem a ser desconsiderado e possibilitando a apreciação do mérito da demanda.

Acerca do duplo grau de jurisdição existiu debate doutrinário sobre a sua previsão como princípio constitucional. Tal debate decorreu do fato de que não há dispositivo que prevê expressamente desse preceito. Ocorre que, conforme leitura do artigo 5º, § 2º da Constituição Federal³⁷, os direitos e garantias fundamentais também podem estar previstos de maneira implícita, visto que a sua previsão normativa é não exaustiva.

A verificação implícita de um direito ou garantia fundamental é a que se percebe a partir da análise de outras normas. É o que ocorre no princípio do duplo grau de jurisdição, em especial, quando do exercício hermenêutico de normas que preveem a estratificação da organização judiciária no Brasil, bem como que estabelecem competência recursal dos tribunais colegiados. Apenas há sentido na previsão de competência recursal se forem admitidos os próprios recursos que instrumentalizam o duplo grau de jurisdição.

Houve essa previsão no artigo 102, II, da Constituição em relação à competência recursal do Supremo Tribunal Federal, e no artigo 105, II, que prevê a possibilidade de revisão de julgados pelo Superior Tribunal de Justiça. Os Tribunais Regionais Federais³⁸ também tem essa competência delimitada expressamente no artigo 108, II. Ressalte-se que nas previsões constitucionais de competência originárias destes tribunais, não é descartada a estrutura recursal.

A Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a que aderiu o Brasil através do Decreto Lei nº 678, em seu artigo 8º, alínea “h”³⁹, por sua vez, firmou expressamente o princípio do duplo grau de jurisdição, consolidando-o como primado básico aplicável ao processo penal brasileiro. Nesse mesmo sentido, o país aderiu ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, ratificado pelo Brasil em 1992, e que prevê o duplo grau de jurisdição em seu artigo 14, item 5.⁴⁰

³⁷ Art. 5º

[...]

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

³⁸ Art. 108. Compete aos Tribunais Regionais Federais:

II - julgar, em grau de recurso, as causas decididas pelos juízes federais e pelos juízes estaduais no exercício da competência federal da área de sua jurisdição.

³⁹ Art 8º “Toda pessoa terá o direito de ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza” h “Toda pessoa terá o direito de recorrer da sentença ao juiz ou tribunal superior”.

⁴⁰ Art. 14 [...] 5. “Toda pessoa declarada culpada por um delito terá o direito de recorrer da sentença condenatória e da pena a uma instância superior, em conformidade com a lei”.

Se por um lado este princípio se mostra útil às partes, de forma a ser a alternativa à insatisfação com uma decisão judicial, por outro é meio de segurança e um mecanismo de autocontrole pelo próprio judiciário, vez que possibilita a revisão da precisão de um julgado. É de se ressaltar que os membros do poder judiciário, não são eleitos pelo povo e, nesse sentido, a legitimidade de suas decisões deve estar condicionada à possibilidade de reapreciação da legalidade do que foi proferido nos autos.

Importa, salientar, entretanto, que o princípio do duplo grau de jurisdição tem finalidade cooperativa com o estabelecimento de relações processuais democráticas e não pode ser utilizado para fomentar a utilização indevida do sistema recursal (MAIER, 1989). Torna-se abuso de direito o uso despropositado e protelatório da ordem recursal, mesmo porque, em que pese haja a necessidade de zelo ao direito ao duplo grau de jurisdição, este princípio deve ser tomado em ponderação ao princípio da razoável duração do processo, também expresso no texto constitucional no artigo 5º, inciso LXXVIII.

A importância do princípio do duplo grau de jurisdição no estabelecimento de um processo penal democrático é, portanto, inquestionável. A imposição de uma sentença judicial sem qualquer possibilidade de revisão ou de controle de sua adequação, pelo próprio órgão, seria extirpar do processo o seu caráter dialógico e reflexamente construtivo.

Relembra Calmon de Passos (2001) que em um Estado Democrático de Direito o controle dos atos de um poder por outros poderes, ou por diversos agentes dentro de um mesmo poder fortalece as instituições. No âmbito jurídico, é essa possibilidade de revisão das decisões, que assegura às partes, e em especial ao réu, o direito a sustentar seus argumentos perante uma nova perspectiva decisionista. O duplo grau de jurisdição ainda arrefece o poder vinculativo de um ato judicial dos agentes públicos, na medida em que, ao estabelecer graus recursais, descentraliza a jurisdição e possibilita a democratização na discussão do provimento.

A garantia do duplo grau de jurisdição tem por finalidade afastar a possibilidade de exercício arbitrário da jurisdição e assegurar a elaboração da decisão mais adequada possível à produção das provas nos autos. Ao assegurar que um julgamento poderá ser revisado por outro órgão imparcial, a ordem jurídica brasileira, garante às partes a possibilidade democrática de reapreciação do mérito do processo sob uma segunda perspectiva.

O dever de o Estado proporcionar às partes um segundo grau de jurisdição decorre da ideia de que o jus puniendi estatal está condicionado à consideração dos sujeitos processuais

como colaboradores do aprimoramento do provimento judicial, a fim de obter a decisão mais justa e adequada à verdade processual. Decorre também da visão do acusado como sujeito que deve ser respeitado em sua dignidade e em seus direitos existenciais, oponíveis quando se defronta com a estrutura persecutória estatal.

3.1.5 Publicidade

O princípio da publicidade, aplicado às relações processuais, tem como esteio o dever de o Estado possibilitar às partes e ao público o conhecimento sobre os atos ocorridos nos autos, bem como de dar ciência daqueles que ainda irão ocorrer. Segundo Lopes Jr. (2009) um procedimento é considerado público quando as pessoas, inclusive as alheias ao processo, tem acesso ao seu conteúdo.

A noção de publicidade solidifica-se no moderno Estado de Direito a partir da superação do molde inquisitivo de processo, em que o réu sequer tinha acesso ao inteiro teor do ato acusatório que pendia contra si. Não tinha conhecimento das provas que haviam sido colhidas, e muitas vezes sequer dispunha do teor do ato decisório, em que em tese deveriam constar as razões que conduziram o julgador a eventual condenação.

A democracia processual associa-se diretamente ao princípio da publicidade, porquanto a transparência dos atos do Poder Judiciário, na persecução penal, denota o cumprimento de todas as regras constitucionais e infraconstitucionais aplicadas ao longo da instrução e do julgamento.

O princípio da publicidade possui subdivisão entre seu aspecto interno e externo, conforme ressalta Andrade Kehdi (2008). A publicidade externa funciona como instrumento de fiscalização pelo povo da correta aplicação do processo penal. Dessa forma, tem-se que a transparência dada ao processo, sob sua dimensão externa, garante acesso ao conteúdo dos atos realizados e a sua adequação com a previsão legal é, assim, uma garantia da preservação do caráter democrático do processo, com controle realizado pela ordem pública.

A publicidade, em seu caráter interno, é a ciência que se dá às partes do processo acerca dos atos praticados na investigação, em especial após a edição da súmula vinculante 14 do Supremo Tribunal Federal⁴¹, na instrução processual e na execução da pena. É um meio de

⁴¹ Súmula Vinculante 14 É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

garantir o caráter democrático das relações processuais, com controle realizado pelos próprios sujeitos processuais necessários.

Assim, de início, o princípio da publicidade mostra-se um eficiente meio de fiscalização não apenas da democracia na relação processual, como também da adequação de imposição do direito de punir pertencente ao Estado. Andrade Kehdi (2008) ressalta, ainda, a forte vinculação fiscalizatória da publicidade, afirmando que é através da certeza do conhecimento dos atos praticados que se possibilita o direito de defesa do réu de maneira adequada, bem como é através da publicidade que se pode denunciar atuação tendenciosa ou ilegal do Estado na condução do processo. Ferrajoli (2008) considera a publicidade uma garantia que assegura todas as demais.

Este princípio está previsto na ordem jurídica brasileira, a partir da previsão constitucional da publicidade no artigo 5º, LX⁴², além de ser elevada a princípio básico que rege a atuação do Estado, no artigo 37 da Constituição Federal de 1988, aplicada aos atos do Poder Judiciário, ao prever no artigo 93, IX, a necessidade de fundamentação de suas decisões, sob pena de nulidade. A fundamentação da decisão e sua publicização são imprescindíveis para que o provimento seja considerado legítimo.

Percebe-se que a publicidade no processo penal ocupou a jurisprudência nacional, com a análise de vários casos em que os limites do princípio da publicidade foram questionados, tanto internamente como externamente. Questões como o sigilo dos atos investigativos e o acesso aos autos processuais, que acabou por culminar com a edição da Súmula Vinculante 14, que possibilitou o acesso do advogado aos elementos de informação dos documentos constantes nos autos das investigações pré-processuais; questões referentes às formas de intimação e notificação das partes no Processo Penal, cuja matéria foi abordada no julgamento do *Habeas Corpus* nº 11687, no Superior Tribunal de Justiça, em que se associou a publicidade a uma projeção do princípio da ampla defesa do réu⁴³; ou ainda, relacionando-se à perspectiva externa do princípio da publicidade a questão da mitigação da publicidade dos

⁴² Art. 5º [...] LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

⁴³ CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. *HABEAS-CORPUS*. PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. APELAÇÃO CRIMINAL. INTIMAÇÃO DE DEFENSOR JÁ FALECIDO. NULIDADE.

- O princípio da ampla defesa, de magnitude constitucional, tem como um dos seus principais campos de projeção a publicidade dos atos processuais e a conseqüente intimação da defesa para os mesmos, em especial para as sessões de julgamento.

- É nulo o julgamento de apelação interposta pela defesa na hipótese em que constou da intimação o nome de defensor já falecido.

- *Habeas-corpus* concedido.

atos audienciais, enfrentada no HC 68302 do Superior Tribunal de Justiça; ou ainda, sobre o telejornalismo de atos processuais, em que se arguiu dano à imagem do réu, pela publicidade dada ao ato, questão debatida no Supremo Tribunal Federal no MS 24832⁴⁴.

Os debates que orbitam em torno do princípio da publicidade, sob o aspecto interno, tratam, por exemplo, de eventuais prejuízos ao direito de defesa, e sob o aspecto externo, tratam da tênue fronteira entre o dever de publicidade dos atos processuais e o excesso sensacionalista de divulgação de notícias referentes a um caso concreto, que venha a trazer prejuízos irreparáveis para o réu, não apenas quanto à relação processual, como também em relação à sua relação com o meio social.

É inquestionável que a publicidade representou um importante avanço no processo de transparência da persecução penal, bem como integra um dos princípios responsáveis pelo afastamento do caráter inquisitivo que contaminava a atuação da justiça penal. Entretanto, impende ressaltar que este direito não é absoluto, de modo que a própria Constituição listou de restrição desse direito, desde que para resguardar a defesa da intimidade ou o interesse social.

Logo, o já mencionado excesso sensacionalista praticado por meios de comunicação, que exercem o direito de publicidade externa, ao estereotipar o réu e antecipar juízo condenatório de culpabilidade, desvirtuam a finalidade constitucional do princípio da publicidade, e acaba por contribuir com o contexto de crise finalística e de identidade do processo penal que, conseqüentemente, resulta na dificuldade de cumprimento de seu papel constitucional.

A publicidade dos atos processuais, em sua acepção constitucional, possui um papel fundamental para assegurar o caráter democrático da persecução criminal, porquanto representa a garantia de isenção das diligências adotadas pelo Estado ao longo do processo, de forma a evitar eventuais violações de direitos das partes. O direito à transparência realça o comprometimento do Estado juiz em assegurar todos os direitos e garantias fundamentais do acusado, respeitando-lhe, portanto, em sua dignidade e conferindo caráter solidário à persecução penal.

⁴⁴ EMENTA: COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO. Depoimento. Indiciado. Sessão pública. Transmissão e gravação. Admissibilidade. Inexistência aparente de dano à honra e à imagem. Liminar concedida. Referendo negado. Votos vencidos. Não aparentam caracterizar abuso de exposição da imagem pessoal na mídia, a transmissão e a gravação de sessão em que se toma depoimento de indiciado, em Comissão Parlamentar de Inquérito.

3.2 Fraternidade: A noção de Fraternidade e Direito Fraternal em Eligio Resta

A Constituição Federal de 1988 trouxe, no âmbito de seus objetivos fundamentais, a previsão da construção de uma sociedade baseada na fraternidade, livre de preconceitos, de desigualdades regionais e comprometida com o ideal de estabelecimento de um bem comum, voltada à consolidação de uma sociedade livre, justa e solidária.

Os ideais iniciais da aportados pela Revolução Francesa, e que identificam os primados básicos para a consolidação do Estado Democrático de Direito são liberdade, igualdade e fraternidade. Os dois primeiros conceitos são amplamente estudados pela doutrina política e jurídica, associando-se, conforme propõe Bonavides (2002), a liberdade, ao desenvolvimento do Estado Liberal de Direito, e a igualdade ao desenvolvimento do Estado Social de Direito.

No entanto, houve menos atenção com o conceito de fraternidade, que, todavia, é um valor imprescindível à reestruturação dos institutos e as práticas estatais, inclusive as jurídicas, dentre os quais se destaca a atuação do Estado no processo penal. A análise do processo penal sob a ótica da fraternidade jurídica propõe não apenas a revisitação da normatividade positivada para adequá-la aos seus propósitos, como também a uma reflexão acerca do comportamento dos agentes que atuam no processo, com o fito de se verificar se efetivamente há prática processual penal fraterna no Brasil, e se não for o caso, quais os meios fomentadores para que tais práticas ocorram.

Eligio Resta (2009), filósofo do Direito italiano, propõe que a fraternidade é um elemento fundamental para que o ideal democrático se concretize. A lógica da fraternidade, nas relações humanas, e por incluso, nas relações jurídicas, parte da premissa de que os indivíduos de um meio social possuem autorresponsabilidade sobre seus atos, de modo que devem, como membros fundadores da comunidade, ter a oportunidade de participarem da solução dos conflitos existentes entre eles.

Percebe-se, assim, que a ideia de fraternidade supera a noção primeira do Estado, como símbolo de único poder absoluto a que se submetem os indivíduos de forma absoluta, com a finalidade hobbesiana de protegerem-se uns dos outros. Supera-se a ideia de que o Estado, intangível, irá decidir sobre bens jurídicos dos indivíduos, sem permitir que exerçam sua parcela de contribuição nesse sentido.

Conforme afirma João Porto Silvério Júnior (2014, p. 38), a proposta do direito fraterno é, além de admitir a participação das partes na construção do provimento judicial, ideia já abordada quando do estudo da democracia processual, propõe, em verdade, situar os indivíduos como colaboradores do Estado no desenvolvimento da persecução penal, afastando o conceito inimigo do acusado, o que há tempos permeia a justiça penal.

O estabelecimento de um direito fraterno tem por finalidade inicial promover uma ressignificação das relações entre pessoas e entre o Estado e a pessoa. Através dessa concepção, propõe-se quebra de paradigmas que até então dificultam a plenitude das relações entre os indivíduos de uma mesma comunidade e que fomentam atmosfera de ódio nesse relacionamento, a saber o isolacionismo, a ausência de preocupação com o bem comum e o menosprezo pelos direitos ínsitos à existência humana.

Através desse rompimento, é que será possível teorizar a incidência e as consequências da fraternidade nas relações sociais, inclusive nas relações jurídicas. É nesse sentido que sugere Folena (2005), alertando que o mundo necessita superar as prioridades privatistas e especulativas, em percepções relacionais egoístas, é necessário, ainda, que sejam valorizados nessa nova concepção, as ideias de compartilhamento e de compreensão reflexiva.

Essas perspectivas integradoras e superadoras de valores individualistas ultrapassados pressupõem que a proposta do direito fraterno fornece uma nova percepção de análise dos fatos sociais, cuja conclusão produzirá efeitos em seu sentido jurídico. Essa visão inovadora e transdisciplinar, segundo Vial (2004) traz um novo referencial para a ciência do Direito e que tem por fundamento outras áreas do conhecimento humano como a filosofia, a antropologia e a sociologia.

Assim, tanto do ponto de vista finalístico, como do ponto de vista de fundamentação a proposta do direito fraterno conduz a uma ideia de maturidade de justificação, como destaca Silvério Júnior (2014). Importa, todavia, estabelecer o conceito de fraternidade aplicada à relação processual, bem como verificar se já há previsão de princípios constitucionais que expressem o conteúdo da fraternidade jurídica.

O Direito Fraterno, segundo Resta (2009) é um conceito anacrônico. O autor estabelece a base histórica desse direito na Revolução Francesa, asseverando que o primado da fraternidade, da percepção de um vínculo que liga os indivíduos em coletividade, é proposto

de maneira formal pela primeira vez a essa época. Nesse mesmo sentido, faz reflexão sobre a natureza humana, que supera a mera distinção étnica ou por critério de cidadania.

Com base nas reflexões freudianas, de Maurice Blanchot, de Jurgen Habermas e de Elias Canetti, Resta desenvolve a ideia de fraternidade como um *ethos* cosmopolita, baseado na ideia de dignidade humana e na base construtivista da sociedade com base no vínculo entre os indivíduos que compõem a coletividade.

Percebe-se desde já que o conceito de Direito Fraternal, que deriva das concepções desenvolvidas por Eligio Resta, opõe-se de maneira diametral do Direito Penal do Inimigo, por exemplo, e o elemento definidor da estrutura de pensamento nas duas teorias é a maneira como é observado o conceito de pessoa. Enquanto no Direito Fraternal há uma concepção essencialista, no Direito Penal do Inimigo tem-se uma visão meramente funcional do indivíduo. É dessa percepção filosófica que decorrem suas consequências tão marcantes.

Ao tratar das consequências práticas do Direito Fraternal, sendo aplicado no meio social, Resta propõe uma visão comunitária que supere o conceito ultrapassado das fronteiras de Estado Nacional, e propõe uma sociedade fundamentada em um único critério de identidade, qual seja, a essência humana.

Assim, o autor italiano defende, com base no Direito Fraternal, uma Constituição sem inimigos e sem povo, no sentido de alcançar toda a coletividade humana em uma única vinculação fraterna. A construção desta comunidade depende, para Resta, da superação de uma sociedade baseada na inveja e no individualismo, rumo à cultura social cooperativa e colaborativa.

Dessa superação é que naturalmente ocorre a ascensão de um direito fundado no obrigatório universalismo dos direitos humanos. Logo se tal proposta está fundada no respeito pelos direitos humanos, alerta Resta que a consolidação do Direito Fraternal depende de maneira direta da cultura de autorresponsabilidade de todos que compartilham a natureza humana, em agir fraternamente.

A ideia audaciosa de Resta, que propõe profundas mudanças quanto à ótica do conceito de comunidade, de Estado e das relações interpessoais, mostra-se, como o próprio autor a caracteriza uma aposta. Mas longe de ser uma aposta desprezível, o Direito Fraternal

representa uma intenção presente, a partir desse novo paradigma político-social e filosófico, implicar em maneira diversa de observar-se o fenômeno jurídico e a prestação do provimento jurisdicional ao Estado.

A aposta é convidativa a aproveitar-se o momento de atualização de conceitos e semânticas na ciência jurídica, para adquirir uma nova finalidade no direito e de dar dimensão aplicável do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como oferecer uma nova estrutura hermenêutica às normas jurídicas positivadas, bem como apresentar-se como estrutura valorativa apta a orientar os aplicadores do direito no exercício do processo.

O Direito Fraternal para Eligio Resta é, portanto, uma visão social e jurídica diversa, que se propõe a servir de instrumento para viabilização da democracia e para amenizar os conflituosos choques que existem comumente nas relações humanas. Essa proposta visa o reconhecimento da importância do indivíduo para atuar em cooperação com o Estado na solução de conflitos.

É necessário ultrapassar, portanto, a visão hobbesiana de necessidade de ação estatal com base na conflituosidade inerente ao homem e seguir uma proposta de direito fundada na solidariedade, no reconhecimento das potencialidades do indivíduo e no compromisso mútuo entre comunidade e indivíduo de colaborarem para a construção do bem comum.

Antonio Maria Baggio (2008) ao tratar da concretização da fraternidade no plano social, destaca tratar-se de uma prática que transcende uma mera determinação do legislador. O sentimento de fraternidade, fundado na proposta colaborativa entre os membros da comunidade nasce da própria interação social, a partir de uma série de fatos e de escolhas dos grupamentos sociais.

Baggio (2008) cita, ainda, que o estudo da fraternidade deve ser compreendido a partir de sua gênese histórica. Partindo-se da Revolução Francesa como o marco da difusão das ideias iluministas que fundaram as bases políticas do Estado Democrático de Direito, tem-se a propositura de três categorias do lema daquele movimento: liberdade, igualdade e fraternidade.

Apesar de serem tratadas de maneiras equivalentes, a fraternidade, diferente da liberdade e da igualdade não foi positivada em nenhum documento Constitucional. Segundo assevera Horita (2013), o princípio da fraternidade teve mais dificuldade de ser concretizado

no plano jurídico, tendo em vista que sua conotação assistencialista, mais percebido como um valor religioso do que jurídico.

Além disso, a fraternidade envolve a compreensão de um agir coletivo, em que todos os membros da comunidade identificam-se como vinculados entre si, o que o torna mais complexo de ser efetivamente concretizado. A ideia de fraternidade nasce do reconhecimento de uma igualdade de dignidade entre todos os sujeitos, motivo pelo qual nasce entre estes uma necessidade de respeito dos direitos do outro, como consequência dessa percepção.

Na visão de Aquini (2008), a fraternidade precede inclusive à liberdade e à igualdade, porquanto trata-se de comportamento humano que possibilita a efetivação destes dois direitos. Apenas em um ambiente de reconhecimento fraterno entre os indivíduos é que é possível haver o zelo à liberdade e à igualdade. Conforme afirma Horita (2013), é da percepção e do respeito ao outro, enquanto membro de uma irmandade, que se dissolvem os laços de identificação meramente familiares, e se abre a um patamar mais abrangente e universal de efetivação de direitos.

Para Brandão (2012) o conceito de fraternidade ao ser eleito como membro da tríade no lema da Revolução Francesa, teve como objetivo conjugar o propósito de união e de identificação entre os revolucionários, de modo a criar uma empatia que justificasse a luta pela destituição de um regime político que os via como inferiores. A quebra desse status posto, através de uma revolução fraterna, representaria, segundo Baggio (2008), a uma oportunidade de criar, a partir de então, um novo conceito do homem, perante o Estado e perante os seus semelhantes.

Todavia, o propósito da fraternidade, após a deflagração da Revolução enfraqueceu-se, em especial, pelo fato de que o universalismo deste conceito depunha contra a necessidade ideia patriótica que se quis moldar àquela época. A necessidade de construir o nacionalismo francês limitava a proposta humanística geral apresentada por este valor. A fraternidade possui claro aspecto cosmopolita o que à época não ilustrava o objetivo da Revolução (RESTA, 2009).

Como bem ilustra Brandão (2012), a limitação prática do princípio da fraternidade é simbolizada nos acontecimentos havidos na chamada Revolução Negra, ocorrida em 1791 no Haiti. Esperançosos no texto do Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que afirmava que os direitos à liberdade e à igualdade de todos os homens, os escravos da colônia francesa reivindicavam a eles próprios, a aplicação destes direitos. Todavia, conforme ilustrou

Baggio (2008), tais direitos não se estenderam aos seus escravos, sob a fundamentação da existência de uma inferioridade da raça negra. A limitação da fraternidade ocorreu de maneira evidente, não havia, na prática, a irmandade irrestrita teoricamente almejada.

Pizzolato (2008) explica o conceito de fraternidade a partir de um postulado básico: diferentemente da liberdade e da igualdade, que são direitos assegurados pelo Estado em relação ao indivíduo, a fraternidade se constrói a partir de uma consciência reflexiva entre indivíduos. Apesar de aceitar que o Estado pode propor instrumentos que favoreçam o exercício da fraternidade, a sua consolidação depende da conscientização humanitária reflexiva de cada indivíduo, para que a partir de então, guie suas ações em sociedade de forma adequada, referindo-se ao próprio como integrante da mesma fraternidade humana.

Entretanto, se a análise da fraternidade for tomada de maneira simplista, ter-se-á um princípio que traça delimitações morais, em um mero formalismo, que não acarretará qualquer consolidação jurídica desse princípio, tampouco contribuirá para a evolução social. É necessário que se analise a fraternidade como um instrumento valorativo extremamente útil que pode ser considerado um elemento de transformação das práticas estatais, dentre as quais, as práticas jurídicas.

Horita (2015) entende que a fraternidade é um valor que merece destaque no panorama da construção das relações jurídicas atuais por mostrar-se capaz de suprir as demandas típicas da contemporaneidade, em que se percebe a formação de um campo social integrado pelo cosmopolitismo oriundo da evolução do desenvolvimento tecnológico.

Herbert Marcuse (1982), ao longo da construção de sua obra, afirma que o desenvolvimento tecnológico foi essencial à construção da sociedade de aproximação de interesses, o que, por sua vez propiciou, com naturalidade, a densificação das relações políticas, sociais, econômicas e jurídicas, globalizadas, surgindo através desse contexto a noção de “homem unidimensional”. A visão do homem como transcendente a um grupamento nacional específico é importante para a consolidação das bases fraternas.

Danilo Zolo (1992) estabelece, por sua vez, o conceito de “sociedade pós-industrial”, como preceito básico para determinar sua visão sobre o cenário de evolução e densificação das relações sociais, o que firmará um momento importante de evolução das relações “inter societatis” e “inter status”, que conduzem a um novo instante na história da humanidade: de complexidade, de integração, de aproximação.

Destes conceitos mencionados, percebe-se que Zolo (1992) reconhecia, já na sociedade mundial dos anos 90, um meio transformado pelo desenvolvimento das tecnologias telemática, robótica e de comunicação de massas, sendo assim, um sinal de aparecimento da densa sociedade, por ele nominada de “sociedade pós industrial”, que traria conseqüências de integração inevitáveis.

Esse contexto moderno mostra-se, na visão de Rigatelli (2013), como essencial à implementação de uma sociedade fraterna. Apesar de reconhecer a complexidade da transformação de panorama do Direito, Horita (2015) ressalta a necessidade de se desconstruir a lógica dogmática e autoritária com que o ordenamento jurídico trata as questões que chegam à sua apreciação, em favor de uma prática fraterna do Direito.

A ideia de um processo penal solidário passa necessariamente pela verificação de fraternidade e de confiança entre as partes envolvidas na relação processual. A criação de estereótipos; a antecipação do juízo de culpa e a submissão do acusado a ideia de incorrigível, tão somente alimentam o ódio social e o rancor do indivíduo o que retroalimenta a cultura criminal.

Por outro lado, o estímulo da confiança entre as partes que de maneira democrática buscam, por meio do discurso e da dialética, auxiliar o juízo a dar o provimento judicial mais adequado a questão, respeitando-se os direitos inerentes à pessoa do acusado, e comprometido com a punição adequada da conduta imprópria e não do indivíduo, fomentam o caminho do entendimento e da solidificação do processo penal fundado na fraternidade.

A fraternidade representa um fundamento importante à modelagem da persecução penal em um Estado Democrático de Direito. Contribui para a desconstrução da ordem jurídica como algo impositivo, dogmático e autoritário, em que o Estado pune o indivíduo sob o pretexto de tutelar pela segurança pública. Por sua vez, fundamenta a atuação estatal constitucionalizada, reconhecendo o indivíduo processado, como sujeito de direitos que contribui potencialmente para o sucesso da relação processual e que tem o direito à participação democrática na construção da convicção do juízo, ao longo da persecução penal. Em última instância, a fraternidade decorre da afirmação da dignidade da pessoa humana e do dever de a coletividade e o Estado assegurarem, socialmente, tratamento fraterno ao acusado.

Esse caminho é viável no processo penal brasileiro, especialmente, diante da verificação de normas que possuem caráter fraterno e que fomentam a construção de relações processuais baseadas nos valores propostos pela teoria de Eligio Restá. Repise-se, por fim, que a

fraternidade também deve se verificar na atuação dos agentes processuais, sob pena de que seu conteúdo reste desvinculado da realidade prática e a ideia do Direito Fraternal resume-se a um idealismo jurídico.

3.2.1 Dever de Fundamentação das Decisões Judiciais

O dever de o Estado juiz fundamentar as suas decisões, sob pena de nulidade, ao impor uma sanção penal contra o indivíduo é um primado que também decorre da configuração do modelo moderno do Estado Democrático de Direito. Montesquieu dizia que um poder que não possua mecanismos de controle em seu entorno está fadado ao abuso e a arbitrariedade, motivo pelo qual a sistemática de tripartição de poderes possa gerar efeito de freios e contrapesos aptos a corrigir tais abusos (MONTESQUIEU, 1979).

Analogicamente adaptando-se à questão dos provimentos judiciais, o dever de fundamentação representa um desses mecanismos de limitação a um poder, que exige que o agente público, no exercício da judicatura, em que pese tenha total liberdade para decidir o mérito de um processo, deve fazê-lo em observância ao dever de motivação.

No Brasil, o sistema de gestão de provas e de decisão adere ao princípio do livre convencimento motivado. Nesse sistema, o magistrado tem a liberdade para decidir com base na prova colacionada nos autos, a partir do confronto em os vários meios de prova. Haverá a ponderação, pelo julgador, sobre quais provas são mais coerentes e diante da conjunção desses elementos probatórios irá o julgador inferir suas próprias conclusões, a partir do conjunto de provas e, de maneira moderada, a partir de suas máximas de experiência (FURNO, 1954).

Essas máximas de experiência são elementos acidentais que o julgador acaba por trazer consigo de seu horizonte de experiências pessoais. Seria negar a realidade se se admitisse que um juiz isola-se no ato de decidir de toda a carga valorativa que traz consigo, e que sua formação pessoal e experiência profissional podem acabar influenciando no conteúdo de um ato decisório, negar esse aspecto, seria negar o próprio caráter humano do julgador (SUANNES, 1999, p. 219). Todavia, não pode o magistrado deixar que tais componentes orientem um provimento sem que haja qualquer suporte argumentativo nos autos, sob pena de sua nulidade.

Esse sistema de persuasão racional tem como objetivo a aproximação com a verdade dos fatos, fato deontológico e inalcançável de maneira absoluta, através do exercício de um juízo de verossimilhança. Através desse método excluem-se individualizadamente as provas

mais frágeis e sem relação causal com as pretensões das partes, de modo a restarem apenas as provas mais plausíveis e que guardem maior coerência entre si. Esse método tem por finalidade o resguardo da segurança jurídica do veredito e da imparcialidade do julgamento (IACOBONI, 2006, p. 43).

O conceito de fundamentação, por sua vez, refere-se à necessidade de o julgador demonstrar as razões fáticas e jurídicas pelas quais determinou ou deixou de determinar que algo fosse feito. Fundamentando a sua decisão, o magistrado externará os elementos que deram causa a um entendimento específico.

O artigo 93, IX da Constituição Federal⁴⁵ prevê a necessidade de que os julgamentos do poder judiciário sejam seguidos de fundamentação idônea. Com isso, observa-se que apesar de a lei assegurar ao julgador o direito de convencimento íntimo acerca dos fatos e das provas carreadas aos autos, há a exigência de que haja motivação acerca dos elementos que foram relevantes para a formulação do provimento judicial final.

O dever de fundamentação das decisões judiciais situa-se na principiologia típica do exercício das funções de jurisdição no Estado Democrático de Direito. Até a reformulação da atuação do Estado, aos moldes modernos, processo havido a partir da segunda metade do século XVIII, não havia obrigação de fundamentação das decisões judiciais pelo magistrado (IGARTUA SALAVERRIA, 1995).

Segundo afirma Portanova (2006, p. 157) a primeira manifestação codificada que positivou a obrigatoriedade da motivação, como elemento indispensável para a validade da sentença, foi a Lei de Organização Judiciária da França, em 1810. Desde então, textos constitucionais e inclusive de tribunais internacionais, passaram a prever a necessidade de fundamentação da decisão judicial, como requisito necessário à sua validade.

Diz-se, portanto, que a motivação das decisões judiciais apenas torna-se obrigatória em uma concepção de Estado Democrático de Direito. A necessidade de explicar às partes as razões da decisão do Estado, representado pelo juiz, denota a existência de uma relação de confiança das partes em relação ao ente Estatal e uma relação de retributividade do Estado para com o indivíduo.

⁴⁵ Art. 93 [...] IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

É possível compreender esse dever de satisfação da motivação dos provimentos judiciais às partes, se partir-se da premissa de que as partes, em uma feição fraterna de processo, participam da produção argumentativa da decisão terminativa do feito, no exercício do contraditório e da dialética.

Nojiri (2000, p. 64) afirma que ao expressar o dever do Estado de fundamentar as decisões judiciais, o constituinte deixa clara a relação democrática presente no processo, bem como a compreensão de que o Estado é um delegatário do poder do povo, que é o detentor do poder soberano, e que por ser o titular desse poder tem o direito não apenas de participar da formação da vontade Estatal ao longo do processo, como também passa a ter a possibilidade de controlar os atos judiciais, através da verificação de sua fundamentação, o que permitirá verificar se há adequação legítima na decisão em questão.

O dever de fundamentação das decisões judiciais tem o dever de assegurar o caráter democrático e fraterno da relação processual em concreto, mas gera também efeito em abstrato que é a reafirmação do compromisso de respeito do Estado ao indivíduo que está sendo posto em julgamento.

Fayet (1987) menciona que esse princípio legitima o exercício do poder pelo Estado, baseado na transparência e na cooperação com as partes no espaço processual dinâmico, bem como contribui para que haja a concretização de um direito, através de um sistema o mais possivelmente justo e comprometido com a racionalidade e com a isenção.

Dessa maneira, tem-se um princípio que está atrelado claramente à atuação do magistrado, enquanto representante do Estado juiz, dado que a fundamentação adequada ou a ausência de fundamentação de uma decisão judicial depende do atuar do agente e não apenas de uma autoaplicável norma jurídica.

Está superada a noção de que o juiz é um mero aplicador da norma que encerra em si mesma todo o significado que o legislador pretendeu dar. Essa visão não é mais suficiente às demandas modernas do direito. Diante da força normativa da Constituição e dos princípios nela constante, o juiz é chamado a resguardar o conteúdo de suas normas positivadas e de assegurar o cumprimento dos direitos e garantias fundamentais, o que exige atuação ativa na elaboração de qualquer decisão (SILVA, 2006, p. 70). Por óbvio, tal atuação deve guardar contornos de moderação sob pena de confrontar-se com o inadequado ativismo jurídico, o que atualmente tem sido objeto de debates pela comunidade jurídica brasileira.

A jurisdição, dessa maneira, transforma-se em um importantíssimo instrumento de garantia dos valores democráticos e fraternos do direito. Quando da ausência de uma atuação adequada pela insuficiência de fundamentação de decisões é a própria atividade judicante que atenta contra a ordem constitucional tornando os ideais do Estado Democrático de Direito cada vez mais distantes.

Assim, é inadmissível em uma visão construtiva de processo, em especial na persecução penal, que tendo as partes atuado de maneira satisfatória e em colaboração irrestrita para a busca do provimento mais justo, que haja, exatamente pelo julgador discrepância de método quando da prolação da sentença. De nada adianta propor às partes comportamento alinhado às perspectivas do direito fraterno, se a jurisdição não cumprir sua parte neste pacto de fraternidade: a elaboração motivada e consoante com a prova colhida nos autos de uma sentença que permita às partes compreenderem as motivações que inclinaram a autoridade judicial a decidir de uma certa maneira o caso concreto, ainda que não seja favorável a pretensão da acusação ou da defesa. (FREITAS, 2015, p. 38)

3.2.2 *Verdade processual*

O conceito de verdade leva a uma análise filosófica que é debatida tradicionalmente pela epistemologia jurídica. O conceito de verdade segundo Marías (1978) remete àquilo que está visível, patente, àquilo que é descoberto pelos sentidos, enquanto que a noção de falso, em oposição, é aquilo que não se revela no mundo da existência.

Assim, a verdade é a manifestação de algo da forma como é, em sua essência. Para a epistemologia moderna o que é considerado verdadeiro é aquilo que se apresenta tal como é projetado racionalmente. Segundo Munoz Conde (2000), dizer a verdade é portanto um exercício de compatibilidade de precisão com a essência e a manifestação de algo perante a articulação racional.

Do ponto de vista discursivo ensina o latim que *veritas* significa a exatidão de uma afirmação, a perfeita correspondência entre a discurso e os fatos de forma acurada. Assim, tem-se que a busca pela verdade é a busca pelas coisas ou pela descrição das coisas em sua própria essência, o que do ponto de vista filosófico torna-se utópico.

Kant (2013), em sua obra *A crítica da razão pura* estabelece a armadilha que o conceito de verdade pode trazer, em especial, em uma construção dialética e discursiva, como o

processo, em que cada parte tem suas razões: a sua subjetividade. Defendia o filósofo alemão que a verdade não poderia ser conhecida de maneira objetiva, negava que a verdade poderia ser atingida e ainda negou que o conceito de verdade significasse mera correspondência com a realidade objetiva. Para Kant, a verdade é uma realidade que se conforma com as ideias de cada indivíduo.

Diante do contraponto feito por Kant (2013) acerca da incerteza da verdade, percebe-se o desafio que o Estado tem diante de si, quando da realização da persecução penal a busca por uma verdade objetiva, ou por uma verdade subjetiva do julgador, acerca de uma realidade fática, que será construída ao longo da instrução e do sentenciamento a partir da intersecção de verdades subjetivas lançadas pelas partes, com suas pretensões próprias de acusação e de defesa lançadas aos autos.

Ferrajoli (2008, p. 40) observa que a verdade, sob o ponto de vista processual e prático, é uma ideia que não pode ser considerada de maneira absoluta. Inexiste para esse autor a verdade de forma objetiva e precisa. Logo as teses judiciais que se confrontam em torno da busca da verdade, mostram-se inaptas a alcançar uma verdade que de forma absoluta leve o julgador a um critério de certeza.

Admitindo-se que ao elaborar prova condenatória ou para absolver o réu, procura-se transmitir ao juízo a percepção de um fato e não o fato em si, que em sua essência é impossível de se demonstrar, é que Ferrajoli (2008) diz que o conceito de verdade processual é relativo e mutável a depender da interpretação que se dê a um determinado contexto, através de construções argumentativas ou de provas produzidas.

Ainda que haja a impossibilidade de se alcançar o conceito absoluto de verdade, no processo penal, há de se adotar algum critério para orientar o teor das conclusões judiciais sobre o fato supostamente criminoso, denunciado pelo Estado acusador. O conceito de verdade formal tem por objetivo corresponder a essa necessidade.

Carnelutti (ano) afirma, em processo, busca-se a verdade real, porém encontra-se a verdade formal. Com isso pretende dizer que dada a não alcançabilidade da verdade em sua essência, resta a busca pela verdade mais aproximada à sua essencialidade, colhida a partir das provas que guardam mais coerências entre si. Importa, todavia ponderar, à luz do que afirma Coutinho (2001, p. 159), que mesmo a demonstração da verdade formal deve ser precedida de observação às regras processuais do Estado Democrático de Direito.

Ocorre que o princípio da verdade processual, admitido no direito processual penal brasileiro, até então, tinha uma concepção historicamente atrelada a um passado autoritário que caracterizou o processo penal por muito tempo (BAPTISTA, 2001). Tradicionalmente, a busca pela verdade e pela punição do autor da prática delitiva sempre foi considerada a primeira das finalidades do processo penal. Nos moldes da legislação processual penal estão empenhados nessa busca as partes e o juiz. O julgador também tem possibilidade instrutória de acordo com o que prevê o artigo 156, incisos I e II, do Código de Processo Penal⁴⁶.

Ocorre que a estrutura procedimental adotada pelo processo penal brasileiro, por imiscuir o julgador no papel de coletor de provas, por si só apresenta-se como desafiadora do sistema processual penal mais afinado com o Estado Democrático de Direito que é o acusatório.

Para Leal (2004) esse protagonismo do juiz na instrução, em atuação incentivada por lei pela necessidade inevitável de desvendar a verdade real, reflete a imagem de uma época, no caso o período histórico em que foi promulgado o Código de Processo Penal, e o contexto político de autoritarismo que era vigente até então. Esse contexto jurídico político não é, por sua vez, compatível com uma estrutura procedimental adotada por uma sociedade democrática.

Segundo teorias processualistas modernas, como a teoria neoinstitucionalista (LEAL, 2004), que observa o processo como um instrumento que deve ser compatível com os primados constitucionais, o princípio da verdade real, como foi concebido carrega consigo uma perspectiva controladora da relação processual penal pelo magistrado que não é ajustável ao respeito integral aos direitos e garantias das partes, em especial do acusado, fragilizado nessa interação institucional.

Não seria concebível, para esta teoria, que haja a submissão das partes a uma jurisdição salvadora pelo Estado juiz, que acumularia, em si, a responsabilidade de encontrar a versão mais plausível dos fatos com base na prova produzida nos autos. Em um contexto colaborativo das partes no processo penal e da descentralização democrática de funções típica

⁴⁶ Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:
I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;
II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

de um sistema acusatório, não faz sentido a preservação do conteúdo original do princípio da busca da verdade real (COUTINHO, 2001).

Logo o desafio que se apresenta em torno desse princípio é como redefinir seus limites e forma de aplicação de modo a adequar-se a uma proposta fraterna de processo penal. E sendo isso possível, impõe observar se esta adequação não acaba por desnaturar o seu núcleo essencial de conteúdo, de modo a torná-lo imprestável para cumprir com suas finalidades originais.

A possibilidade de potencialização desse princípio, sem violação dos primados do Estado Democrático de Direito, está intrinsecamente relacionado à desconstrução da relação amigo e inimigo entre as partes no processo penal. A finalidade primordial da persecução penal é a resolução dos conflitos e a pacificação do meio social, objetivo este que, em uma perspectiva fraterna, é do interesse de todos os envolvidos na relação processual penal. Assim, o compromisso com a aproximação da verdade real é de interesse de todos os envolvidos nessa relação, de modo que o processo penal deve ser repensado sob uma ótica colaborativa (RESTA, 2009).

Sob tais condições, no exercício ético do processo penal (SUANNES, 1999, p. 113), o ambiente propício para a construção dos argumentos em busca da verdade dos fatos torna-se menos hostil e mais compatível com a realização da democracia e da fraternidade sob o aspecto prático. O acusado assume papel de confiança dado pela jurisdição e protagonizando democraticamente a sua defesa, em um ambiente de lealdade processual, contribui discursivamente de maneira clara para a formação do provimento judicial, seja ele ao final condenatório ou absolutório.

De uma relação processual firmada com base na confiança entre as partes existe um ambiente propício para a busca da verdade processual. Ao contrário, em uma relação processual caracterizada pelos rótulos e pela presunção de desonestidade na construção dialética dos atos instrutórios, o trabalho do julgador torna-se dificultado e o fundamento da decisão estará possivelmente comprometido com uma visão distorcida da verdade dos fatos, o que afasta o processo penal de suas propostas no Estado Democrático de Direito.

3.3 Garantismo: O garantismo jurídico em Luigi Ferrajoli

O garantismo trata-se de teoria filosófica cuja noção remete à finalidade do constitucionalismo em relação à atividade Estatal. O constitucionalismo, movimento teórico-

jurídico através do qual as Constituições tomaram força normativa e hierárquica na ordem jurídica, tem como objetivo principal submeter a atuação dos poderes públicos a uma série de normas, previstas no texto constitucional, que sancionam Direitos Fundamentais dos cidadãos.

Assim, conclui-se, desde já que o constitucionalismo possui associação clara com a limitação do arbítrio do Estado, estando, pois, comprometido com a construção de uma composição estatal baseada na democracia e no direito positivo. O constitucionalismo pode ser analisado como sistema jurídico, como um conjunto de limites e de vínculos impostos a todos os poderes, ou como teoria do direito, em que a concepção de validade das leis não é aferida apenas sob critérios formais de produção legislativa, mas, também, sob o critério material, estando o conteúdo das normas sujeitos à necessária coerência com as normas constitucionais (FERRAJOLI, 2008). O seu teorizador foi o italiano Luigi Ferrajoli.

Ferrajoli inicia a construção do pensamento garantista a partir da observação do constitucionalismo e sua relação com o positivismo. Observou-lhe sob duas perspectivas diversas: a primeira, como uma superação do positivismo jurídico, corrente jurídico-filosófica denominada neoconstitucionalismo e, a segunda, como um complemento do positivismo jurídico, a que Ferrajoli denominou de garantismo jurídico.

A primeira corrente caracteriza-se pela proposta de separação entre moral e direito, fundando-se na lógica de que a moral, antes observada como um ponto de vista externo ao direito é elemento constitutivo da ordem jurídica. Além disso, entende-se que os direitos constitucionalmente previstos não são regras, mas, sim, princípios que necessitam de sua concretização, o que deve ocorrer por meio de ponderação e argumentação jurídica, cabendo ao juiz aplica-los no caso concreto.

Prieto Sanchis (2009) considera que essa postura do membro do poder judiciário dá causa ao ativismo jurídico, uma vez que o direito passa a ser não aquilo que diz a lei, mas, sim, àquilo que interpretam os magistrados, também considera que a postura proposta pelo neoconstitucionalismo propicia a insegurança jurídica e o extrapolamento do poder político do legislativo.

A segunda corrente é oposta à proposta neoconstitucionalista. Trata-se do constitucionalismo garantista. De início, propõe Ferrajoli que o constitucionalismo, em si, não é uma superação do positivismo, mas sim uma complementação, uma atualização da ideia

positivista, na medida em que a diferida força das normas constitucionais é uma opção realizada pelo próprio positivismo (FERRAJOLI, 2008).

Assim, entende que o fenômeno do constitucionalismo nada mais é do que o estabelecimento de normas, que possuem conteúdo de direito fundamental, e que irão orientar a produção do próprio direito positivo. Estabelece-se através da força da normatividade constitucional um modelo de reforço da consolidação do Estado de Direito, porquanto a própria produção legislativa está condicionada à adequação de suas normas às previsões constitucionais.

Ao tempo que reconhece a dimensão e a ascendência das normas constitucionais, que são elevadas de valoração, sob as demais normas jurídicas do ordenamento, estabelece, ainda, divisão clara entre a moral e o direito, bem como firma a necessidade de que o preenchimento de lacunas e a resolução de antinomia sejam resolvidos, respectivamente pela legislação e pela jurisdição constitucional, como forma de evitar o ativismo interpretativo dos magistrados e a possibilidade de insegurança jurídica na resolução dos casos concretos (FERRAJOLI, 2008).

A partir dessa teoria de como o constitucionalismo relaciona-se com a atuação e a própria estruturação do Estado, é que Luigi Ferrajoli propõe o garantismo jurídico, inicialmente vinculado semanticamente com o direito penal, todavia, sendo considerado atualmente um modelo de teoria geral do direito, segundo ressalta Rosa (2003, p. 19).

O garantismo é uma teoria jusfilosófica do direito que tem por finalidade assegurar a proteção dos direitos fundamentais do indivíduo diante da poder estatal. Em matéria penal, a primeira preocupação do garantismo foi resguardar os direitos fundamentais dos indivíduos, referente a delitos e ao modo de aplicação das penas, como forma de amenizar a violência social, tanto dos indivíduos, quanto a institucional (IPPOLITO, 2011, p. 36).

Segundo Rosa (2003), Ferrajoli delimita quatro frentes que caracterizam a teoria garantista, uma vinculada à análise diferenciadora dos conceitos de validade e de vigência da norma jurídica; outra com a pretensão de realização da democracia social, não em seu aspecto formal, meramente teórico, mas, sim em sua acepção prática; a terceira frente garantista ocupa-se em revisar a ideia de sujeição à lei, não apenas pelo atendimento a um processo legislativo previamente previsto, mas, também por haver legitimidade em seu conteúdo; e, por fim, a proposta de redefinição da ciência jurídica, acrescentando-lhe uma visão crítica e projetada a uma finalidade prospectiva.

Ippolito (2011, p. 36) denomina essa teoria articulada por Ferrajoli como a teoria do “neo-iluminismo penal” asseverando que as propostas do garantismo jurídico são associações de um pensamento utilitarista combinado às noções de contratualismo de acordo com o pensamento iluminista. Justifica tal assertiva baseando-se no fato de que a finalidade de proposição de limites à atuação Estatal e de proteção aos direitos e garantias fundamentais do indivíduo remete à necessidade de mitigação do arbítrio estatal, elemento presente à época do desenvolvimento das teorias contratualistas tradicionais.

A análise dos direitos fundamentais é aspecto importante da teoria do garantismo jurídico. Afinal, apenas há sentido de limitar a atuação Estatal em relação aos indivíduos, caso haja o reconhecimento de valores individuais que devem ser tutelados de maneira especial pelo Estado.

Nesse sentido, Ferrajoli (2008, p. 88) define direitos fundamentais como sendo um vínculo substancial à democracia política. São vínculos negativos gerados pelo direito de liberdade, a que não se pode admitir qualquer tipo de violação, bem como vínculos positivos gerados por direitos sociais aos quais o Estado não pode deixar de satisfazer.

Ao eleger a proteção desses direitos como uma parte imprescindível de sua teoria, percebe-se que Ferrajoli propõe o resgate e a valorização da Constituição como um elemento politicamente constituinte do âmago social. Essa valorização se dá ao estruturar-se toda a teoria de proteção em torno de um núcleo jurídico irreduzível e inegociável, bem como preocupando-se com a estruturação dos limites de atuação do Estado e disciplinando, conseqüentemente, a relação política entre os indivíduos em sociedade.

Para Streck (2009), no garantismo, a Constituição, em seu caráter substancial, irá orientar a interpretação de todo o restante do ordenamento jurídico, tornando-se a concretização do contrato social, buscando realizar os seus objetivos em relação à ordem pública e social, e, principalmente, oferecendo instrumentos para a materialização do conteúdo de suas normas. A proposta garantista busca a efetivação das promessas constitucionais, de modo a torna-las parte da realidade factível, e de modo afastar da Constituição a ideia de uma mera carta de intenções.

De maneira geral, conforme cita Cademartori (1999, p. 74), a teoria do garantismo jurídico baseia-se no conceito de liberdades individuais, oriundos do pensamento iluminista, considerados sob uma perspectiva constitucionalizada, a partir da positivação como direitos

fundamentais. E reconhecendo a possibilidade de ingerência do Estado sob tais direitos, ocupa-se em agregar elementos para limitá-lo em seu exercício de poder.

Os pilares da teoria do garantismo penal de Luigi Ferrajoli, segundo Santiago (2011, p. 53) respondem de maneira prática como e quando deve ocorrer punição, à luz do garantismo. Para isso, estabelece dez primados básicos que compilam o pensamento garantista e ao mesmo tempo auxiliam a aplicação prática da justiça penal à luz de seus preceitos:

O princípio da retributividade, que corresponde à regra, *nulla poena sine crimen*, que determina que a pena imposta ao indivíduo deve ser precedida de crime que a justifique; o princípio da legalidade, que corresponde à regra *nullum crimen sine lege*, que, segundo o qual apenas haverá crime se houver lei prévia que assim o defina; o princípio da necessidade, expresso na regra *nulla lex sine necessitate*, que reafirma que o direito penal apenas irá apropriar-se das condutas quando estritamente necessário; o princípio da lesividade, que segundo a regra *nulla necessitas sine injuria*, não há necessidade penal em conduta que não produz lesão efetiva a bem jurídico; princípio da materialidade da ação, correspondente à regra *nulla injuria sine actione*, que determina que apenas haverá a repressão penal de uma conduta, ação ou omissão, externada e que seja penalmente relevante; princípio da culpabilidade, expresso no brocardo *nulla actio sine culpa*, no sentido de que apenas haverá punição penal em caso de demonstração de culpa ou dolo na conduta do agente; princípio da jurisdicionalidade, *nulla actio sine iudicio*, que determina a impossibilidade de julgamento e pena senão pela autoridade competente; princípio acusatório, que corresponde à regra *nullum iudicio sine accusatione*, e que firma a inexistência de juízo penal sem órgão acusador; o princípio do ônus da prova, *nulla accusatione sine probatio*, que assegura que o indivíduo apenas será considerado culpado caso haja prova contrária ao seu estado de inocência; e, por fim, o princípio do contraditório ou da defesa, que segue a regra *nullum probatio sine defensione*, que determina a necessidade de o acusado ter ciência dos termos da acusação que pende contra ele, bem como ter o direito de exercer sua defesa (SANTIAGO; SILVA, 2011, p. 54).

Diante de um modelo de Estado Constitucional de Direito, em que há correspondência entre a normatividade infraconstitucional e os valores constitucionais fundados no zelo pelo princípio da dignidade da pessoa humana, os preceitos garantistas e o respeito pelos direitos fundamentais do indivíduo sempre estarão presentes em um modelo ideal de persecução penal (SANTIAGO; SILVA, 2010).

Nesse sentido, a aproximação da teoria garantista com o processo penal solidário é clara: a concepção de persecução penal comprometida com o alcance de um provimento condenatório ou absolutório que respeite a dignidade do acusado na dinâmica das relações processuais, necessariamente, pressupõe a existência de normatividade garantista, bem como a atuação garantista dos atores que representam o Estado juiz e o Estado acusador.

O garantismo surge da delimitação de um espaço mínimo de direitos que não poderia ser transgredida pelo Estado, em sua atuação persecutória. O fundamento destes limites se justifica pelo reconhecimento da dignidade humana e de que o indivíduo é a finalidade última do direito, sendo, portanto, a razão de ser da atividade estatal.

A admissão da dignidade humana, em sentido coletivo, reflete o conteúdo proposto pela solidariedade: reconhecer o valor do indivíduo e contribuir para que ele possa exercer sua função na construção do bem comum. Nesse sentido, afirma-se que o garantismo decorre do reconhecimento da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, como pressupostos fundadores da persecução penal no Estado Democrático de Direito.

A normatividade constitucional aponta a previsão de princípios que estão diretamente relacionados com os primados garantistas de Ferrajoli, que são a presunção de inocência, associada à regra *nulla actio sine culpa*, o devido processo legal, que associa-se à regra *nullum crimen sine lege e nulla actio sine iudicio*, o princípio da ampla defesa associado à regra *nullum probatio sine defensione* e o princípio da vedação da prova ilícita, correspondente à regra *nulla accusatio sine probatio*. Perante a análise destes postulados do garantismo, previstos como direitos fundamentais do indivíduo na Constituição Federal de 1988 prova-se a adoção dessa teoria como um dos fundamentos axiológicos do processo penal brasileiro.

3.3.1 Presunção de inocência

O princípio da presunção de inocência exprime o valor básico de um processo penal garantista: o de que todo cidadão levado à justiça penal possui um estado natural de inocência e de que esse estado de inocência apenas poderá ser invertido, caso o Estado acusador, no exercício do seu dever de prova, demonstrar, além da dúvida razoável, que o indivíduo foi o responsável pela autoria e materialidade do delito (TARZIA, 1998, p. 121).

A presunção de inocência, eleita como um primado básico da persecução penal no Brasil, dá a evidência de que o constituinte fez uma opção política pela liberdade e pela tutela

dos direitos individuais, em detrimento de uma postura de antecipação de culpa. A Constituição Federal de 1988⁴⁷, em seu artigo 5º, inciso LVII, aduz que a presunção de inocência será intangível até que trânsito em julgado de sentença condenatória. Essa é uma previsão que possui correspondência direta com o primado garantista *nulla actio sine culpa*.

Para Gomes Filho (1991, p. 37), o princípio da presunção de inocência, ao ser acolhido pelo direito brasileiro em sua literalidade constitucional, demonstra-se um forte valor ideológico que deve orientar a atuação judicial do Estado brasileiro, qual seja o de optar, até o trânsito em julgado de sentença condenatória, pelo resguardo da liberdade do acusado, em detrimento do exercício asoberbado do interesse coletivo à repressão penal.

Essa postura política de proteção à presunção de inocência consolidou-se como opção político-valorativa no processo penal brasileiro apenas após o advento da Constituição Federal de 1988, uma vez que anteriormente, o Código de Processo Penal tinha disposições legais contidas na persecução que denotavam claramente aspectos de presunção de culpabilidade.

Da leitura do revogado artigo 312 do Código de Processo (BRASIL, 2015) que previa prisão preventiva automática, a partir de denúncia por cometimento de crime cuja pena máxima em abstrato fosse igual ou superior a dez anos, percebe-se que a presunção de inocência não tinha a preferência legal à época. Priorizava-se a tutela da segurança pública ao resguardo de direitos e garantias fundamentais do réu, tanto que do ajuizamento da acusação, antes mesmo da oportunização do primeiro momento da defesa do réu, a prisão cautelar era decretada⁴⁸.

No procedimento especial do tribunal do júri, o antigo artigo 408, § 1º do Código Processo Penal⁴⁹, previa que ao ser pronunciado (decisão interlocutória mista que tem como consequência levar o réu à fase de plenário, para decidir-se o mérito da causa) o réu deveria desde já ter seu nome lançado no rol dos culpados, bem como seria preso imediatamente. Ou seja, antes mesmo do julgamento meritório, o réu já receberia o tratamento estatal, como se culpado.

⁴⁷ Art. 5º [...]

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória

⁴⁸ Art. 312. A prisão preventiva será decretada nos crimes a que for cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a dez anos.

⁴⁹ Art. 408. Se o juiz se convencer da existência do crime e de indícios de que o réu seja o seu autor, pronunciá-lo-á, dando os motivos do seu convencimento.

§ 1º Na sentença de pronúncia o juiz declarará o dispositivo legal em cuja sanção julgar incurso o réu, mandará lançar-lhe o nome no rol dos culpados, recomendá-lo-á na prisão em que se achar, ou expedirá as ordens necessárias para a sua captura.

Por fim, como demonstrativo do parâmetro antigo da normatividade processual penal, inclinado à presunção de culpa, é de se ressaltar a previsão dos artigos 594 e 595 do Código Processual Penal⁵⁰, que firmava, como condição recursal para a interposição de apelação contra sentença condenatória, que o réu se recolhesse à prisão. Se houvesse fuga do preso antes do julgamento da apelação, o recurso seria considerado deserto.

Percebe-se, dessa forma, que até o advento da Constituição Federal de 1988, o valor ideológico adotado pelo Estado brasileiro em relação à culpabilidade do réu era distinto do que se tem atualmente, uma ideia garantista e que apenas admite a subversão do estado de inocência após o trânsito em julgado de sentença condenatória.

Retornando à delimitação do princípio da presunção de inocência, Stefani (1999) sugere que esse princípio possui duas regras básicas. A primeira, como regra de juízo, que determina a necessidade de o acusador mediante produção de prova idônea desconstruir o estado natural de inocência do acusado, de modo a relacionar-se com a regra garantista *nulla actio sine culpa*. Assim, na chamada “regra de juízo”, cabe ao autor do libelo acusatório o dever demonstrar a existência de prática delituosa que justifique a condenação do réu. O acusado não tem a obrigação de prestar prova de sua inocência⁵¹ e não está obrigado a produzir prova contra si mesmo, premissa que decorre da regra *nemo tenetur se detegere*, motivo pelo qual no interrogatório, tem o direito de silenciar acerca de perguntas que eventualmente prejudiquem o seu direito de defesa.

É essa regra que faz com que as prisões cautelares, ocorridas anteriormente ao trânsito em julgado de sentença condenatória, sejam consideradas excepcionais no direito processual penal brasileiro e que apenas possam ser decretadas pela autoridade judicial quando houver adequação da situação fática às estritas e excepcionais hipóteses de que trata a lei. Enquanto não há culpa formalmente constituída, não há razão para cerceamento do direito de liberdade de locomoção do acusado, exceto por razões de natureza cautelar (MARQUES, 2009).

Também o princípio da presunção de inocência, quanto à “regra de juízo”, garante que, após a oportunização da produção de provas pelas partes, se não houver juízo seguro, além da

⁵⁰ Art. 594. O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se condenado por crime de que se livre solto.

Art. 595. Se o réu condenado fugir depois de haver apelado, será declarada deserta a apelação.

⁵¹ Exceto quando houver alegação pelo acusado de fato constitutivo de excludente de ilicitude ou de excludente de culpabilidade, por exemplo, quando inverte-se o ônus probandi, em relação a esse aspecto pontual, o que não exclui o dever de produção de prova, pelo órgão acusador, que afaste a excludente alegada.

dúvida razoável, de que o acusado cometeu crimes, deverá a presunção da inocência operar como critério decisório para fins de absolver o réu.

O segundo aspecto é a regra de tratamento, segundo a qual não é admissível que se trate o acusado como se condenado fosse antes do trânsito em julgado, o que deve impedir qualquer juízo condenatório antecipado (IBANEZ, 2005, p. 67). O juiz, por exemplo, deve, diante dessa regra de tratamento, ter uma postura positiva, com a finalidade de tratar o réu efetivamente como sujeito inocente. Desta forma a imparcialidade do magistrado e a salvaguarda dos direitos do acusado pelo juiz são aspectos que devem ser observados sob pena de violação ao princípio da presunção de inocência.

A regra de tratamento também se aplica ao órgão acusador, que ao longo do trâmite processual deve concentrar-se nas imputações elaboradas sob as provas dos autos, não deixando-se mover por qualquer sentimento pessoal em lograr a condenação do réu. É nesse sentido que a devida fundamentação do libelo acusatório também se constitui instrumento de demonstração da idoneidade do múnus acusatório.

Assim, a presunção de inocência apresenta-se como uma garantia de defesa que se oferece aos indivíduos diante dos arbítrios cometidos pelo Estado. Representa, também um direito à segurança oferecida pelo Estado de Direito de que não se poderá tratar alguém como condenado, até que esta pessoa receba a oportunidade de defender-se em todos os graus de jurisdição (GOLDSCHMIDT, 2002).

Como assevera Ferrajoli (2008, p.540), a presunção de inocência representa um direito à segurança, não no sentido de segurança pública impeditiva da ocorrência de delitos, mas uma segurança, na acepção, de estabilidade das relações jurídicas. Nessa ideia expressa-se de maneira evidente a natureza garantista da presunção de inocência, estabelecendo-se uma nítida limitação à atuação do Estado por direitos individuais pertencentes aos cidadãos.

Agnol Júnior (1997) ressalta que embora haja o valor ideológico da presunção da inocência como corolário necessário da dignidade da pessoa humana, tem-se que a práxis forense demonstra que essa premissa, por vezes, possui caráter meramente formal. Tanto no trato processual, sob o aspecto das relações e interações com os sujeitos da persecução, como no trato social, o que se percebe é a antecipação de convicções, o que acarreta em nítida afronta ao princípio da presunção de inocência.

A antissolidariedade social e jurídica acaba por tornar dificultosa a promessa substancial de tratar o acusado como inocente até o fim do processo. A eleição de um bode expiatório para canalizar a inconformidade coletiva com a violência e a simbologia da figura do inimigo social, torna desafiadora a preservação desse princípio nas relações processuais que é importante para a consolidação do Estado Democrático de Direito.

3.3.2 *Devido processo legal*

O princípio do devido processo legal é tido como uma das mais importantes bases da processualística moderna. É uma premissa que tem sido positivada desde a instauração do Estado de Direito, e que está atrelado às conquistas do indivíduo e da noção de limitação do poder arbitrário do Estado.

Como afirma Lúcia Valle Figueiredo (2002, p. 2), apenas há coerência em tratar-se em devido processo legal, a partir da afirmação da ideia de Estado Democrático de Direito. Apenas haverá o reconhecimento estatal de que a imposição de sanção a um indivíduo está condicionada à oportunização de um prévio procedimento, previsto em lei, de justificativas (devido processo legal), e, portanto, que ele está limitado em suas ações punitivas, se esse mesmo Estado reconhecer que o seu poder deriva do próprio poder popular.

É o que ocorre na Constituição Federal de 1988. Ao reconhecer que, na República Federativa do Brasil, o poder emana do povo, conforme redação do parágrafo único do artigo 1º, o Estado brasileiro vincula-se ao respeito dos limites de direitos individuais na atuação de suas funções. Essa situação fica clara, ao prever, no artigo 5º, inciso LIV, que ninguém terá sua liberdade ou seus bens privados, senão após a observância do devido processo legal.

A associação desse princípio com as regras garantistas *nullum crimen sine lege* e *nulla actio sine iudicio* é evidente. A partir do devido processo legal é que o método punitivo passa a estar atrelado com o conceito de legalidade, uma das maiores conquistas na luta pela limitação do arbítrio estatal. Também é a partir do devido processo legal que se tem o condicionamento da validade de uma sanção penal, se a punição ocorrer por órgão jurisdicional.

Assim, o devido processo legal representa um princípio primordial na organização, em geral do direito processual penal moderno, por efetivar duas características básicas da

persecução penal garantista em um Estado Democrático de Direito: a legalidade e a jurisdicionalidade.

Moreira (1999, p. 156) tecendo uma objetiva recapitulação histórica deste princípio, aponta que a primeira manifestação expressa do princípio do devido processo legal se deu na *Magna Carta Libertatum* de 1215, na Inglaterra. Este documento foi elaborado como cume de uma crise institucional na sociedade inglesa, em que os lordes ingleses e o rei João, pactuaram, como aspecto de reorganização das forças políticas, a prevalência da supremacia da lei à vontade real. Representou a determinação de uma série de direitos dos lordes ingleses em face do soberano. Sem dúvida alguma, era a primeira iniciativa formalizada de limitação do poder do Estado, frente aos direitos dos cidadãos.

A locução oriundo da língua inglesa *due process of law*, deriva, segundo Moreira (1999), da expressão utilizada na Magna Carta para definir o parâmetro de julgamento de um cidadão perante o Estado: *by the law of the land*, ou seja, as leis da terra. Dessa forma, assegura-se a formalização de um julgamento de qualquer cidadão de maneira equânime por um procedimento previamente definido.

Através do devido processo legal, assegura-se ao mesmo tempo a liberdade do cidadão, que não poderá sofrer sanção do Estado senão por motivo julgado justo, em procedimento previamente previsto em lei, estabelecendo-se um padrão de estabilidade e de segurança na relação entre indivíduo e Estado.

Assegura-se, de acordo com Paula Bajer Fernandes Costa (2001, p. 98), também, o direito de igualdade perante a lei, uma vez que diante de um procedimento previsto previamente e formalizado em lei, estabelecendo-se um parâmetro objetivo, extingue-se, em tese, a possibilidade de discrepâncias, com a finalidade de outorgar privilégios a alguns em detrimento de outros.

A Constituição Americana de 1791, previu em sua quinta emenda que *ninguém poderá ser privado da vida, liberdade ou propriedade sem devido processo legal*. A aplicação do princípio do devido processo legal nos Estados Unidos relaciona-se principalmente com a manutenção da igualdade substancial entre os indivíduos, mostrando-se esse princípio como um instrumento tradicional de resguardo dos direitos do cidadão, como limitação ao arbítrio do Estado (RAMOS, 2000, p.108).

No Brasil, o princípio do devido processo legal foi previsto no artigo 5º, LIV, da Constituição Federal de 1988, e conforme Lima (1999, p. 209), foi consagrado em seus dois aspectos, um substantivo e outro processual. O primeiro, tratando-se do devido processo legal, como um meio de controle dos emanados pelos poderes executivo, legislativo e judiciário. O segundo aspecto do devido processo legal, por sua vez tem o objetivo de estabelecer um padrão de igualdade e de justiça nas relações processuais que precedem a aplicação de um provimento sancionatório estatal.

O devido processo legal substancial ou material, segundo ressalta Grinover (1973), representa a segurança que o Estado de direito traz ao indivíduo, limitando o legislativo a elaborar leis restritivas justas, dotadas de razoabilidade e que sejam adequadas e proporcionais a atingir seu objetivo inicialmente proposto.

Através dessa primeira percepção substancial do devido processo legal, apenas serão aptas a serem aplicadas em desfavor dos cidadãos as leis consideradas materialmente adequadas a comporem o devido processo legal materialmente observado. É desse primeiro aspecto que emana o dever de o Supremo Tribunal Federal, por exemplo analisar a qualidade constitucional de leis, atos administrativos e até mesmo decisões judiciais.

No aspecto substancial do devido processo legal, tem-se portanto, a inclusão da razoabilidade, exercida pelo poder judiciário, por exemplo, como elemento dinâmico para assegurar que as normas e regras impostas na relação processual serão substancialmente adequadas a ideia de igualdade e de garantismo (GOMES, 2000, p. 240).

Sob o segundo aspecto pontuado por Grinover (1973), o devido processo legal, em sentido processual, é o preceito que assegura a qualquer cidadão o direito de ter um processo justo, quando pretendida alguma tutela movida pelo Estado acusador contra si. Assim, em matéria processual penal, por exemplo, sendo um indivíduo acusado da prática de algum crime, haverá a necessidade de obediência ao rito processual previsto em lei antes de haver a conclusão acerca do mérito da demanda pelo poder judiciário.

Assim, o devido processo legal, em sentido processual, assegura a quem seja acusado, o direito de ser processado por autoridade judicial competente (garantia da jurisdicionalidade), direito a ser citado do inteiro teor da acusação, direito a contestar, por meio de defesa técnica, os termos em que foi feita a acusação, a oportunidade de apresentar provas de que disponha ou requerer a produção de provas pertinentes às alegações arguidas

em defesa; direito a uma sentença fundamentada pela autoridade julgadora e, por fim, direito à utilização do sistema recursal como forma de utilizar-se do sistema recursal previsto em lei (SILVEIRA, 1996).

Percebe-se assim, que o devido processo legal, em sentido processual está relacionado ao atendimento da legalidade, não apenas processual, mas, também quanto ao exercício de tipicidade de norma penal definidora do crime cometido, refletindo-se a regra garantista *nullum crimen sine lege*. Bem como está relacionado à garantia de julgamento por órgão jurisdicional, representado por juiz natural, conforme a regra garantista *nulla actio sine iudicio*.

3.3.3 Ampla defesa

O princípio da ampla defesa prevê que qualquer pessoa que esteja sendo processada judicialmente ou administrativamente terá direito de defender-se, por si mesma ou por meio de procurador, perante o órgão julgador, fazendo-lhe por todos os meios em direito disponíveis. Associa-se, portanto, diretamente com a regra garantista do *nullum probatio sine defensione*.

Segundo Marques (2009), o direito à defesa é a prerrogativa cabível ao réu de se opor ao conteúdo de uma imputação lançada contra si. Esse direito de defender-se possui dois aspectos, um processual, quando a argumentação para a improcedência da demanda refere-se à ausência de algum requisito de procedibilidade que é necessário, prejudicando a análise material da demanda, e um material, quando a defesa exercida demonstra a inexistência do fato, como narrado pelo acusador, ou demonstra a presença de circunstância que torne tolerável o comportamento aparentemente delitivo do acusado.

O direito à defesa, em que pese tenha origem desde os primórdios da civilização humana⁵², tem sua gênese formal juntamente com a ideia de contraditório e de devido processo legal, no instante de afirmação do Estado Democrático de Direito, em que as

⁵² Os hebreus tinham por costume permitir o direito de defesa à pessoa presa em flagrante delito, antes de confirmar sua restrição de liberdade; os atos de defesa eram públicos e a confissão não era suficiente para basear uma condenação. Os gregos distinguiam o tipo de procedimento a depender do caráter do crime, se de lesividade comunitária, seria processado por meio de ação pública, se de lesividade individual, seria processado por meio de ação privada. Antes do julgamento público o acusado poderia comparecer perante o juiz para apresentar seus argumentos defensivos, podendo, inclusive, requerer a extensão do prazo. O direito romano também possuía sistema persecutório que permitia a defesa do acusado, inclusive, podendo qualquer cidadão pleitear a nulidade de uma sentença proferida pelo magistrado, caracterizando-se, assim, o exercício da preservação de direitos do réu. Na *accusatio*, qualquer do povo poderia levar acusação de infração da lei por seus pares. Todavia, seria assegurado o direito de defesa pelo réu, que poderia fiscalizar as diligências probatórias, poderia participar da oitiva de testemunhas, inclusive, interrogando-lhes, bem como poderia fazer sua própria defesa no tribunal (GILISSEN, 1979).

relações entre Estado e indivíduo foram reelaboradas teoricamente, havendo limitação legal nas possibilidades de atuação estatal processante. Historicamente a ampla defesa foi prevista na *Magna Carta Libertatum* de 1215, a partir do conteúdo dos artigos 39 e 40⁵³.

O Brasil adota o princípio da ampla defesa, na literalidade do artigo 5º, inciso LV, que garante a todos os litigantes, em processo judicial ou administrativo, o direito de defesa, conferindo-lhes todos os meios e recursos inerentes ao exercício dessa prerrogativa.

Segundo Ivone Morcilo Lixa (1999, p. 91), a previsão da ampla defesa nas Constituições modernas, demonstra a convicção do estabelecimento do denominado Estado de Direito constitucionalizado, isto porque, claramente a principiologia das normas constitucionais incide materialmente sobre as normas de todo o ordenamento jurídico, conferindo-lhes validade. Assim, é ilegal a atuação do Estado que não submeta os seus atos às regras constitucionais.

Segundo Enrico Ferri (1999) essa noção é importante para que se verifique a relevância que a ampla defesa assume na concepção moderna de persecução penal, bem como para firmar a imprescindibilidade de sua observância pelo Estado, sob pena de estar incidindo em atuação inconstitucional. A fiscalização da garantia do direito de defesa ao indivíduo deve ser, portanto, tomada como *conditio sine qua non* para o cumprimento do devido processo legal e para que eventual condenação imposta pelo Estado seja considerada válida.

Importa ressaltar que o direito constitucional à ampla defesa abrange dois aspectos: a defesa técnica exercida por defensor que possui capacidade postulatória, para atuar processualmente e a autodefesa realizada pelo próprio réu, em especial quando do momento do interrogatório, que possui caráter defensivo, e está previsto no artigo 185 do Código de Processo Penal⁵⁴ e seguintes, momento em que o réu, pessoalmente poderá apresentar a sua versão dos fatos e até mesmo indicar provas a serem produzidas.

O direito à ampla defesa funciona, assim, como meio de resguardar o indivíduo, hipossuficiente, na relação persecutória, diante do Estado acusador, que detém toda a estrutura

⁵³ “Artigo 39: Nenhum homem livre será preso, aprisionado ou privado de uma propriedade, ou tornado forada-lei, ou exilado, ou de maneira alguma destruído, nem agiremos contra ele ou mandaremos alguém contra ele, a não ser por julgamento legal dos seus pares, ou pela lei da terra”.

“Artigo 40: A ninguém venderemos, a ninguém recusaremos ou atrasaremos, direito ou justiça”. (tradução livre a partir de uma versão em inglês)

⁵⁴ Art. 185. O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado.

e poder de polícia para amparar suas pretensões punitivas, e como elemento de reequilíbrio de possibilidades de atuação na persecução penal. É nesse sentido que na ordem jurídica brasileira, apenas admite-se ajuizamento de revisão criminal em favor da defesa, bem como, conforme a súmula 523 do Supremo Tribunal Federal, deve o juiz atuar como fiscalizador da presença efetiva e eficiente da realização do direito de defesa do réu, sob pena de nulidade dos atos processuais praticados.⁵⁵

Importa, ainda, ressaltar que além da previsão da ampla defesa, a Constituição Federal prevê no artigo 5º, XXXVIII, alínea “a”⁵⁶, um princípio basilar referente ao tribunal do júri qual seja o direito à plenitude de defesa. Existe distinção entre ampla defesa e plenitude de defesa, em que pese ambos os termos estejam atreladas à garantia de contraposição do acusado diante do libelo acusatório.

Na visão de Nucci (2015), a plenitude de defesa é uma complementação ao direito de ampla defesa geral. Isso porque para Nucci, diferentemente do sentenciamento nos processos em geral, em que o juiz deve obrigatoriamente explicitar os motivos pelo qual fundamenta a sua decisão, no Tribunal Popular do Júri, dada a incidência dos princípios da soberania dos veredictos e da íntima convicção do jurado, não existe tal possibilidade.

Assim, diz Streck (2001) que nos processos em geral, o juiz pode admitir inclusive de ofício, argumento não arguido pela defesa, algo que o Conselho de Sentença não pode. Dessa forma, o exercício da defesa no Tribunal do Júri, torna-se mais exigente, de modo que é conferida à defesa maior liberdade para expor suas teses de contraposição à acusação, justificando-se, por isso, a plenitude de defesa.

Conforme cita Nassif (2001) a ideia é proporcionar à defesa uma potencialização de seus recursos, de modo a equilibrar suas possibilidades com a acusação, mesmo no procedimento especial do Tribunal do Júri. Assim, no exercício da plenitude de defesa, pode o defensor valer-se, não apenas de argumentos rigorosamente jurídicos, mas, também, outras razões de natureza psicológica, social, religiosa, com o objetivo de construir o argumento defensivo.

⁵⁵ Súmula 523. No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.

⁵⁶ Art. 5º [...] XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa;

Importa salientar que, em que pese a importância do zelo ao princípio da ampla defesa para afirmar as bases garantistas do processo penal, segundo Luigi Ferrajoli (2008), há grande dificuldade de consolidação desse princípio, em especial pela crise de capacidade reguladora do Direito, como consequência do alto grau de complexidade das relações sociais contemporâneas.

É que segundo autores como Luhmann (1998) e Zolo (1992) a sobrecarga no Estado Social em suas atribuições prestativas, a hipertrofia legislativa, a subordinação do Estado a elementos políticos, econômicos e sociais e a má gestão pelos agentes do poder público, explicariam a ineficiência do sistema jurídico, o que traz por consequência a dificuldade em assegurar a garantia dos direitos fundamentais dos indivíduos. A dificuldade de garantia do direito à ampla defesa torna-se ainda mais profundo diante da dissonância com o interesse punitivo da sociedade.

3.3.4 *Vedação à produção de prova ilícita*

No exercício da persecução penal, o Estado acusador, detentor do *onus probandi*, deve demonstrar, para além da dúvida razoável, que existe demonstração de responsabilidade penal subjetiva. O processo de elaboração dos elementos de prova no processo penal atende ao princípio da livre iniciativa probatória.

A possibilidade da acusação na utilização de qualquer meio que corrobore suas alegações existe no direito processual penal brasileiro, porquanto o rol de provas em espécie previstas no Código de Processo Penal não é taxativo, admitindo-se, inclusive, as ditas provas inominadas. Ocorre que, no esteio demonstração de previsões garantistas na Constituição Federal de 1988, estabelece-se um limite à liberdade de produção de provas no processo penal, a vedação da utilização de provas ilícitas, para condenar o réu.

O artigo 5º, inciso LVI texto constitucional, prevê que serão consideradas vedadas no processo todas as provas produzidas por meio ilícitos⁵⁷. Conforme Gomes (2008, p.35), o termo ilicitude abrange dois significados: o primeiro, em sentido estrito, significa aquilo que é proibido na lei; sob prisma amplo, todavia, tem o sentido de ser contrário à moral, aos bons costumes e aos princípios gerais do direito. O constituinte claramente optou pelo sentido amplo do conceito de ilicitude, uma vez que ao referir-se na Constituição, pretendeu afastar

⁵⁷ Art. 5º [...] LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

da utilização no processo, tanto as chamadas provas ilícitas em sentido estrito, como as provas ilegítimas.

É que segundo Prado (2009), *a priori*, estabeleceu-se doutrinariamente que as provas ilícitas seriam as obtidas com violação de norma de direito material, enquanto que as provas ilegítimas seriam produzidas com inobservância de normas de direito procedimental. Certamente, ao prever o constituinte a vedação das provas ilícitas, não quis excluir de seu âmbito de abrangência as provas produzidas por meio ilegítimo, de modo que entende-se que de maneira genérica, proíbe o constituinte a utilização de provas ilícitas, em sentido estrito, e das provas ilegítimas.

Esse princípio limitador do *modus operandi* do Estado, na persecução penal, representa uma nova amostra de que o direito processual penal brasileiro assenta-se sob as noções garantistas, associando-se à regra assegurando que apenas serão considerados meios probatórios para delimitação de responsabilidade penal do acusado, aqueles que tenham sido produzidos em atendimento estrito à legalidade formal, em termos procedimentais, e material, em termos de conteúdo alinhado aos valores constitucionais. Afirma-se, portanto, a regra garantista *nulla accusazione sine probatio*.

Também é considerada prova ilícita, aquela que apesar de não ter sido diretamente produzida em violação à lei, tenha sido derivada de uma outra prova considerada ilícita. Trata-se da teoria dos frutos da árvore envenenada, segundo a qual a ilicitude da prova originária contamina a prova subsequente, tornando-lhe imprestável ao processo. Tanto a prova ilícita direta, como a prova ilícita indireta, são vedadas, porquanto, em um Estado Democrático de Direito, não se pode admitir que para alcançar a condenação de um indivíduo, os próprios agentes estatais, guardiões da lei, violem seus preceitos (CAMARGO ARANHA, 1999).

Fernandes (2002) assevera que, em uma estrutura de Estado Democrático de Direito garantista, é inaceitável a existência de correntes que defendam a possibilidade de uso de meios ilícitos pelo Estado, para a obtenção de uma condenação. Não se pode admitir que a repressão ao crime justifique o cometimento de outros crimes pelos agentes estatais. Qualquer atropelo aos procedimentos legais para a formulação de prova ou à essência material dos direitos e garantias fundamentais do acusado torna a prova ilícita e, portanto imprestável para a formulação de juízo de culpa. É nesse sentido o entendimento do Supremo Tribunal

Federal⁵⁸, nos autos do Recurso Extraordinário 251.445-GO, de relatoria do Ministro Celso de Mello. Nesse caso, o réu foi absolvido pelo fato de que a prova incriminadora foi obtida por meio de violação ao seu domicílio.

É de se ressaltar, todavia, que o princípio da vedação das provas ilícitas não é absoluto. Admite exceção, em especial, quando há a utilização desse tipo de prova como meio para absolver o réu. Nesse caso (outra demonstração da adoção do garantismo como fundamento do processo penal brasileiro) através da utilização do princípio da proporcionalidade, seriam sopesados a necessidade constitucional de obediência aos ritos para a produção de prova, e, por outro, o direito à liberdade de um inocente. É privilegiado, nessa relação, o segundo direito (GOMES FILHO, 1997, p. 106).

⁵⁸ EMENTA: PROVA ILÍCITA. MATERIAL FOTOGRÁFICO QUE COMPROVARIA A PRÁTICA DELITUOSA (LEI Nº 8.069/90, ART. 241). FOTOS QUE FORAM FURTADAS DO CONSULTÓRIO PROFISSIONAL DO RÉU E QUE, ENTREGUES À POLÍCIA PELO AUTOR DO FURTO, FORAM UTILIZADAS CONTRA O ACUSADO, PARA INCRIMINÁ-LO. INADMISSIBILIDADE (CF, ART. 5º, LVI).

- A cláusula constitucional do *due process of law* encontra, no dogma da inadmissibilidade processual das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras, pois o réu tem o direito de não ser denunciado, de não ser processado e de não ser condenado com apoio em elementos probatórios obtidos ou produzidos de forma incompatível com os limites ético-jurídicos que restringem a atuação do Estado em sede de persecução penal.

- A prova ilícita - por qualificar-se como elemento inidôneo de informação - é repelida pelo ordenamento constitucional, apresentando-se destituída de qualquer grau de eficácia jurídica.

- Qualifica-se como prova ilícita o material fotográfico, que, embora alegadamente comprobatório de prática delituosa, foi furtado do interior de um cofre existente em consultório odontológico pertencente ao réu, vindo a ser utilizado pelo Ministério Público, contra o acusado, em sede de persecução penal, depois que o próprio autor do furto entregou à Polícia as fotos incriminadoras que havia subtraído.

No contexto do regime constitucional brasileiro, no qual prevalece a inadmissibilidade processual das provas ilícitas, impõe-se repelir, por juridicamente ineficazes, quaisquer elementos de informação, sempre que a obtenção e/ou a produção dos dados probatórios resultarem de transgressão, pelo Poder Público, do ordenamento positivo, notadamente naquelas situações em que a ofensa atingir garantias e prerrogativas asseguradas pela Carta Política (RTJ 163/682 - RTJ 163/709), mesmo que se cuide de hipótese configuradora de ilicitude por derivação (RTJ 155/508), ou, ainda que não se revele imputável aos agentes estatais o gesto de desrespeito ao sistema normativo, vier ele a ser concretizado por ato de mero particular. Doutrina.

GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR (CF, ART. 5º, XI). CONSULTÓRIO PROFISSIONAL DE CIRURGIÃO-DENTISTA. ESPAÇO PRIVADO SUJEITO À PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL (CP, ART. 150, § 4º, III). NECESSIDADE DE MANDADO JUDICIAL PARA EFEITO DE INGRESSO DOS AGENTES PÚBLICOS. JURISPRUDÊNCIA. DOCTRINA.

- Para os fins da proteção constitucional a que se refere o art. 5º, XI, da Carta Política, o conceito normativo de "casa" revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer compartimento privado onde alguém exerce profissão ou atividade (CP, art. 150, § 4º, III), compreende os consultórios profissionais dos cirurgiões-dentistas.

- Nenhum agente público pode ingressar no recinto de consultório odontológico, reservado ao exercício da atividade profissional de cirurgião-dentista, sem consentimento deste, exceto nas situações taxativamente previstas na Constituição (art. 5º, XI).

A imprescindibilidade da exibição de mandado judicial revelar-se-á providência inafastável, sempre que houver necessidade, durante o período diurno, de proceder-se, no interior do consultório odontológico, a qualquer tipo de perícia ou à apreensão de quaisquer objetos que possam interessar ao Poder Público, sob pena de absoluta ineficácia jurídica da diligência probatória que vier a ser executada em tal local.

Isso se explica em virtude de serem princípios prevalentes no Estado Democrático de Direito a liberdade e a dignidade da pessoa humana, bem como o interesse de o Estado juiz não impor sanção sobre indivíduo que não possui responsabilidade penal subjetiva. É esse o entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria em questão⁵⁹.

Dessa forma, entende Thiago Pierobom de Ávila (2007) que, pelo princípio da proporcionalidade, se a finalidade da produção da prova for o resguardo de um direito fundamental, como a prova da inocência de um acusado; se esse for o único meio para resguardar essa prova, bem como se esse meio for utilizado tão somente para a captação da evidência necessária, tem-se os critérios de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, respectivamente previstos.

A previsão da vedação de provas ilícitas pelo Estado para acusar o réu, bem como a possibilidade de, por outro lado, essa espécie de prova ser utilizada, caso seja o único meio para absolvê-lo, à luz do princípio da proporcionalidade, demonstra, portanto, a evidente postura normativa e jurisprudencial do direito processual penal brasileiro alinhadas aos primados do garantismo processual.

⁵⁹ “No caso, os impetrantes esquecem que a conduta do réu apresentou, antes de tudo, uma intromissão ilícita na vida privada do ofendido, esta sim merecedora de tutela. Quem se dispõe a enviar correspondência ou a telefonar para outrem, ameaçando-o ou extorquindo-o, não pode pretender abrigar-se em uma obrigação de reserva por parte do destinatário, o que significa o absurdo de qualificar como confidencial a missiva ou a conversa.” (STF, HC n. 74.678/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Moreira Alves, DJU 15/07/1997).

“É lícita agravação de conversa telefônica feita por um dos interlocutores, ou com sua autorização, sem ciência do outro, quando há investida criminosa deste último. É inconsistente e fere o senso comum falar-se em violação do direito à privacidade quando interlocutor grava diálogo com seqüestradores, estelionatários ou qualquer tipo de chantagista” (STF, HC n. 75.338-8/RJ, Plenário, Rel. Min. Nelson Jobim, DJU 25/09/1998).

4 MEIOS DE CONSOLIDAÇÃO DO PROCESSO PENAL SOLIDÁRIO

Após abordar a estrutura em que foi concebida a persecução penal no Estado Democrático de Direito, analisando-se sua finalidade original que é associada à necessidade de limitação do arbítrio estatal e, conseqüentemente de garantia do indivíduo, focou-se a análise da problemática da prática processual penal à luz da teoria para o qual foi concebida.

A partir da noção de Estado Democrático de Direito, de seus valores baseados na liberdade, igualdade e fraternidade, tem-se que os valores imanentes à prática jurídica, dentre os quais se inclui a função persecutória penal, é o respeito à dignidade da pessoa humana e, em aplicação social, a solidariedade, que deve orientar a relação do indivíduo com o Estado, o que ocorre na relação processual penal, fundada na filosofia cristã agostiniana e tomista.

Entretanto, em que pese essa análise teórica dos propósitos do processo penal, perceberam-se aspectos de distorções sintomáticas em sua prática. Isto se deve por aspectos como a percepção social do crime e do agente do ilícito, pela densificação das relações sociais em um meio pós-industrial, pela influência do exercício sensacionalista da mídia em matéria de justiça penal, pela execução da pena que destoa dos propósitos finalísticos a que foi estruturada e pela postura dos agentes processuais que, por vezes, antecipam culpabilidade ao acusado, na prática de atos processuais penais.

Diante dessa problemática que explica o malfuncionamento da persecução penal e as suas desastrosas conseqüências no plano social, é que se refletiu a necessidade de verificar os fundamentos sob os quais está assentado o processo penal brasileiro, como meio de reposicioná-lo axiologicamente em seus valores originais: a isonomia e a solidariedade.

Foi nesse sentido que se aprofundou o estudo destes fundamentos, a partir da normatividade constitucional que orienta a interpretação das normas infraconstitucionais do processo penal, bem como a sua própria prática. A partir dessa análise, agruparam-se os direitos fundamentais que espelham o caráter solidário do processo penal, chegando-se a três fundamentos básicos: a democracia processual; a fraternidade e o garantismo.

Após essa constatação, insta verificar, à luz das distorções práticas do processo penal, e em consonância com o valor da solidariedade e dos fundamentos do processo penal expressos na Constituição, quais práticas são adotadas ou podem ser adotadas, que fomentam a percepção teórica do processo penal solidário, em viés democrático, fraterno e garantista, e que ajustam sua finalidade prática à luz do que é constitucionalmente previsto.

4.1 Simplificação dos Procedimentos Processuais Penais: a dupla face da Razoável Duração do Processo e crítica à justiça penal negocial

A discussão traçada acerca da necessidade da adequação do processo penal aos seus valores originais, representados pelos fundamentos expressos através da principiologia constitucional apresentada, passa pela revisão dos procedimentos processuais adotados pelo Código de Processo Penal de 1941.

A matriz ideológica que inspirou a lei procedimental penal brasileira em vigência, conforme anteriormente analisado, está assentada na prioridade da tutela à segurança pública em detrimento de eventuais direitos e garantias fundamentais do réu. Assim, a análise dos procedimentos previstos à época faz concluir que tais previsões estavam mais alinhadas à imposição da autoridade do Estado do que propriamente com a possibilidade de instaurarem-se relações processuais democráticas, fraternas e garantistas.

Assim, conclui-se que não é possível esperar que os princípios constitucionais do processo penal efetivamente incidam sobre a prática forense, se a legislação infraconstitucional aplicada à matéria, possui inclinação natural à finalidades diversas do processo penal em um Estado Democrático de Direito. Ao tempo em que a Constituição Federal de 1988 propõe um sistema processual penal acusatório, o Código de Processo Penal possui caráter nitidamente inquisitorial, o que se reflete, por exemplo, na definição dos procedimentos processuais.

Sob outra perspectiva, também há de se enfatizar, que não apenas à normatividade antiga pode se atribuir o caráter destoante do processo penal infraconstitucional com a principiologia constitucional do processo penal, mas, também, à própria postura dos sujeitos processuais que é eivada por inquisitividade e por vícios de antecipação de culpabilidade, anteriormente verificados.

Apegando-se a esses aspectos, é que Calamandrei (1951) destaca o quão diferente é a normatividade e a atuação dos atores processuais, em um processo penal inquisitivo e

acusatório. Essa constatação é útil, na medida em que indica a discrepância entre os valores expressos na Constituição Federal de 1988 e a legislação processual penal infraconstitucional e a atuação tradicional dos sujeitos processuais, observadas na atualidade.

Assevera Calamandrei (2003), que, em uma estrutura persecutória inquisitiva, o julgador, representante do Estado juiz, tudo pode. Os interesses particulares não possuem valor relevante e as partes tem a obrigação de contribuir com o juízo, ainda que tenham que depor contra seus próprios interesses, com o fito de alcançar-se o único interesse relevante em questão: o direito punitivo do Estado. Por outro lado, em uma estrutura acusatória, o Estado juiz não desconsidera as partes em termos colaborativos para a busca pela verdade real, havendo oportunização à participação e à delineação de provas que entendam corroborar com a tutela de seus interesses na relação processual.

Hartmann (2010) ressalta que a reorganização do processo penal à luz acusatória, prevista na Constituição, exige a adaptação mais profunda dos procedimentos no processo penal. São perceptíveis evoluções em alguns aspectos pontuais nesse sentido, como, por exemplo, antes de 2008, o magistrado não tinha oportunidade de reconhecer hipótese de absolvição do réu antes do instante de sentenciar o mérito da demanda.

Assim, em que pese o acusado apresentasse na, antiga Defesa Prévia (Artigo 395/CPP), argumentos que demonstrassem claramente a presença de causa excludente da ilicitude do fato, o magistrado não poderia absolvê-lo imediatamente, devendo assim mesmo, proceder a toda a instrução processual e só então, julgar a demanda considerando-a improcedente.

Desde o advento da Lei nº 11.719/2008, que alterou a ritualística do procedimento comum ordinário, com a substituição da Defesa Prévia pela Resposta à Acusação, essa realidade foi alterada. Isto porque se democratizou a relação processual penal, permitindo que o acusado, desde o primeiro momento para a apresentação da defesa possa arguir razões que levem o juiz a absolvê-lo sumariamente, antes mesmo de se proceder à instrução processual. Tal medida é razoável, sob o aspecto da garantia do acesso à justiça, como também assegura o aspecto participativo do réu, interagindo com o provimento judicial, desde o início da demanda.

Outro exemplo pontual do ajuste da normatividade processual penal à sua feição acusatória, foi a alteração do momento em que o juízo toma o interrogatório do réu e a natureza que se dá a esse elemento de prova atualmente. Originalmente, o interrogatório, previsto no artigo 185 do Código de Processo Penal e seguintes, era prova do juízo, tomada

como primeiro ato da instrução processual, e no qual o réu não deveria silenciar sob qualquer fato, uma vez que este silêncio poderia ser interpretado em desfavor do próprio acusado.

Atualmente, desde a modificação do artigo 400 do Código de Processo Penal, havida através da Lei nº 11.719/2008, o interrogatório torna-se o último ato da instrução, com o intuito de potencializar o direito de ampla defesa do réu, que terá acesso a todas as provas elaboradas na instrução processual antes que haja a sua própria oitiva.

O interrogatório passa a ser visto como prova defensiva, em que o réu irá exercer seu direito de autodefesa, contando sua versão dos fatos e indicando provas relevantes. Importa ressaltar, ainda, que o silêncio do réu no ato do interrogatório não deve implicar em elemento justificador de sua condenação, uma vez que o acusado não está obrigado a produzir provas contra si mesmo, em consonância com a regra *nemo tenetur se detegere*.

Outro exemplo de adaptação normativa da legislação processual penal, que a aproxima do sistema processual penal acusatório, foi o advento da Lei nº 12.403/2011, que estabeleceu um novo regramento às prisões cautelares no processo penal, e que contextualizou esse instituto ao princípio constitucional da presunção de inocência.

Essa lei, com a proposta de oferecer ao magistrado instrumentos alternativos à prisão cautelar, considerada pela Constituição Federal de 1988, criou medidas que se prestem a resguardar o objeto do processo, justificando seu caráter de cautelaridade, mas que, por outro lado, resguardem o direito à liberdade de locomoção a quem ainda não foi condenado definitivamente. Oferece-se, no novo artigo 319/CPP alternativas, a fim de que as prisões cautelares sejam tratadas com a excepcionalidade que sugerem o princípio constitucional da presunção de inocência.

Embora tais exemplos sirvam de demonstração da tentativa de adaptar uma codificação processual penal inquisitiva ao um sistema de valores típico de um processo penal acusatório, ainda não é o suficiente. A existência de procedimentos com nítida estrutura autoritária, ainda atualmente, implicam no aprofundamento da falta de identidade e das contradições do sistema processual penal brasileiro. Uma remodelação procedimental se faz necessária.

O conceito de rito procedimental, segundo Hartmann (2010, p. 213) trata-se de uma consequência lógica à pretensão do processo penal. O Estado apenas pode exercer a sua finalidade última, que é a verificação da existência (ou não) de um delito, bem como a

presença de causas que justifiquem a punição de quem o cometeu, seguindo uma sequência de atos específicos, com ordem firmada em lei. Para Carnelutti (2005), procedimento é a ordem, forma, e sucessão desses atos processuais.

Fernandes (2005) ressalta que existe um direito fundamental ao procedimento, em especial, por ser através de um procedimento equilibrado, é que se garante, tanto a prestação da atividade jurisdicional com eficiência, como também é o meio pelo qual um acusado inocente irá demonstrar de maneira eficaz a improcedência da demanda que lhe é contrária.

No Brasil, existem cerca de doze ritos processuais penais distintos⁶⁰, entre os ritos comum e especial previstos no Código de Processo Penal e os procedimentos previstos na legislação processual penal extravagante. Lopes Júnior (2009) assevera que apesar de haver uma tradição jurídica ocidental de estabelecer-se diferenciação de ritos persecutórios criminais, não existem, no Brasil, critérios que justifiquem procedimentalmente a necessidade de tais distinções.

Em que pese o legislador determinar ritos diversos em razão da pena máxima em abstrato cominada ao crime, em razão da natureza do crime, ou ainda, em razão do agente que cometeu o crime. Todavia, no entendimento de Hartmann (2010), a que se filia este trabalho, não existem fundamentos legítimos para essa variedade de ritos procedimentais existentes no processo penal brasileiro.

A distinção de rito sem fundamento procedimental que efetivamente o justifique tão somente se presta a diferenciar juridicamente situações fáticas que, por vezes, não se podem valorar de maneira geral e abstrata. Não se pode pressupor, em abstrato, por exemplo, que as consequências do julgamento de uma contravenção penal necessariamente será menos grave ao acusado do que as consequências do julgamento de um crime perante o rito comum ordinário, vez que naquele processo pode haver condenação e neste uma absolvição. Não se pode também pressupor em abstrato, que pelo fato de uma contravenção penal ter uma sanção penal menor e um crime contra a vida ter sanção penal maior, que necessariamente os fatos envolvendo tais situações serão menos e mais complexos respectivamente. Não é correto confundir dificuldade de formulação de prova, com necessidade de criação de ritos distintos.

⁶⁰ O rito comum ordinário, previsto entre os artigos 394 a 405 do Código de Processo Penal, o rito comum sumário, previsto entre os artigos 531 a 538, o rito sumaríssimo, previsto na Lei 9.099/95, além dos procedimentos processuais penais especiais, tais como o rito de processamento de crimes contra a vida (art. 406 a 497); rito de processamento dos crimes de responsabilidade de funcionário público (art. 513 a 518); rito para o cometimento de crime contra a honra (art. 519 a 523), além da ritualística prevista na legislação extravagante.

Foschini (1965) defende, nesse sentido, que, por todo o exposto, a distinção em ritos processuais não faz sentido, com base apenas em critérios que não se atenam especificamente ao procedimento. Em verdade, dada a distinção de situações, em termos de complexidade, o que se poderia sugerir seria a possibilidade de que os atos processuais pudessem ser mais ou menos estendidos, em razão da necessidade de apuração fática, para melhor observar o direito de acusação do Ministério Público e o direito de defesa do acusado.

A lógica, então, passa a ser a adaptação dos atos processuais estrutura do caso concreto e não ao rito que não possui uma razão legítima de ser. Assim se poderia observar que a ritualística diferenciada para apurar o cometimento de um crime variaria de acordo com o caso penal e não de acordo com um critério abstrato pré-estabelecido e que não consegue se justificar logicamente.

Além da razão meramente filosófica para a inexistência de subsistência de tantos ritos procedimentais distintos no processo penal brasileiro, há ainda a questão de possível quebra de igualdade substancial, como é proposto por Hartmann (2010). Ao estabelecer que um caso é mais simples ou menos simples a partir da gravidade do crime previsto, e por isso enquadrando este último em um rito que admite uma produção de provas mais concisa, pode-se estar retirando do acusado do rito mais simplificado o direito à defesa e à participação democrática na construção discursiva do provimento judicial final.

É nesse sentido o que também atestam Ambos e Choukr (2001) ao comentar os ritos processuais especiais presentes na legislação processual penal latino-americana. Segundo estes autores, nesses países, quando o delito é de menor gravidade, a abreviação excessiva do rito, por meio de um procedimento especial, o que acaba por prejudicar o direito adequado de defesa pelo réu, que, na Constituição, é garantido de maneira geral, sem fazer qualquer distinção de rito.

Percebe-se, assim, que, Hartmann (2010) propõe a unificação dos ritos procedimentais e a sua simplificação, não como forma utilitarista de agilizar uma condenação, mas, sim, como meio tornar efetivos os valores constitucionais previstos em favor do réu.

Simplificar a ritualística do processo penal brasileiro significa retirar o excesso de formalismo e de institutos burocráticos, possibilitando a concretização da dupla face do princípio da razoável duração do processo: por um lado, assegurar o direito punitivo do Estado de maneira eficiente, por outro, garantir ao acusado um rito em que possa efetivamente se defender, compreendendo, inclusive o rito a que será submetido.

Em se tratando a acusação penal da disposição dos bens mais importantes do ser humano, quais sejam, a liberdade de locomoção e seu patrimônio, a ritualística processual deve ser a mais acessível possível. Isso potencializaria de maneira clara a possibilidade do exercício da autodefesa de maneira mais adequada.

Sintetiza, perfeitamente o pensamento de Hartmann (2010) a ideia de Valiante (1975), que, traçando um perfil de um processo penal, em que as garantias individuais são potencializadas, propõe um momento procedimental simples, linear e compreensível, inclusive pelo acusado, ágil e célere, e despojado de inutilidades e de formalismos que apenas tornam o rito complexo, sem qualquer propósito. Esse modelo simplificado propõe regras processuais claras e precisas, de modo que o próprio jurisdicionado compreenda o rito a que está submetido, inclusive para que possa atuar em sua própria defesa, como, de fato, é a proposta do Processo Penal democrático, fraterno e garantista.

A estrutura desse rito deve, portanto, primar pela ideia de persecução penal solidária, de modo a ser modelada para permitir a interação do acusado com o rito procedimental, garantindo-lhe, em uma proposta discursiva, a oportunidade de atuar na formação do convencimento final do juízo. Apenas será possível incluir o acusado efetivamente no processo, levando em conta a sua real capacidade de interação produtiva com os demais sujeitos da relação processual (BENVENUTI, 1952).

Pondere-se, no entanto, que a ideia de unificar, na medida do possível, os ritos procedimentais e simplifica-los, de modo a permitir uma interação mais genuína e democrática e fraterna do réu na relação processual, não se estende às possibilidades de justiça negocial penal, o que representa, no sistema constitucional brasileiro, a renúncia de direitos indisponíveis do réu, tais quais a ampla defesa e o contraditório processual, além da presunção da inocência (BENVENUTI, 1952).

A finalidade “abreviadora” dos acordos de pena (*plea bargaining*) não possui o escopo de equilibrar relações processuais, mas, sim, de dispensar por completo a jurisdição penal, propondo o acusador que o acusado disponha de seus direitos e garantias processuais. Apesar de firmar-se esse posicionamento é de se reconhecer que os debates acerca da justiça penal negocial, torna-se cada vez mais fortes, implicados pela forte influência de matrizes do direito norte-americano no Brasil e pela temática cada vez mais recorrente da delação premiada.

A negociação de valores como liberdade e como a oportunidade de defesa, não pode ser admitida como em uma relação negocial de direito privado. Como afirma Fairén Guillén (1992), não se pode admitir que se considere o processo penal como um ambiente de transigência nas regras do sistema de mercado.

A justiça penal negocial, em que pese tenha previsão na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 98, I, com soluções dessa natureza nos Juizados Especiais Criminal, quando aplicada de maneira geral a todos os crimes, mostra-se um asoberbamento de uma estrutura persecutória excessivamente preocupada com a economia processual, ainda que em detrimento dos direitos individuais do acusado, imprimindo uma lógica inconstitucionalmente prática que propõe flexibilidade e utilitarismo como instrumentos contra a lentidão do poder judiciário (RAUXLOH, 2011).

Conforme afirma Schunemann (2002), o instituto da negociação criminal (*plea bargaining*), no direito norte-americano, aniquilou uma das maiores conquistas do processo penal europeu, que é a percepção do acusado como um sujeito de direitos irrenunciáveis, inclusive, pelo fato de que os acordos criminais são feitos, em regra, sem a presença do próprio acusado, ocorrendo validamente entre o advogado e o promotor.

A negociação criminal representa uma tentativa de atropelamento do procedimento, em nome de uma pretensa economia dos atos processuais, mas que, em verdade, representa um atraso nas conquistas garantistas obtidas pelo processo penal moderno.

Constata-se isto mediante a valorização da confissão como prova absolutamente incriminadora, prolatando-se uma sentença condenatória, com base única na palavra do acusado, que assume a conduta imputada e recebe a punição, com base em um ambiente de pressões ilegais produzidas por uma parte contra outra, fora do ambiente jurisdicional. Essa perspectiva afasta-se por completo da construção de uma relação processual entre as partes, baseada na solidariedade (GIACOMOLLI, 2015, p. 1125).

A diminuição do número de ritos procedimentais do direito processual penal brasileiro, bem como a simplificação de seus atos, tem finalidade nítida protetiva do direito à eficiência do processo, sob a ótica do interesse público, bem como dos direitos e garantias fundamentais do próprio acusado. Assim, seriam os atos processuais mais inclusivos e mais propícios à efetivação do princípio da ampla defesa e do contraditório, bem como o processo e o seu provimento judicial seria estruturado em torno de uma base construtivista e dialogal.

Ressalte-se que a justiça penal negocial, por sua vez, possui aparentemente a finalidade de simplificação de ritos, todavia, por meio da supressão de direitos e garantias fundamentais do acusado, o que, nesta altura de evolução do processo penal em termos de proteção do indivíduo, não possui alinhamento com os valores e princípios expressamente previstos na Constituição Federal de 1988.

A simplificação dos ritos procedimentais no processo penal, com o objetivo de tornar a prestação jurisdicional mais efetiva, tem por clara justificativa a mitigação da hipossuficiência do acusado, integrando-lhe no exercício do direito de defesa, a partir da clarificação dos atos procedimentais a serem seguidos ao longo da investigação criminal e da eventual execução penal.

Ressalte-se que conforme Coutinho (2012), a simplificação dos ritos processuais apenas possui razão de ser, em um raciocínio constitucional de processo, se não houver o comprometimento de aspectos processuais que violem direitos e garantias fundamentais do acusado. É nesse sentido, que explica que a eficiência do processo deve ser mensurada em termos qualitativos da preservação das prerrogativas das partes, e não em uma visão meramente quantitativa, em que apenas há a preocupação estatística com a observância do número de processos findos. A proposta de simplificação do rito processual, como meio de integrar o acusado à relação processual torna-se compatível com essa perspectiva qualitativa.

Essa iniciativa é democrática, fraterna e garantista. Democrática, por possibilitar a participação ativa do réu no espaço processual, fomentando materialmente o direito de autodefesa, a partir das justificativas perante o Estado juiz. Fraterna, por representar meio de integração do réu em um espaço igual entre os demais sujeitos processuais, de maneira respeitosa e em que se oferecem oportunidades justas para que este acusado colabore com a produção do provimento jurisdicional final. Garantista, pelo escopo assecuratório aos direitos do réu, porquanto quão maior seja o espaço do acusado na ritualística processual, maiores serão as possibilidades de o réu ver-se respeitado em suas prerrogativas constitucionais. A distância do acusado do processo, causada pela complexidade dos ritos e pela sua extensão, o distancia conseqüentemente de uma atuação eficaz, bem como da sensibilização do Estado acusação e do Estado juiz com sua causa.

4.2 Conselho de Autorregulação ética da Imprensa: uma análise do caso Deutscher Presserat

A atuação da mídia, atuando de modo sensacionalista na informação de casos que envolvem a justiça penal, contribui de maneira significativa para a incitação do ódio social contra o acusado e para a formação de seu esteriótipo como um inimigo da coletividade.

Conforme anteriormente mencionado, há setores da grande imprensa que atuam na cobertura de crimes e que ao invés de aterem-se ao noticiamento do ocorrido, utilizam-se do sofrimento das vítimas, ao longo de matérias jornalísticas sequenciadas, com a finalidade de melhor comercializarem o seu principal produto, a notícia.

Primeiramente, ressalte-se que a atuação da mídia de maneira livre, é um dos maiores pilares do Estado Democrático de Direito. É a liberdade de expressão que consolida a não vinculação de pensamento do indivíduo a alguma vertente ideológica ou política proposta pelo Estado.

Assim, é que as democracias modernas todas se fundam em setores de imprensa com liberdade de atuação e publicação. A Constituição Federal de 1988 resguarda o direito à liberdade de expressão e à informação⁶¹, sendo aquele o direito de emissão de pensamentos, opiniões e ideias, sem que haja exercício de censura, e este o direito à comunicação e recepção de informação de que tenha interesse, sem qualquer impedimento.

A veiculação da informação isenta pelos órgãos de imprensa possui fundamental importância para que a população possa se prevenir de situações perigosas e até mesmo para que a população possa contribuir com a identificação de indivíduos foragidos, por exemplo.

Todavia, referindo-se à cobertura de fatos que envolvem a prática de crimes, e, portanto, que exigem a atuação investigativa, processante e julgadora da Justiça Penal, a

⁶¹ Art. 5º, IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;
Art. 5º, IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;
Art. 5º, XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardo do sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;
Art. 220 - A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.
§ 1º - Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV;
§ 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

atuação da imprensa, por vezes, extrapola estes limites, com a finalidade de satisfazer uma lógica de mercado, que acaba, por sua vez, interferindo de maneira incisiva no comportamento social em relação a determinado fato, além de exercer suas próprias investigações paralelas e tirar suas próprias conclusões antes mesmo de serem finalizadas as diligências investigativas.

Essa influência atinge, por fim, os próprios agentes que atuam em funções significativas da relação processual penal, elementos presentes no meio social, e que passam a se inclinar, antes da discussão técnica do processo, a um juízo de culpabilidade antecipada. Tais conclusões antecipadas retiram do acusado o direito de um julgamento justo e imparcial, violando, por consequência, uma série de direitos e garantias fundamentais que lhe é inerente, tais como o devido processo legal, o direito à ampla defesa e a um juiz e promotor naturais.

Além do efeito negativo da influencia antecipada dos agentes públicos ressalta-se que os trabalhos investigativos paralelos da imprensa (com a finalidade de satisfazer a curiosidade de seus leitores, ouvintes ou telespectadores, que como em um diário de novelas deve revelar cotidianamente alguma novidade referente ao caso) acabam por atrapalhar a busca pela verdade processual, uma vez que divulgando as linhas de investigação pode dar base para que o suspeito aja no sentido de dificultá-las.

O direito fundamental à liberdade de expressão e de informação tem seus limites, em especial, quando seu exercício abusivo, implica na violação de direitos fundamentais de outrem. Conforme lembra Fidalgo (2006), existe o limite interno a este direito, qual seja, a veracidade e a precisão da informação veiculada, já que admite a existência de um direito difuso à informação verdadeira, e o limite externo que é a não interferência no exercício de outros direitos fundamentais pelos destinatários e pelos envolvidos na veiculação da notícia.

Assim, tem-se uma questão relevante para o equilíbrio das relações processuais penais, qual seja a afetação dos direitos do acusado, bem como uma questão relevante para o exercício do direito de punir pelo Estado, as dificuldades que as açodadas conclusões de investigações jornalísticas podem causar para a eficiência do processo.

Dessa maneira, um grande desafio para a implementação do denominado processo penal solidário é a ponderação sobre como o Estado deve relacionar-se com a imprensa, reconhecendo o seu caráter imprescindível para o Estado Democrático de Direito e o seu direito à liberdade, entretanto, equilibrando-se ao direito do Estado em exercer a justiça penal

insuscetível da influência de qualquer fator externo, e ao direito do acusado em ver resguardados os seus direitos e garantias fundamentais ao longo do processo.

Censurar a liberdade da expressão da imprensa nunca seria uma possibilidade a ser aventada, mesmo porque iria de encontro à defesa dos preceitos previstos na Constituição Federal de 1988. Todavia, mostra-se necessária uma estrutura de autorregulação que fiscalize a atuação dos membros da imprensa e que possa auxiliá-los a compreender os limites éticos em que a profissão deve ser desempenhada. É importante, iniciar o trabalho dessa proposta, a partir da distinção entre censura e autorregulação.

Segundo Conde-Pumpido (1989) censura é qualquer ato de restrição à liberdade de imprensa, patrocinado pelo poder estatal, em virtude de ideias ou notícias veiculadas que afrontam as pretensões do Estado. Com o intuito de manter intocados os valores estabelecidos pelo Estado, a censura restringiria de maneira exógena o trabalho realizado pelos membros da imprensa.

A ideia de autorregulação ora proposta é diversa. Segundo Wiedermann (1992), a autorregulação representa a fiscalização e cumprimento de determinadas regras pelos próprios agentes a quem são destinadas. Estão sujeitos à autorregulação apenas quem adere de maneira voluntária às suas regras. Normalmente é efetuada por um órgão autônomo, com funções de orientação preventiva e fiscalizatória, que tem por objetivo a tutela da imagem de uma coletividade profissional (WIEDERMANN, 1992).

Mediante estas características a finalidade da autorregulação é a consciente interiorização de regras básicas para o desempenho de funções, com base no compromisso voluntário e coletivo de engrandecimento do exercício profissional de uma categoria. Não há controle externo, não se tratando, portanto, de uma proposta no campo jurídico, mas, sim, no campo ético da entidade jornalística.

Não há censura nesse caso, pois a estrutura de autorregulação não parte de um elemento avaliador externo à imprensa, mas, sim, uma composição colegiada entre os seus próprios agentes. Além disso, não se prevê respeito a posições políticas ou ideológicas, mas, sim, tão somente, aos valores previstos na própria Constituição democrática de 1988.

Existem experiências de autorregulação que mostram-se extremamente positivas, como as que foram adotadas em países como Chile, Canadá e, principalmente na Alemanha, que possui um Conselho de Imprensa, com a função de fiscalizar a atividade de seus membros, composta

pelos próprios representantes dos editores e jornalistas. Esse Conselho de Imprensa alemão (*Deutscher Presserat*) tem como função principal a criação da cultura de ética no exercício da profissão, como algo que independe de imposição externa, mas, sim, como algo vinculado à noção de responsabilidade social do exercício do jornalismo pelos seus próprios membros.

Brittos e Nazário (2011, p.66) ressaltam como um exemplo tradicional de uma experiência bem sucedida de autorregulação da imprensa o chamado *Deutscher Presserat* (Conselho Alemão de Imprensa). Segundo Sponholz (2010, p. 149) este órgão foi fundado em 1956, pela Federação Nacional dos Proprietários de Jornais e pela Federação dos Jornalistas alemães. É composto por 20 (vinte) membros, todos eles indicados por associações profissionais, entre editores, jornalistas e representantes sindicais.

Esse conselho tem como finalidades principais defender a liberdade de imprensa; bem como preservar a imagem da imprensa alemã; traçar perfil de conduta básica nas redações de veículos de imprensa; eliminar condutas consideradas inconvenientes na imprensa, como as que violam direitos de outrem; tratar de reclamações contra publicação e outros comportamentos inapropriados por meio do Código de Imprensa; autorregular a proteção de dados jornalísticos armazenados nas redações, dentre outros (SPONHOLZ, 2010).

No Canadá, desde a década de 70, existe uma estrutura de autorregulação da imprensa, surgida da necessidade de tornar mais equilibrado, preciso, e não danoso, o trabalho da imprensa. Segundo Brittos e Nazário (2011, p. 69), existem nesse país nove conselhos destinados à averiguação do trabalho de seus membros, podendo, inclusive, mediante uma denúncia impor medidas administrativas contra seus associados.

A existência de uma estrutura autorreguladora como essa, em que pese não seja uma solução final para os excessos da mídia, em especial, tratando-se de matéria processual penal, é um importante meio de fazer com que os membros veiculadores da imprensa reflitam, sob a orientação e fiscalização de seus pares, acerca da importância de manter a mídia nos limites informativos que muito contribuem para a solidificação do Estado Democrático de Direito, e para a consolidação de um processo penal democrático, sem incitar o ódio às partes, sem antecipar convicções ou sem realizar informalmente o trabalho que cabe aos órgãos do Estado (BERTRAND, 2002).

No Brasil, em agosto de 2004, o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva propôs ao Congresso Nacional, projeto de lei que instituiria o Conselho Federal de Jornalismo, com a

finalidade de normatizar, fiscalizar e até mesmo punir, condutas inadequadas de jornalistas. Este Projeto de Lei foi observado pelos operadores da imprensa como uma tentativa de censura, como uma tentativa de cercear o direito de liberdade de imprensa. Em dezembro de 2004, houve o arquivamento desse Projeto de Lei.

Desde então, em que pese nesse primeiro momento a ideia da criação de um conselho voltado à analisar e a cuidar do exercício profissional da comunicação social tendo sido arquivada, há grupos de jornalistas, como o grupo *Jornalistas Pró-Conselho* que defendem a criação do Conselho Profissional dos Jornalistas, que reuniu a assinatura de mais de novecentos jornalistas, em adesão ao seu manifesto, que delimita as propostas de atuação desse Conselho.⁶²

Essas iniciativas são fundamentais no Brasil, em especial, pela inexistência de qualquer órgão que fomente a realização do trabalho ético na imprensa. Este é o primeiro passo para que, a posteriori, possam ser consolidados outros instrumentos de *accountability*, como um Código de Ética de imprensa a que jornalistas e empresas de comunicação social se sujeitem (ALBUQUERQUE, 2002).

Herrera (2007) propõe outra espécie de instrumento que propiciem a atividade ética dos meios de imprensa, os chamados observatórios de mídia, que não possuem caráter institucional e

⁶² O grupo Jornalistas Pró-Conselho Profissional vem se reunindo desde abril de 2013 para debater os caminhos da categoria para organizar um conselho profissional no país. Com esse objetivo, elaborou um texto que traça um breve diagnóstico da profissão, divulgado em setembro de 2013 (*Mudanças no jornalismo exigem novas formas de organização da profissão: por um conselho profissional de todos os jornalistas*), e está realizando uma série de conversas com colegas, instituições, movimentos e personalidades da sociedade civil para recolher opiniões, experiências e debater os pontos de vista que defende sobre o assunto.

Os Jornalistas Pró-Conselho Profissional têm como base de atuação os objetivos e princípios definidos a seguir:

1 – Fazer a defesa dos jornalistas no exercício da profissão, de forma complementar e não concorrente com o trabalho das organizações e instituições já existentes;

2 – Debater permanentemente e divulgar, quando for o caso, apreciações sobre a conduta ética e o emprego das melhores práticas do jornalista, atuando nessa área com base nas seguintes premissas:

– os jornalistas devem aliar à busca pela liberdade no exercício da profissão o respeito e a responsabilidade com os assuntos e as pessoas e instituição envolvidas na notícia (adotamos o pensamento filosófico de Espinosa para quem ser livre implica assumir o conjunto dos nossos atos e saber responder por eles);

– um conselho profissional deve atuar como indutor da ética e das melhores práticas no exercício da profissão, manifestando-se sobre as falhas cometidas após a devida apuração e depois de garantido o direito à plena defesa, em conformidade com o que estabelece a legislação brasileira;

– o jornalista só pode responder pelos erros que efetivamente cometer. Os veículos jornalísticos devem ser responsabilizados quando alterarem o trabalho do jornalista;

3 - Contribuir para a melhoria da qualidade do ensino de Jornalismo no país;

4 - Defender a liberdade de expressão, a liberdade de imprensa e os direitos fundamentais dos cidadãos definidos na Constituição cidadã de 1988.

Uma das consequências da nossa luta deve ser a elaboração de um Estatuto para o jornalista brasileiro que sirva como referência para os profissionais.

O objetivo imediato do grupo é a organização de um encontro nacional de jornalistas, em abril de 2015, para debater a institucionalidade de um conselho profissional dos jornalistas, sua forma de organização e os passos necessários até a sua constituição.

tampouco possuem ferramentas punitivas para sancionar os agentes que extrapolem os limites éticos do exercício do direito à informação, todavia operam com agilidade, monitorando possíveis descumprimentos nas regras básicas no desenvolver de seu trabalho.

Por fim, importa ressaltar, que por meio de Conselho de Imprensa, como o Presserat, ou por meio de observatórios de mídia, a consolidação de um processo penal democrático, fraterno e garantista, passa pela observação da atuação dos agentes de imprensa em torno de matéria pertinente à persecução penal.

Em especial em período em que o massivo volume de informações lançadas, na presente atmosfera pós-industrial, tende a tornar o destinatário da notícia cada vez mais vinculado ao fato e não apenas ao elemento informativo, motivo pelo qual deve exigir-se dos agentes de imprensa maior cuidado exercerem sua profissional, atuando nos limites éticos de seus deveres, sem que utilizem-se de práticas sensacionalistas inconsequentes, compromissadas apenas com a lógica de mercado do consumo da notícia e sem qualquer preocupação com as consequências jurídicas destes atos.

A proposta de um Conselho de autorregulação da imprensa, na cobertura de fatos dos quais decorram investigações criminais, associa-se de maneira clara com o compromisso em consolidar-se as bases de uma persecução penal solidária e que respeite a dignidade da pessoa humana de todos os envolvidos: acusado, vítima e agentes públicos envolvidos.

Evitar o sensacionalismo, no exercício do poder de imprensa, garante uma relação jurídica que respeite o espaço processual como um campo em que a acusação e a defesa possuem direitos iguais na salvaguarda de suas ideias, já que, conforme anteriormente demonstrado, por vezes, o juízo de antecipação de culpa exercido pela mídia, torna o campo de desenvolvimento da instrução criminal, um meio hostil às pretensões de defesa, transformando-se, assim, em um campo de autoritariedade e de inquisitividade, afastando da relação processual o seu caráter eminentemente democrático.

No mesmo sentido, os excessos midiáticos também influenciam na proposição fraterna do processo penal, na medida em que gera clima de hostilidade processual e social contra o acusado, tornando-lhe um inimigo comum da coletividade. Dessa maneira, torna-se impossível garantir o processo penal como um instrumento de afirmação da igualdade de direitos comum ao acusado como a qualquer outro cidadão, uma vez que o anseio por punição e por segregação tenha se tornado a regra pelo mercantil exercício do sensacionalismo midiático.

4.3 Dever de Fundamentação do libelo Acusatório pelo órgão acusador

Outro aspecto que precisa ser revisto, sob a ótica da solidariedade, para que haja a adaptação do processo penal ao Estado Democrático de Direito, é o conceito de ação penal e a maneira como é veiculada pelo titular da *opinio delicti*, que em regra, é o Ministério Público.

Diz-se, em regra, porquanto, na ordem jurídica brasileira, tem-se a ação penal de natureza pública, como a que é utilizada para iniciar o processo penal, na maioria dos casos. Apenas excepcionalmente é que essa titularidade cabe ao ofendido, quando expressamente a lei determina a movimentação da justiça penal por meio de queixa-crime.

A ação penal de caráter público é movida pelo órgão acusador, a partir do entendimento de que as investigações criminais preliminares, policiais ou extrapoliciais, colheram indícios suficientes de autoria e de materialidade do fato investigado, que autorizam o representante do Ministério Público a ajuizar a ação penal competente. Nesse sentido, regem a ação penal pública, à luz do Código de Processo Penal de 1941, os princípios da obrigatoriedade, da indisponibilidade e da oficialidade (JARDIM, 2001).

O princípio da obrigatoriedade da Ação Penal é o que determina que o membro do Ministério Público tem o dever de ajuizar ação penal, nos casos em que tiver elementos da prática de crime. Através desse princípio, não se reserva ao Ministério Público qualquer juízo de discricionariedade, não se atribuindo a possibilidade acerca da conveniência ou oportunidade da iniciativa penal (PACHECO, 2007). Tem previsão no artigo 24 do Código de Processo Penal⁶³.

Um grande debate acerca da função do Ministério Público como sujeito processual, bem como acerca da adaptação das previsões normativas do Código de Processo Penal à promulgação da Constituição Federal, é acerca da conservação (ou não) desse princípio que vincularia a atuação ministerial à necessidade acusatória. Nesse sentido, há uma divisão doutrinária.

Enquanto Jardim (2001) entende que o princípio da obrigatoriedade da ação penal resta intocável na ordem jurídica brasileira, Silvério Júnior (2004) e Gazoto (2003) entendem que a correlação entre a atuação ministerial e este princípio modificou-se após o advento da Constituição de 1988 e a firme adoção de um modelo processual penal veiculado às bases do Estado Democrático de Direito, verificada na presente proposta de persecução penal solidária.

⁶³ Art. 24. Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

Marques (1997), de maneira mais moderada, entende que o princípio da obrigatoriedade da ação penal é relativizado, de certa forma, uma vez que ao analisar a presença dos pressupostos básicos para o exercício da ação penal, o membro do Ministério Público pode incluir, nesse instante, elementos de percepção subjetiva acerca da precisão da demanda e, por isso, poderia mitigar os efeitos absolutos do princípio da obrigatoriedade.

Silvério Júnior (2004) está entre os autores que entendem que a ampliação das funções institucionais do Ministério Público, por meio da previsão do artigo 129 e incisos da Constituição Federal de 1988, consagrando, inclusive o princípio da independência funcional, torna incompatível a vinculação dos promotores de justiça ao conservador princípio da obrigatoriedade da ação penal.

Gazoto (2003) entende que ao conceder ao Ministério Público, órgão independente, o poder de titularizar as ações penais públicas, o constituinte quis assegurar que o ajuizamento das demandas penais não ocorreriam meramente com o objetivo de observar a obrigatoriedade de dar seguimento ao libelo acusatório, mas, sim, mediante mecanismos que assegurassem a ponderação finalística da ação, evitando-se o início de demandas sem qualquer propósito.

Além de a Constituição Federal de 1988 ampliar o âmbito de atuação do Ministério Público dotando-lhe de características de agente político e não de um mero agente administrativo⁶⁴, o que representa uma nova tendência ao trabalho ministerial, a literalidade

⁶⁴ Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

§ 1º São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

§ 2º Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

§ 3º O Ministério Público elaborará sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias.

§ 4º Se o Ministério Público não encaminhar a respectiva proposta orçamentária dentro do prazo estabelecido na lei de diretrizes orçamentárias, o Poder Executivo considerará, para fins de consolidação da proposta orçamentária anual, os valores aprovados na lei orçamentária vigente, ajustados de acordo com os limites estipulados na forma do § 3º. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 5º Se a proposta orçamentária de que trata este artigo for encaminhada em desacordo com os limites estipulados na forma do § 3º, o Poder Executivo procederá aos ajustes necessários para fins de consolidação da proposta orçamentária anual. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 6º Durante a execução orçamentária do exercício, não poderá haver a realização de despesas ou a assunção de obrigações que extrapolem os limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, exceto se previamente autorizadas, mediante a abertura de créditos suplementares ou especiais

da previsão do artigo 98, I ao prever a instituição dos Juizados Especiais⁶⁵, para o julgamento de crimes de menor potencial ofensivo, posteriormente regulamentado pela Lei nº 9.099/95, que prevê o ajuizamento da ação penal pública incondicionada como uma possibilidade do ente ministerial⁶⁶, conforme previsão de seu artigo 76, assinalam para uma nova semântica do princípio da obrigatoriedade da ação penal, no Estado Democrático de Direito brasileiro.

Tomados, então, estes elementos, acerca do novo papel assumido pelo Ministério Público, após a normatização da Constituição de 1988 e dada a sua proposta finalística de defensor da ordem jurídica, ao contrário do papel mero acusador atrelado à legalidade e à obrigatoriedade da lei, é de se buscar observar como essa mudança torna-se elemento relevante para a construção da persecução penal solidária, fundada nas ideias de democracia, fraternidade e garantismo.

Silvério Júnior (2015) ressalta que nessa discussão é necessário, inicialmente, contextualizar o antigo conceito de ação penal à realidade social moderna e ao Estado constitucional de Direito, instalado no Brasil desde 1988. Conforme ressaltam Danilo Zolo e Hérbert Marcuse, a sociedade pós-industrial possui como características a densidade de suas relações e a pluralidade que envolve os agentes atuantes em seu meio. Trata-se de um meio social dinâmico e volátil, em que a atuação do Estado, inclusive nas demandas da justiça penal deve ser melhor adaptado às demandas da coletividade.

No Estado Democrático de Direito, reserva-se ao Ministério Público o papel e a legitimidade de substituir-se à vítima no dever de ajuizar ação penal para fins de ver punida uma conduta criminosa praticada por algum indivíduo. Essa legitimidade decorre do teor finalístico da jurisdição penal, que é manter o equilíbrio das relações sociais.

Nesse sentido, Silvério Júnior (2015) defende que diante de uma percepção evoluída do processo penal, no Estado Democrático de Direito, noções patentemente inquisitivas como a obrigatoriedade da ação penal não possuem cabimento diante do papel de defensor da ordem

⁶⁵ Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;

⁶⁶ Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

constitucional e democrática no Brasil, bem como diante da defesa de uma relação processual fraterna com o acusado.

Ressalta também que existe diferença entre direito ao processo e dever de ajuizamento de ação penal pública, como asseguram as previsões constitucionais previstas no artigo 5º, LIX e artigo 129, I. O primeiro trata-se, em caso de razão fática que o justifique, de um direito de participação na construção de um provimento judicial em que haja um interesse violado, já a ação penal pública, é o mero exercício de uma função estatal, nas hipóteses de crimes de iniciativa pública (SILVÉRIO JÚNIOR, 2015).

O papel do Ministério Público, dotado de responsabilidades constitucionais que o leva a um patamar ímpar na tutela de direitos difusos e coletivos, é o de figurar como legitimado para titularizar, quando houver razões suficientes e necessárias, o direito ao processo, ciente de que, orientado pelo valor da solidariedade processual, o acusado é um sujeito dotado de dignidade, ínsita a sua existência, e, portanto, merecedor de um juízo de ponderação ministerial no ato de constituição de *opinio delicti*, bem como, em eventual relação processual instaurada, merecedor de interatividade e de participação na formação do provimento final judicial, conforme defende Fazzalari (2006).

O panorama atual de abarrotamento de demandas penais enviadas ao poder judiciário e a realidade de improcedências de demandas, pode ser parcialmente explicada pela utilização irracional da ação penal com instrumento de reafirmação de poder do órgão acusador, a partir de uma interpretação estrita do princípio da obrigatoriedade, pelo lançamento de demandas que, por vezes, carecem de justa causa para o seu ajuizamento.

Dado o ajuizamento de uma ação penal pelo Estado acusador, surge um desdobramento necessário do princípio da obrigatoriedade: a indisponibilidade, que impede que haja a desistência da tramitação da ação penal, pelo Ministério Público, após o seu início.

Estas sérias características relacionadas à ação penal; os prejuízos a médio e longo prazo que podem advir de uma acusação judicial injusta, aliadas à finalidade dada ao Ministério Público pela Constituição Federal de 1988, como guardião da ordem constitucional e do Estado Democrático de Direito, faz com que a atuação de seus membros, no exercício de seu poder de denúncia, torne-se adequado à realidade do processo penal moderno.

Dessa forma, a ordem jurídica deve considerar de maneira democrática, a possibilidade de interação do acusado no instante que precede a fundamentação do provimento acusatório, conforme defende Silvério Júnior (2015). Essa tendência de consolidar a oportunidade prévia à ação penal de participação do acusado, mostra-se adequada para Giacomolli (2015), que defende a oportunização de condições para que, na fase investigatória, o réu possa ser ouvido, apontar suas razões e exercer o seu direito de defesa positivo (através do apontamento de razões e evidências) e do direito de defesa negativo (que é o direito ao silêncio, dado o princípio da não autoincriminação).

Essa tendência de democratização do espaço de debates anterior ao ajuizamento da ação penal torna-se ainda mais forte no direito brasileiro, após a garantia de acesso aos autos da investigação pela defesa do réu, conforme previsão da Súmula Vinculante 14 ou ainda, mais recentemente das previsões da Lei nº 13.245/2016, que alterou o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei Federal nº 8.906/94).

Esta recente lei alargou o rol de prerrogativas do advogado ainda no período da investigação criminal, prevendo o direito à participação da defesa nos atos investigativos a serem procedidos pela autoridade de polícia judiciária ou pelo Ministério Público, sob pena de nulidade, na nova redação dada ao artigo 7º, XXI ou ainda a inclusão de sua alínea “a”, que prevê a possibilidade de apresentação de razões e quesitos pela defesa no curso da investigação pré-processual, deixando clara a intenção de adaptar, inclusive o procedimento prévio à ação penal, a uma relação processual baseada no diálogo com a defesa e efetivamente presumindo a boa-fé do acusado.

Ainda importa reconhecer que esta mesma lei trouxe consigo sanções aos funcionários públicos que, de qualquer maneira, atrapalharem o acesso aos autos da investigação, prevendo responsabilização administrativa e criminal por abuso de autoridade.

Essa preocupação em ampliar os direitos do acusado no período anterior à produção da ação penal, apenas reforçam a tese de Silvério Júnior (2015), de que a postura moderna do Ministério Público no processo penal fraterno, como denominou, deve ser a de propiciar o direito à interação democrática da defesa, antes de exercer seu direito ao processo, bem como de fundamentar de maneira adequada a *opinio delicti*, como meio de adequação da função ministerial a todo o contexto democrático e garantista do processo penal constitucionalizado.

Importa, ainda, destacar que a ideia de Silvério Júnior (2015), acerca da integração dialogal entre as partes, em momento anterior ao ajuizamento da ação penal, como prática necessária para o exercício do papel do Ministério Público no processo penal, também inclui o reconhecimento ao direito de participação da vítima, e não apenas do acusado.

Isso porque em uma concepção democrática de processo, a vítima representa um elemento de prova fundamental, detendo os mesmos direitos individuais fundamentais concernentes ao acusado, de modo que não há razão para não incluí-la nesse espaço discursivo e dialético, anterior à formulação de um provimento acusatório (BARROS, 2008).

Segundo Barros (2008), a vítima possui grande relevância na relação processual penal. É nesse sentido que possui papel na colaboração com a acusação, podendo inclusive habilitar-se como assistente; age como sujeito de direito na reparação do dano causado pelo crime; funciona como titular do direito de representação em ações penais públicas condicionadas, bem como, conforme a literalidade da Constituição Federal, possui o direito subsidiário de ajuizar ação penal privada, em hipóteses de ação penal pública, quando o representante do Ministério Público quedar-se inerte.

A necessidade integrativa proposta por Silvério Júnior (2015) possui como finalidade a construção do provimento acusatório mais justo possível, para que a partir de então, possa o judiciário formular a sentença mais adequada, sem violações aos direitos fundamentais do acusado e assegurando-lhe o direito à participação discursiva no processo.

A noção de provimento acusatório, proposta pelo autor, não se subsume apenas ao momento de ajuizamento da ação penal, porquanto este provimento pode sofrer alteração ao longo da resolução da avaliação do mérito da instrução. Assim, o provimento acusatório a que se refere a toda a atuação do Ministério Público ao longo do processo. Sendo possível, por exemplo, que, apesar de exercer seu direito à ação penal, o Estado acusador, ao final da instrução e observando a inexistência de prova de autoria e materialidade do delito requeira a absolvição do réu, desde que de maneira fundamentada.

A proposta da devida fundamentação do provimento acusatório tem inspiração na própria previsão de necessidade de fundamentação das decisões judiciais. Mostra-se que, em um Estado Democrático de Direito que não aceita a condenação de um presumidamente inocente, sem fundamentação idônea, não se deve aceitar que este mesmo sujeito seja

denunciado de maneira discricionária, tão somente pela influencia da obrigatoriedade como princípio orientador da ação penal.

Em um espaço processual penal fraterno, busca-se se desmistificar o acusado como um inimigo público, ao mesmo tempo em que busca-se desconstruir a ideia do Ministério Público como um inquisidor inaudível às razões do acusado e que busca tão somente a formulação de um édito condenatório contra quem acusou.

Com a promulgação da Constituição de 1988, o Ministério Público assume um papel fundamental na engrenagem do Estado Democrático de Direito, funciona como o defensor da ordem constitucional, e, como tal, deve compreender a ressignificação do seu papel nessa estrutura dinâmica e construtivista que se propõe no processo penal solidário. Sem amarra em presunções e de forma democrática é que o Estado acusador deve exercer seu múnus. Não se preocupando com a obtenção da condenação como uma estatística, mas, sim, como a consolidação da ideia de justiça em um Estado constitucional de Direito.

A assunção, por parte do Estado acusador, do dever de fundamentação do provimento acusatório aproxima de maneira inquestionável, o exercício do jus accusatione com a ideia de democracia processual, à medida em que, mediante a especificação das razões de acusação, permite à defesa a oportunidade de contra-argumentar tais razões a contento.

O dever de fundamentação do provimento acusatório é também o reconhecimento da necessidade de o Estado acusador respeitar a condição de sujeito de direitos do acusado, admitindo o motivo fático pelo qual houve a provocação da jurisdição e chamando-lhe a compor a relação processual, a fim de esclarecer a pertinência da pretensão punitiva. Esta postura integrativa pela acusação, a partir da fundamentação do refilete a proposta fraterna de processo penal.

4.4 Justiça Restaurativa Criminal

Um instrumento interessante de acomodação das pretensões dos sujeitos processuais em uma perspectiva solidária é a de instauração de mecanismos de justiça penal restaurativa. Segundo Sica (2007), a proposta da justiça restaurativa não é meramente admitir a reciclagem dos métodos de resolução de conflitos, tampouco uma forma de retirar do judiciário a sobrecarga da resolução de conflitos.

A sua adoção pertine, em verdade, à uma tentativa de modernizar a análise das relações entre os sujeitos do processo, e, para além disso, priorizar o direito de reparação à vítima, admitindo-lhe como sujeito de direitos a ser considerado com as mesmas prerrogativas de interação e de inclusão dos demais.

Johnstone (2007) define a justiça restaurativa como um modelo de remodelamento do sistema penal, alternativa ao abolicionismo, que pressupõe a mudança da relação procedimental entre o Estado e o crime, de modo a não seguir a lógica de exclusão ou formação de estereótipos, o que é relativamente comum no sistema tradicional persecutório, mas, sim, utilizar-se de uma concepção de destaque e empoderamento das partes, para que, em um plano de democracia e fraternidade, e observados os direitos e garantias fundamentais das partes envolvidas, acusado e vítima, possa-se superar o paradigma retributivo e vingativo da pena, por uma proposta de reconstituição da paz social, por meio de espírito de reconciliação e restauração do dano causado.

A mudança da observação do conceito de crime, da forma de resolver conflitos pelo Estado, a modernização da atuação de sujeitos processuais, bem como a mudança do eixo finalístico da pena, deixando-se a matriz punitiva por uma concepção reconciliatória, são características listadas por Zehr (2008), como imprescindíveis para que se tenha uma noção correta e viável da justiça restaurativa.

Pinto (2008) formulando conceito próprio acerca da ideia de justiça restaurativa afirma que é definida com um procedimento consensual, autorizado pelo Estado, em que a vítima e o infrator, participam de maneira democrática e dialogal na formação de um consenso para a solução para a restauração das consequências danosas causadas pelo crime.

A resolução nº 12/2002 da Organização das Nações Unidas recomendou aos Estados-membros a implementação do modelo restaurativo de justiça, descrevendo-lhe em seu aspecto conceitual e principiológico. Nessa resolução diz-se que na justiça restaurativa tem-se uma proposta de nova interpretação acerca do conceito de dano causado às vítimas, tomando-se o ofensor como o responsável por este dano, e trazendo a coletividade às discussões sobre a forma de reparar esse dano.

A ideia central da justiça restaurativa está no fomento à construção de uma relação solidária entre as partes. A parte ofensora compromissada com a reparação do dano causado e a parte ofendida compromissada a receber de bom grado a reparação, como meio de aceitar

que o seu ofensor se redima da conduta criminosa praticada. Desfazendo-se, portanto, a imagem do acusado como um inimigo social, e constrói-se uma proposta de relação processual voltada à construção do bem comum.

Essa proposta torna o processo penal um meio solucionador de conflitos, em substituição ao modelo atual que ao punir o réu, tendo a finalidade Retributiva como o primeiro fundamento da pena e sem qualquer propensão à redenção do condenado, acaba por tornar-se uma reprodutora de vítimas.

Segundo Adriana Sócrates (2006), é imprescindível a participação das partes e a propensão à conciliação, para que o método proposto por um modelo restaurativo funcione. Essa postura é considerada um pressuposto, já que a ideia central desse novo panorama de resolução de conflitos exige a interação entre as partes, nesse espaço para a fala, para expressão de sentimentos na elaboração de um consenso que possibilite a reparação dos danos causados à vítima e a redenção do acusado, restituindo-lhe no convívio em sociedade.

É nesse sentido que o modelo de justiça restaurativa caracteriza a noção de processo penal solidário, na medida em que se trata de procedimento que visa analisar a relação processual penal sob um novo enfoque epistemológico, propondo uma interação democrática, fraterna e garantista a todos os envolvidos na lide, e ainda ressignificando o respeito aos direitos da vítima nessa relação, algo que tradicionalmente é deixado em segundo plano, visto que a legitimidade do provimento acusatório, normalmente pertence ao Ministério Público, em representação aos interesses da coletividade.

A justiça restaurativa firma o seu alicerce teórico sobre uma nova visão do papel da vítima, do ofensor e da comunidade na persecução penal, além de trazer uma nova semântica ao conceito de crime, bem como às finalidades da pena, buscando estrutura-la com propósito de reconciliação da relação social danificada, e não como mera retribuição vingativa de um mal praticado.

O primeiro aspecto refere-se à posição da vítima, reconhecida, nesta teoria, como sujeito de direitos e diretamente integrada na busca por uma solução reparatória e reconciliatória oriunda da prática de um crime é uma das características mais marcantes da justiça penal restaurativa. A visão tradicional da vítima no processo penal não a humaniza, uma vez que a trata como um objeto de interesse do Estado acusador, que, em caso de violação a um direito seu, representa a necessidade de movimentação da estrutura persecutória penal.

Highton (1998) considera que no contexto tradicional de persecução penal, a vítima é violada em dois momentos distintos, o primeiro, quando sofre a violação de um bem jurídico relevante pelo seu agressor, e a segunda, ao ser alijada do processo persecutório por meio do Estado, que a relega a um papel secundário, impedindo-lhe de atuar de maneira ativa na formulação do provimento punitivo de fatos praticados contra ela.

Essa inclusão da vítima e integração no discurso processual penal pelo Estado, é necessária, em especial em uma concepção moderna de relação persecutória que priorize o respeito aos direitos fundamentais do indivíduo. Ocorre que conforme ressalta Sica (2007) essa inclusão deve ser feita de maneira metódica e moderada, a fim de evitar, por outro lado, uma potencialização da figura da vítima que implique na contaminação do processo por um discurso punitivista desarrazoado que contribua para as antecipações de culpa e para a violação de direitos do réu.

É que segundo Sica (2007) se o sofrimento infringido à vítima deve ser considerado em uma necessária remodelação do processo penal de modo a incluí-la de maneira mais protagonizada no procedimento persecutório, por outro, a mídia sensacionalista explora a dor da vítima com finalidades mercantis que acabam por desequilibrar a relação processual conforme anteriormente tratado.

Ressalta, ainda que discursos eleitoreiros e demagógicos são influenciados pela excessiva exploração da figura da vítima do ato delitivo. Dessa forma, se não tratada de maneira adequada e moderada com a única finalidade de dar à vítima um papel mais apropriado à satisfação de seus direitos, propósitos oportunistas podem apoderar-se da relação processual penal.

Zehr (2008) ressalta que a principal ideia de trazer a vítima a um papel mais ativo na solução dos conflitos penais, está na aproximação entre ofensor e ofendido, a fim de que se desconstrua a noção de demonização do criminoso, e que a partir dessa interação seja visto, pela comunidade e inclusive pela vítima como um indivíduo comum que se equivocou em uma prática inadequada aos padrões legais comuns e que está disposto a reparar o dano causado e a reintegrar-se de maneira natural ao convívio social digno, por sua reconciliação com a vítima.

Ao ofensor, como sujeito de direitos, visualiza-se a necessidade de fazer compreender a reprovação da comunidade em relação à conduta praticada, buscando fazê-lo entender o

caráter danoso de seu comportamento, a necessidade de repará-lo, por meio de diálogo e de interação direta com a vítima de suas ações (HUDSON, 2003).

Dessa maneira, ao tratar o ofensor com humanidade e contribuindo para que haja a reflexão necessária de seus atos, sem ofender-lhe a dignidade, trilha-se um caminho de aplicação da penalidade sem a possibilidade de geração de novos conflitos sociais a partir de um processo exclusivista e de uma pena executada sem ofensa à sua dignidade.

Hudson (2003) reforça a importância de que haja uma preocupação em aproximar o acusado da vítima, no modelo restaurativo, tendo em vista que muitos delinquentes tendem a negar a existência de vítimas. Isso funciona como um subterfúgio psicológico para evitar que o autor da conduta criminosa humanize o seu raciocínio criminoso, o que certamente o faria ponderar sobre a não prática destes atos.

Ao contrário do que aparentemente se possa imaginar, o modelo de justiça restaurativa exige muito mais do réu, que necessariamente precisa passar por uma mudança de postura de seu comportamento social, a partir da compreensão dos danos causados à vítima.

O modelo tradicional não exige esse tipo de mudança, mas, sim, tão somente que o condenado cumpra uma penalidade estabelecida por um magistrado. A ideia é fazer o resgate da sensibilidade do acusado através da participação ativa na construção de um consenso que repare a sua conduta (GARCIA-PABLOS DE MOLINA, 1999).

Outro conceito que ganha nova concepção semântica é a importância da comunidade na teoria da justiça penal restaurativa. É nesse sentido, que a justiça restaurativa possui contornos confluentes com a ideia de solidariedade social anteriormente trabalhada.

A intenção de trazer a comunidade à relação conciliatória entre acusado e vítima é firmar o caráter de interesse público que os crimes, em regra, geram. Já que o cometimento de um crime gera a sensação de quebra da paz pública através de um conflito, provocado por uma conduta indesejada.

Além disso, importa destacar que é no seio da comunidade que surgem os estereótipos tanto em relação aos acusados, quanto às vítimas. Trazer a comunidade para esta discussão ao mesmo tempo importa em fazê-la sentir-se parte importante de um processo reconciliatório que a interessa, bem como para fazê-la eliminar concepções demoníacas do acusado e sacralizadas da vítima (SICA, 2007).

A presença da comunidade nos instrumentos de operacionalização da justiça restaurativa também se presta a reafirmar o caráter público da persecução criminal. Não é o fato de haver a particularização das relações individuais entre vítima e ofensor que há de se privatizar a justiça penal que, salvo raras exceções, como nos crimes de iniciativa de Ação Penal Privada, tradicionalmente estão relacionadas ao interesse público.

Dentro dessa visão, o conceito de crime é repensado. Em substituição à visão formalista-liberal de que crime é uma conduta típica, ilícita e culpável que viola um bem jurídico relevante, mas, sim, conforme ressalta Renato Sócrates Pinto (2008), uma violação das relações entre o infrator, a vítima e a comunidade, justificando-se, sobre essa ótica que os meios de resolução do conflito seja tomado por estas três partes, auxiliados pelo Estado.

Sob um enfoque social do conceito de crime, Zehr (2008) ressalta que se trata de uma violação às pessoas e às relações, motivo pelo qual o Poder Judiciário deve incentivar que os próprios envolvidos nessa relação possam encontrar as melhores soluções reparatórias e reconciliatórias, protagonizando o papel de sujeitos principais desse processo, para que a paz social seja restaurada, por meio do ressarcimento devido à vítima e a percepção da inadmissibilidade da conduta do condenado.

Percebe-se, assim, que se muda o foco epistemológico do crime, como um elemento voltado à punição de condutas passadas, por métodos inócuos que primam pela retribuição de um mal, em regra, a privação de liberdade. Propõe-se, na justiça penal restaurativa, tê-lo como um marco de ajuste para que desacertos de condutas e novas lesões de direito a outrem não tornem a acontecer, pela conscientização de quem praticou o delito, através da aproximação dialógica das partes (MORRIS, 2001).

Conclui-se que a partir da mudança da percepção do conceito tradicional de crime, já não se pode mais fundamentar um estereótipo do criminoso, como alguém que deve ser excluído ou marginalizado pela sociedade, mas, sim, como alguém que quebrou o padrão de conduta, lesando direitos de outrem, motivo pelo qual há de reparar por este crime a fim de restaurar as relações sociais e reestabelecer o estado anterior de pacificação (HULSMAN, 1993).

Importa ressaltar que a justiça penal restaurativa não se encontra isenta de críticas. Adolfo Ceretti (2000) menciona que os modelos de justiça pactuada, podem aos mais desavisados, transparecer caráter pejorativo de mercantilização da justiça penal ou ainda de privatização do conflito pelas partes, substituindo-se à jurisdição.

Há ainda a crítica a utilização dos meios para instrumentalização da justiça restaurativa, como meros atalhos para a aplicação das penas sem que houvesse a possibilidade de exercício democrático dos direitos de defesa e direito ao contraditório processual. É nesse sentido que se deve atentar à aplicação dos meios de consolidação da justiça restaurativa, a fim de que uma válida iniciativa para aplicação da solidariedade no processo penal, não seja confundida com o direito penal negocial (plea bargaining), já criticado anteriormente e que representa grave violação a direitos individuais processuais indisponíveis (SANZBERRO, 1999).

A ideia principal da justiça penal restaurativa não é substituir-se ao processo materialmente previsto, como ocorre na justiça negocial, mas, sim, servir como etapa prévia que possibilite o despertar da sensibilidade do acusado e da comunidade acerca dos aspectos sociais que envolvem o crime. A partir disso é possível falar em reconstrução de vínculos solidários em sociedade.

Segundo Monte, Santiago e Barbosa (2015, p. 953), a essência da justiça restaurativa não é criar meros espaços de concordância entre as partes afetadas pela conduta praticada, mas, sim, verdadeira concertação, em que há efetivo acordo, potencializando-se o valor da justiça no caso concreto. Ressaltam, ainda, que apesar de esse espaço de acordo (que tempera o tradicional princípio da legalidade com a finalidade da decisão mais justa) ser composto pelas partes envolvidas, deve ser necessariamente tutelado pela autoridade judiciária, de modo a evitar qualquer sugestão de que a justiça restaurativa represente a privatização de uma função imprescindível do Estado.

Conforme afirma Ceretti (2000), buscando contra-argumentar os críticos da justiça restaurativa de que tal instituto confunde-se com a justiça penal negocial, a finalidade não é de estabelecimento ou de substituição da pena tradicional, mas, sim, a criação de um mecanismo de sensibilização do ofensor ao prejuízo suportado pela vítima e pela comunidade de que faz parte, buscando dar uma resposta solidária ao cometimento do crime, não por imposição do Estado, mas, sim, por consenso inerente à dignidade ínsita à vítima e ao ofensor.

No Brasil, tem-se como exemplo mais claro da implantação de mecanismos identificados com os ideais da justiça restaurativa, a lei que instalou os Juizados Especiais Criminais no Brasil, Lei nº 9.099/95. Essa lei tem acosto na previsão do artigo 98, I, da

Constituição Federal⁶⁷, que previu a criação de juizados especiais para julgar crimes de menor potencial ofensivo, cuja pena privativa de liberdade máxima não supere 2 (dois) anos.

Conforme a própria previsão constitucional, nesses tribunais a ideia de conciliação, brevidade procedimental, bem como a possibilidade de transação deveriam estar presentes, consolidando-se como tribunais em que ideias de estabelecimento de consenso em justiça penal, seriam plausíveis.

Tanto o artigo 2º, como o artigo 62 da Lei nº 9.099/95, explicitam na conformação infraconstitucional que estes juizados seriam inspirados nas ideias de conciliação e de transação, preocupados com a reparação da vítima pelos danos suportados. Estas são claras menções às finalidades da justiça restaurativa.⁶⁸

Além dos princípios informadores dos Juizados Especiais Criminais, tem-se como institutos que possuem essência restaurativa, a composição civil dos danos, por exemplo. Este instrumento restaurativo está previsto entre os artigos 72 a 74, possibilita que as partes cheguem a um consenso, orientado pelo conciliador, para que firmem acordos acerca dos danos gerados pelo crime. Uma vez homologado o acordo, importa na extinção de punibilidade do agente⁶⁹, em razão da renúncia ao direito de representação que ocorreria na audiência de instrução e julgamento.

Este instituto simboliza tendência à adoção de modelos que tem como base a noção de justiça restaurativa, todavia, é de se ressaltar que o Estado deve fomentar políticas de

⁶⁷ Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:
I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;

⁶⁸ Art. 2º – O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, **buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.**

Art. 62 – O processo perante o Juizado Especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, **objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade**

⁶⁹ Art. 72. Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade.

Art. 73. A conciliação será conduzida pelo Juiz ou por conciliador sob sua orientação. Parágrafo único. Os conciliadores são auxiliares da Justiça, recrutados, na forma da lei local, preferentemente entre bacharéis em Direito, excluídos os que exerçam funções na administração da Justiça Criminal.

Art. 74. A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente. Parágrafo único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação.

consenso em termos de justiça penal, como forma de aproximar a relação processual aos postulados de solidariedade, de valorização dos direitos da vítima, bem como de sensibilização do ofensor, com a finalidade de reparar o dano praticado e de reconciliá-lo com o meio social, evitando-se a reincidência.

Monte, Santiago e Barbosa (2015, p. 954) esclarecem que a noção de justiça restaurativa não se restringe à possibilidade de acordo entre as partes em crimes de menor potencial lesivo, à luz do que se mencionou acerca da Lei nº 9.099/95. Em verdade, o compromisso da justiça restaurativa, como modelo penal alternativo, pode-se aplicar a qualquer espécie de crime, já que o propósito inicial mantém-se: encontrar um modelo de aplicação de sanção justa e restaurativa, a partir da possibilidade da prevalência das noções axiológicas e valorativas sobre o que é meramente normativo, com a finalidade de estabelecer uma sanção justa, que restaure o dano causado pela conduta praticada à vítima e à sociedade, em uma perspectiva democrática dialogal, fraterna e que assegure os direitos do acusado, da vítima e do meio social.

A proposta apresentada pela justiça restaurativa inova no método tradicional de persecução criminal apresentando-se como alternativa de aproximação a uma prática processual democrática, já que aproxima as partes e resguarda a importância do dever de reparação da vítima, que se faz ouvir e se faz compreender quanto à extensão da lesão causada pelo réu. Essa aproximação democrática entre os sujeitos do processo implica na criação de atmosfera empática entre acusado e vítima, de modo a evitar, por um lado a criação de um estereótipo inumano do acusado, e por outro, a evitar o esquecimento da vítima na relação punitiva.

É da proposta dialogal da justiça restaurativa que fomenta-se o exercício da fraternidade entre os sujeitos do processo, reconhecendo-se como iguais e, a partir de então, admitindo o dever de impor uma sanção justa, bem como o dever de reparação de quem teve seus direitos lesados pela conduta de outrem. Inquestionavelmente representa uma maneira de garantir direitos do acusado e da vítima perante o Estado, ante o seu direito de punir.

4.5 Reestruturação do sistema punitivo e da execução penal: potencialização das penas efetivamente corretivas e ressocializantes

No contexto do processo penal solidário, cujo principal interesse é reconstituir as relações sociais a partir do primado da dignidade do acusado e dos demais componentes da estrutura persecutória, é de se analisar a eficácia da aplicação tradicional da pena, observando não apenas a eficácia punitiva da conduta, mas, sim, como esse formato aplicado de punição

estatal e a sua execução, baseado em regra na privação de liberdade do réu contribuem para a restauração das relações sociais violadas pelo crime, e, principalmente, para a restauração da conduta do condenado quando retorna ao meio social.

Após o estabelecimento do Estado Democrático de Direito, período em que as penas de violência corporal, tais como torturas, morte por decapitação, esquartejamento, por força, dentre outros, torna-se o paradigma, a pena privativa de liberdade. Alguns Estados-nação adotam essa pena de maneira transitória ou sob caráter perpétuo. No Brasil, tem-se a adoção de pena privativa de liberdade por período determinado de tempo, por vedação expressa da Constituição Federal de 1988⁷⁰, com progressão do regime de cumprimento de pena determinado por critério objetivo (tempo de pena já integralizado), e por critério subjetivo (comportamento carcerário atestado pela direção do estabelecimento prisional), de acordo com o artigo 112 da Lei de Execuções Penais⁷¹ (Lei Federal nº 7.210/84).

Antes de verificar-se a adequação pena e da sua execução às demandas atuais, importa ressaltar quais são as finalidades básicas do sistema punitivo, mencionadas pela doutrina, em sede de execução penal.

Camargo (2002) cita que a primeira finalidade da pena tem como eixo principal a retributividade. Inspirada nos códigos de punição da antiguidade, a pena tem como objetivo punir o agente que praticou um ato criminoso, como forma de devolver o mal praticado. Não há qualquer preocupação em relação ao caráter pedagógico ou transformador do agente, mas, sim, apenas o compromisso de se fazer justiça (ROXIN, 1998).

Além dessa primeira finalidade, há também o objetivo preventivo da pena, que, em enfoque diametralmente diferente da finalidade Retributiva, busca evitar, de maneira prospectiva, que não ocorram novas infrações criminais. O exemplo da punição estatal serviria como advertência ao próprio agente para que não torne a cometer delitos bem como para toda a comunidade, que, de maneira geral, é indiretamente alertada sobre as

⁷⁰ Art. XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis;

⁷¹ **Art. 112.** A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 2003)

§ 1º. A decisão será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 2003)

§ 2º. Idêntico procedimento será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitadas os prazos previstos nas normas vigentes. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003)

consequências da violação das normas penais. Conforme denomina Bustos Ramírez (1986), ao aderir à finalidade preventiva da pena, o Estado deixa a perspectiva vingativa de punição, para aderir à sua noção utilitarista.

A finalidade preventiva da pena, conforme mencionado, subdivide-se em duas espécies: a finalidade preventiva geral e a finalidade preventiva específica. A primeira, tem como objetivo influenciar na prática do meio social, tentando evitar o cometimento de novas condutas antijurídicas.

Feuerbach (1989) sistematizava que a pena serve como um instrumento de coação psicológica da sociedade, fazendo com que, por medo de ver-se objeto de incidência dessa pena, o indivíduo deixe de praticar condutas criminosas. Assim, a pena funcionaria como uma clara razão para que não seja desobedecido o direito.

Para Feuerbach (1989) a legalidade penal teria dupla função no Estado de Direito: limitar o poder Estatal no exercício do poder de punição, mas, por outro lado, instrumentalizar o caráter intimidador da pena, associada à conduta classificada como criminosa. A intimidação gerada implica na denominação dessa função como finalidade preventiva geral negativa da pena.

Por outro lado, a imposição da pena, em sua função preventiva geral, também pode ser observada sob uma ótica positiva, conforme menciona Roxin (1997). É que ao impor a pena o Estado propõe-se a orientar o cidadão, acerca da postura correta a adotar no convívio social. Além disso, destaca como outra característica da finalidade preventiva geral positiva da pena, a reafirmação dos valores que devem ser protegidos em sociedade, bem como, reafirma a força do próprio ordenamento jurídico em si mesmo (CAMARGO, 2002).

Existe, ainda, a abordagem da pena sob a ótica preventiva de quem praticou o delito. É a denominada função preventiva específica da pena. Segundo Abel Souto (2006), essa teoria preocupa-se com a questão de desenvolvimento humano do apenado, propondo que a pena imposta deve servir como meio para evitar que o sujeito reincida, bem como para que ele retorne ao convívio social de maneira satisfatoriamente integrada.

Para Quintero Olivares (1996), a preocupação com a finalidade preventiva específica da pena parte do pressuposto da periculosidade do criminoso. Assim, torna-se imperativo que o ordenamento jurídico abstraia maneira de punir de modo a evitar que o apenado volte a

praticar novas condutas inapropriadas. Essa é a função preventiva específica negativa da pena, que tem por ideia a evitar a reincidência criminal.

Por outro lado, a finalidade preventiva específica positiva da pena é aquela que se ocupa em analisar o caráter ressocializador do apenado, buscando, ao longo de seu cumprimento, criar meios para que a conduta social do condenado seja corrigida e que ele possa reintegrar-se normalmente à coletividade.

Segundo Foucault (2001) a preocupação com o caráter ressocializador da pena confunde-se com a instituição da pena privativa de liberdade, como regra, nas civilizações modernas. Isso se explicaria porque a mitigação da liberdade de locomoção do preso apresenta ao Estado a necessidade de ocupa-los em atividade produtiva, de modo que ao terminar o cumprimento de pena o condenado esteja preparado, inclusive por ofício técnico, para prover seu sustento sem precisar recorrer às atividades ilícitas.

Essa visão ressocializadora volta-se, portanto, para uma visão humanizadora, observando o detento como um sujeito de direitos, que conserva sua dignidade humana e que merece ser incentivado pelo Estado, enquanto administrador da pena, a situar-se novamente no meio social a partir de suas próprias possibilidades (BUENOS ARUS, 1987). Tal concepção atrela-se fortemente à noção de processo penal solidário, vez que resguarda o condenado como um indivíduo dotado de perspectivas de reinserção social, bem como por traçar meios de ressocialização do detento, como interesse do bem comum e do laço solidário que mantém coeso o meio social.

Hassemer (1998) menciona que um modelo de direito penal que foca seu interesse na consequência normativa, ou seja, a pena deve necessariamente ser modelo de direito punitivo preocupado com a ressocialização do acusado. Afinal de contas, não haveria perspectiva de progresso para o sistema punitivo, caso os apenados retornassem todos a reincidir. Por esse motivo, é que o caráter ressocializador da pena torna-se imprescindível, em especial, observando-se que grande parte dos que frequentam o sistema carcerário nacional são pessoas de pouco recurso socioeconômico, dificultando-se ainda mais que, sem a ajuda do Estado, essas pessoas consigam se estabelecer naturalmente (BARATTA, 1999).

Ocorre que conforme se percebe por estudos estatísticos havidos na evolução de números entre egressos do sistema prisional brasileiro e índice de reincidentes, conclui-se que

a pena privativa de liberdade, nas condições em que é executada, não cumpre com o seu papel ressocializador.

Foucault (2001) reportando-se acerca da tradicional pena privativa de liberdade, punição em regra aplicada pelos sistemas persecutórios penais modernos, menciona que seu único objetivo, sob a ótica social, é negativo. Contribui para a estigmatização de pessoas, para a sua segregação, retirando-lhe a dignidade, não apenas no cumprimento da pena, como também do período que o sucede.

Claudio Heleno Fragoso, citado por Bittencourt (2001, p. 65), criticando a escolha do cerceamento da liberdade como pena-regra nos ordenamentos jurídicos modernos ressaltava que a prisão é um grave equívoco e que apenas se justifica enquanto não houver solução menos degradante. Tais assertivas são baseadas na realidade do sistema penitenciário brasileiro, que segrega, exclui e favorece a reincidência.

Peter Filho (2011) defende que a pena privativa de liberdade é incompatível por si só com a ideia de ressocialização. Isso decorreria da própria natureza limitadora da prisão, que mais se assemelharia a uma perspectiva de tratamento do detento, como se a sua própria personalidade e seus próprios valores fossem inúteis, e como se houvesse automação na adaptação desses valores a um padrão coletivamente aceito. Além disso, não haveria possibilidade de adequação a um padrão de conduta social, estando os detentos completamente segregados do convívio com a coletividade, em um universo próprio de regras e de cultura.

Não apenas a estrutura onde há o cumprimento das penas privativas de liberdade é desumano, como também se mostram completamente ineficazes os instrumentos assegurados pela Lei de Execução Penal, com a finalidade de prover condições para a ressocialização dos detentos.

A Lei de Execuções Penais prevê a prestação de auxílio ao detento com assistência⁷² material, à saúde, psicológica, social, jurídica e religiosa, todavia, em pesquisa promovida pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada IPEA (2015), percebeu-se que em todos estes aspectos há a prestação de serviço de maneira deficitária e inadequada.

⁷² Art. 10. A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade. Parágrafo único. A assistência estende-se ao egresso.
Art. 11. A assistência será: I - material; II - à saúde; III - jurídica; IV - educacional; V - social; VI - religiosa.

A assistência material, que envolve acesso garantido pelo Estado a todas as necessidades básicas para a subsistência, tais como materiais de higiene, alimentação, locais salubres para a coexistência, dentre outros, é deficitária. Isso porque, segundo a pesquisa realizada, não há o provimento de materiais de higiene e de cama nos estabelecimentos prisionais analisados, estando os detentos dependentes de suas famílias para prover-lhes melhores condições materiais de vida. A alimentação, por vezes, é de má qualidade e não se enquadra em padrões mínimos aceitáveis (IPEA, 2015, p. 112).

Além disso, o direito à assistência jurídica é precário, já que, de acordo com a Lei de Execuções Penais, deveria haver estabelecimento de defensor no âmbito do sistema prisional, para aqueles que não possuem condições de constituir defensor de maneira particular. A ausência de estrutura é evidente, dificultando o acesso do detento a obtenção de benefícios, de audiências processuais, dentre direitos (IPEA, 2015, p. 112).

O direito à assistência à saúde também é deficiente, segundo a pesquisa realizada, observando-se que, em que pese tenha havido cadastramento dos detentos à assistência pelo Sistema Único de Saúde, os estigmas sociais dificultavam os atendimentos médicos que tinham que ocorrer, por vezes, fora do ambiente prisional (IPEA, 2015, p. 112).

O direito à assistência educacional, ponto sensível na questão da ressocialização do detento, também mostra-se na prática destoante do que prevê a normatização da Lei de Execuções Penais. Em muitos dos estabelecimentos prisionais, sequer existe estrutura para que se procedam aos cursos técnicos profissionalizantes e às aulas. Naqueles locais em que há a iniciativa da administração do centro de detenção em prover estrutura, encontra-se a dificuldade em arregimentar profissionais suficientemente preparados para operacionalizar esse direito (IPEA, 2015, p. 113). Novamente, o estigma do cárcere marginaliza e, em sua essência, é incompatível com a ideia de ressocialização.

Além da própria estrutura dos centros de detenção não possibilitarem a todos os detentos o acesso aos seus direitos de assistência, ainda havia a falha no fornecimento desses serviços por razões de ordem material ou humana. Outra questão impeditiva do adimplemento destes direitos era o baixo número de agentes penitenciários necessários para operacionalizar as demandas, para fazer, por exemplo, a escolta na locomoção destes detentos, a fim de que fossem assistidos.

Perante essa realidade, percebe-se que a lógica de ressocialização do detento e o atual modelo penitenciário estabelecido no Brasil, diante da espécie de pena cumprida, bem como

diante das condições de execução dessa pena, são claramente incompatíveis, o que leva à reflexão de como adaptar a pena privativa de liberdade e a execução penal a uma proposta solidária de persecução criminal.

Para Baratta (1990), de fato, há impossibilidade de esperar resultados positivos de ressocialização do detento, diante dos problemas crescentes na execução penal pelo Estado. Todavia, ao contrário de criminologistas como Bittencourt (2007), não observa o sistema prisional atual como totalmente perdido.

O autor propõe, inicialmente, a mudança da nomenclatura classicamente utilizada. O termo ressocialização indica a ideia de um processo passivo em que o indivíduo será automaticamente readequado a padrões comportamentais esperados pela sociedade, o que não existe. Além disso, é de ressaltar que este termo remete à ideia estigmatizante de que o egresso do sistema penitenciário seria um inferior, anormal, que precisasse ser recolocado em um padrão de comportamento aceitável (PETER FILHO, 2011).

Propõe, por outro lado, a cultura da reintegração social, em que o detento assuma papel ativo na intenção, partida de si próprio, de readequar-se às posturas esperadas pela coletividade a partir do exercício de atividades profissionalizantes ou educacionais, demonstrando-se ao egresso o seu mérito e a sua possibilidade de retornar às práticas lícitas, sem imposições do Estado, mas, sim, pelo resgate de sua própria dignidade (BARATTA, 1990).

Na perspectiva remodeladora do sistema prisional, proposta por Baratta, também argumenta Bittencourt (2001, p. 69), que o sistema prisional atual, que mais contamina do que recupera, acaba recebendo indivíduos praticantes dos mais diversos tipos penais, dos mais graves até os mais simples.

Em que pese o texto constitucional prever o cumprimento da pena em locais distintos em razão da natureza do crime, o que se tem, em verdade, é a execução penal indistinta, de todos os condenados. Bittencourt (2001) defende, por exemplo, que apenas os crimes mais graves, e que atinjam os bens jurídicos mais relevantes sejam punidos com pena cumprida em estabelecimentos prisionais tradicionais.

O uso de penas alternativas pode ser um instrumento interessante para potencializar a sua finalidade ressocializadora, isto porque, negando-se à cultura do encarceramento, da

segregação e do estigma de inimigo social, o condenado pode cumprir a sentença fixada em juízo sem distanciar-se do convívio social, o que facilita o seu processo de reintegração.

Assim, tem-se a preservação da dignidade ínsita ao condenado e ajusta-se o cumprimento de pena à valorização de relações solidárias e construtivas no processo penal, com a intenção de restituir a paz social e ao mesmo tempo devolver o acusado ao convívio social, sem ressentimentos e, portanto, com menores chances de reincidência.

A humanização da execução penal é uma alternativa clara à consolidação do proposto processo penal solidário, porquanto assenta-se finalisticamente sob seus três fundamentos básicos a democracia processual, a fraternidade e o garantismo. A consideração do condenado como sujeito de direitos que interage na fase de execução penal com o Estado juiz, a fim de demandar condições humanizadas de cumprimento de pena, deve ser o reflexo do reconhecimento da execução da pena como fase discursiva do processo e da importância da interação democrática do condenado com o detentor do direito de punir.

Essa proposta também se alinha à ideia do reconhecimento de fraternidade, na medida em que o dever que o Estado possui de zelar pela dignidade humana dos condenados exsurge a partir da admissão de que o condenado não perde direitos ao ser condenado com trânsito em julgado da sentença condenatória, exceto a liberdade de locomoção de maneira provisória. Mediante essa perspectiva, há que se tratar o condenado sob proposta de zelo de direitos e com a finalidade de reaproximá-lo da sociedade e de suas práticas lícitas.

CONCLUSÃO

Constatou-se, ao longo do trabalho realizado, que desde o início da civilização humana tem-se a prática de imposição de sanção aos indivíduos que transgridem normas de convívio social. A imposição dessa sanção não seguia ritos metodologicamente definidos, estando influenciada pela lógica familiar ou teológica.

Constatou-se, ainda, que valores como a solidariedade e a dignidade da pessoa humana foram tidos como eixo central na revolução ideológica que justificou a construção do conceito de Estado de Direito, que redefiniu as finalidades estatais na relação com os indivíduos. A partir desta verificação valorativa, percebe-se que, em matéria de persecução penal, a construção de uma ordem jurídico-política baseada na lei, em sentido formal, teve como objetivo principal resguardar os direitos individuais do acusado frente à força do Estado acusador e à força do Estado juiz.

A partir destas conclusões históricas, que consolidam o soerguimento da normatividade processual penal com o escopo de proteção ao indivíduo, é que relacionou-se, portanto, a estrutura persecutória moderna ao reconhecimento de valores como a solidariedade e a dignidade da pessoa humana. Esses valores encontram-se consolidados não apenas na filosofia iluminista que constrói o conceito de Estado em torno da importância do homem, bem como na leitura da Constituição Federal de 1988, em que a dignidade da pessoa humana é eleita como fundamento da República, e a solidariedade é reconhecida no artigo 3º e incisos, como um objetivo fundamental que o Brasil, enquanto entidade estatal, compromete-se a buscar efetivar em suas relações jurídico-políticas, dentre as quais se inclui a persecução penal.

Após este paradigma histórico-filosófico e constitucional, que orienta a valoração do sistema processual penal brasileiro, verificou-se que a aplicação da normatividade persecutória no Brasil, todavia, destoa da proposta valorativa anteriormente constatada. É que conforme analisado, o quadro social atual, sob o qual se encaixam as normas do Estado mostra-se evidentemente afetado pelas características das relações sociais atuais, que, na era

pós-moderna, caracterizadas pela evolução dos meios de comunicação e de tecnologia, apresentam-se como complexas e densas apresentando-se como desafiadoras para o Estado, fundado em valores solidários e humanísticos.

Chega-se a essa conclusão, ao aperceber-se que por influência dessa nova espécie de interação social, em que segundo Beck há o compartilhamento massivo do risco, e pela escala da violência no Brasil, o anseio que do que se espera o processo penal é de que funcione como um instrumento de imposição de sanção cada vez menos dialogal, sob o pretexto de tornar-se eficiente.

Aferiu-se que, neste contexto, tem-se o alastramento de ideias que adequam-se a esta pseudoproposta de combate ao crime, como a exaltação da eleição do acusado como inimigo público, desfavorecendo-lhe como sujeito de direitos na persecução penal, o abandono da preocupação com a execução da pena em condições minimamente dignas, em função da compreensão do acusado como um indivíduo indesejável, não dotado de dignidade e direitos ínsitos à sua existência.

Como causa desse quadro, também verificou-se a atuação sensacionalista dos meios de imprensa, em especial de casos que envolvem a aplicação da justiça penal, que tem como efeito, a contaminação da opinião pública, incluindo-se os próprios sujeitos processuais, que conforme atestado, dão mostras da infiltração de ideias antigarantistas na produção forense, em atendimento ao clamor social, e precipitam-se deturpando o próprio equilíbrio institucional dos poderes, através de práticas ativistas, sob o pretexto de suprir a fragilidade das leis e da administração pública.

O meio social sente-se lesado e não satisfatoriamente reparado pela dinâmica do atual processo penal brasileiro e busca na vingança, em uma sensação ilusória de ressarcimento. Conforme aferido ao longo deste estudo, tais práticas denunciadas percebeu-se que apesar de esse anseio se dar por uma percepção de ineficiência do processo penal, em termos punitivos efetivos, tais ideias agravam a referida crise, em vez de resolvê-la.

Constata-se que o distanciamento da persecução penal dos valores iniciais que a justificaram modernamente e dos fundamentos constitucionais sob os quais está soerguida, além de não solucionar a crise efetiva percebida, a agrava, por torna-la incompatível com a essência solidária e humanista com que devem atuar as instituições e procedimentos, no Estado Democrático de Direito.

A fim de resolver este problema, investigou-se, a partir da derivação direta de valores como a solidariedade e a dignidade da pessoa humana, bem como a partir da investigação dos direitos fundamentais relacionados à persecução penal, previstos na Constituição Federal de 1988, sob quais fundamentos o processo penal está alicerçado, já que o resgate da identidade valorativa do processo penal, à luz das bases do Estado Democrático de Direito, torna-se necessário para iniciar-se a busca por novas alternativas que contornem a problemática apresentada e contribuam para a efetividade da persecução penal brasileira.

Constatou-se, nessa investigação filosófica e normativo-constitucional que a democracia processual, a fraternidade e o garantismo podem ser considerados os fundamentos sob os quais o processo penal brasileiro está assentado. A democracia processual, em análise reflexiva com a doutrina de Élio Fazzalari, demonstra-se em vinculação axiológica com as noções de dignidade da pessoa humana e de solidariedade. É que o reconhecimento do direito à participação democrática do indivíduo em função titularizada pelo Estado, como a jurisdição penal, é compatível com a ideia de reconhecimento pelo Estado dos direitos do homem e do dever de seu acolhimento solidário na estrutura processual. Aferiu-se que a presença de direitos fundamentais expressos na Constituição Federal de 1988, identificam o processo penal de orientação constitucionalizada com a ideia de democracia processual.

Concluiu-se que a fraternidade, como valor investigado juridicamente por Eligio Resta, também mostra-se fundamento do processo penal brasileiro, na medida em que identifica-se fortemente com a noção de dignidade da pessoa humana e de solidariedade, ao admitir que o dever de tratamento do próximo de maneira fraterna, concedendo-lhe direitos efetivos, decorre materialmente do reconhecimento de direitos ínsitos à existência humana. Outra constatação que fundamenta esta conclusão é a percepção de direitos de essência fraterna previstos como fundamentais pelo constituinte de 1988.

Nesse mesmo sentido, constatou-se que o garantismo, corrente jusfilosófica, assim denominada por Luigi Ferrajoli, encontra correspondência com a finalidade do processo penal no Estado Democrático de Direito: limitar o poder estatal e garantir os direitos do acusado. Novamente, identificam-se como pressupostos do pensamento garantista, a premissa do reconhecimento do homem como elemento em torno do qual edifica-se o Estado Democrático de Direito, de modo há a necessidade de resguardar o direito do acusado diante do arbítrio e do poder estatal.

Após a verificação dos vetores de orientação da persecução penal no Estado Democrático de Direito e dos fundamentos que deles decorrem, como parte da resolução da problemática, investigou-se alternativas à persecução penal atual, de modo a afastá-la da influência dos sintomas da sociedade de risco e aproxima-la de sua essência constitucionalizada e humanista, através da concretização da democracia processual, da fraternidade e do garantismo processuais como instrumentos hábeis a esta tarefa.

A simplificação de procedimentos processuais penais pode ser considerada uma alternativa identificada com a noção de democracia processual e com a ideia de fraternidade. Isso porque facilita a interação do acusado com o próprio processo movido contra si, possibilitando a compreensão do rito a que está sendo submetido, bem como oportuniza a efetivação do real direito de defesa pelo réu, como forma de concretizar materialmente o seu direito à autodefesa.

A criação de um conselho de autorregulação da imprensa, em matérias relacionadas às funções da justiça processual penal, também apresenta-se como alternativa para evitar a atuação sensacionalista, por vezes, danosa, dos meios de comunicação instigando a cultura de antecipação de culpa pela opinião pública, bem como influenciando eventualmente os próprios sujeitos processuais, que firmam ideias pré-concebidas precedendo aos aspectos técnicos elaborados ao processo. Tal medida também identifica-se com uma visão garantista de processo penal e já é adotada em outros países com sucesso, a exemplo da Alemanha, em que existe o *Deutscher Presserat*.

Outra proposta identificada com os fundamentos anteriormente mencionados, a exemplo do que cita Silvério Júnior, é o dever de fundamentação do provimento acusatório pelo Ministério Público. Estabelecer-se a necessidade de o representante do Estado acusador fundamentar as razões de acusação nos autos, aporta-se no processo penal a ideia de que o acusado deve ser tratado sob um prisma democrático, fraterno e garantista, na medida em que, sob uma perspectiva dialética e integradora do processo é necessário que o réu tenha ciência dos motivos que justificam o ajuizamento da demanda criminal. A partir desse dever de fundamentação, respeita-se o réu, no resguardo de seus direitos de defesa, bem como na sua condição finalística de justificador do Estado moderno.

Verificou-se que a proposta de uma relação processual penal restaurativa contribui para a aproximação das partes, para a desmistificação do réu como um inimigo público, bem como

para a efetiva reparação da vítima, por vezes, relegada a papel secundário nos procedimentos criminais, dado o caráter, em regra, público da ação penal. Essa proposta identifica-se com a ideia fraterna de manutenção dos sujeitos processuais em um mesmo plano, reconhecendo todas as partes envolvidas como sujeitos de direito, dada a sua dignidade humana e dever de prestação solidária da jurisdição penal, tanto em relação ao réu, como merecedor de uma oportunidade de reestabelecer-se no convívio social, bem como em relação à vítima e à sociedade, que merecem ver-se reparadas pelo réu mediante o dano causado por suas condutas.

Por fim, uma medida não menos importante para alinhamento do processo penal sob uma perspectiva solidária é a revisão das condições em que é realizada a execução penal no Brasil, que é gerida com desinteresse, exatamente pela percepção comum, na atual “sociedade de inimigos”, em que o réu é considerado indesejável. Ocorre que a despeito dos preconceitos apontados, essa é uma das causas basilares da retroalimentação da violência, porquanto o aparelho estatal em vez de constituir-se campo para o reajustamento dos detentos para retorno em um meio social, transformou-se em meio de aglutinação de organizações criminosas, no seio do Estado.

O sistema carcerário afastado de uma lógica solidária transforma-se em um dos principais elementos de agravamento da forte crise do processo penal. Transformou-se um elemento correcional do Estado em um instrumento de violações de direitos humanos e que tem por objetivo o incremento de conexões criminosas e de produção de egressos que se tornarão reincidentes.

Constata-se, portanto, a humanização da execução penal como outra alternativa à consolidação de uma penalização mais eficiente, sugerindo-se, inclusive, a potencialização das penas restritivas de direito, adequadas a cada caso, como meio possivelmente mais eficaz para reparação de danos, e para evitar reincidência, dado que a tradicionalíssima pena restritiva de liberdade, em especial nas condições em que é aplicada, representa um símbolo da falência da finalidade ressocializadora da pena e um retrocesso no exercício solidário do processo penal.

REFERÊNCIAS

ABEL SOUTO, Miguel. **Teorías de la Pena y limites al jus puniendi desde el Estado democrático**. Madrid: Dilex, 2006.

ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**: o processo judicial como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. São Paulo: Conceito, 2011.

ADAM, B., BECK, U.; VAN LOON, J. (Eds). **The risk society and beyond**. Critical issues for social theory. Londres, 2000.

AGNOL JÚNIOR. Antônio Janyr Dall. **Princípios orientadores do processo penal**. Uberaba: Editora Vitória, 1979.

AGOSTINHO, Santo. Bispo de Hipona. **A cidade de Deus**: contra os pagãos. Parte 1 (livros 1-10). Petrópolis, RJ: Vozes, 1999.

_____. **Discorsi**: sul Nuovo Testamento (117-150). Città Nuova: Roma, 1990. (Opere di Sant'Agostino, III/1)

AGUADO CORREA, Teresa. **El principio de proporcionalidade en derecho penal**. Madrid: Editorial Edersa, 1999.

AGUSTÍN, San. **Del orden**. Madrid: B.A.C., 1994. (BAC Normal, 10; Obras completas.)

A LAVA JATO em números. **Ministério Público Federal**. Disponível em: <<http://lavajato.mpf.mp.br/atuacao-na-1a-instancia/resultados/a-lava-jato-em-numeros-1>>. Acesso em: 4 dez. 2016.

ALBERGARIA, Jason. **Noções de criminologia**. Belo Horizonte, MG: Mandamentos.1999.

ALBUQUERQUE, A.; LADEIRA, J.D.M.; SILVA, M.A.R. 2002. Media Criticism no Brasil: o observatório da imprensa. **Revista Brasileira de Ciências da Comunicação**, 2002.

ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Proceso, autocomposición y autodefensa**: contribución al estudio de los fines del proceso. Mexico: Universidad Nacional Autónoma del Mexico, 2000.

_____. **Estudios de teoria general e história del proceso**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1992.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Tradução Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALMADA, Roberto José Ferreira de. **A garantia processual da publicidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

- ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. **O processo criminal brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1959. 2v.
- ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.
- AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan. **A reforma do processo penal no Brasil e na América Latina**. São Paulo: Método, 2001.
- ANDRADE KEHDI, André Pires de. O sigilo da ação penal. Aspectos Gerais. In: **Sigilo no processo penal** - eficiência e garantismo. Coord. Antônio Scarance Fernandes, José Raul Gavião de Almeida e Maurício Zanóide de Moraes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2005.
- AQUINI, Marco. **O princípio esquecido**. São Paulo: Cidade Nova, 2008.
- AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. Coordenação de tradução e anotações de Pe. Carlos Josaphat Pinto de Oliveira, Op. São Paulo: Loyola, 2001. v.1.
- ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva: 2006.
- ARAÚJO, Marcelo Cunha de. **O novo processo constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.
- ARAÚJO, Sérgio Luiz de Souza. **Teoria geral do processo penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.
- ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.
- ARISTÓTELES. **Política**. 3. ed. Brasília, DF: Editora da UnB, 1988.
- ARMENTA DEU, Teresa. **Principio acusatório y derecho penal**. Barcelona: J.M. Bosch Editor, S.A., 1995.
- AROCA, Juan Montero. **Princípios del proceso penal**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1997.
- ARTEAGA NATIVIDAD, Rodolfo. **La creación en los comentarios de San Agustín al Génesis**. Zaragoza: M.R.M, 1993. (Monografías de la revista "Mayéutica", 2).
- ÁVILA, Thiago André Pierobom de. **Provas ilícitas e proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- AYMARD, A; AUBOYER, J. **História geral das civilizações**. Cambridge: Cambridge Editions, 1976.
- BADARÒ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- BAGGIO, Antonio Maria. **O princípio esquecido**. São Paulo: Cidade Nova, 2008.

BAPTISTA, Francisco das Neves. **O mito da verdade real na dogmática de processo penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O princípio de subsidiariedade: conceito e evolução**. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG, 1995.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica ao direito penal**. 2. ed. Tradução Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

BARBOSA, Rui. **Atos inconstitucionais**. Atualização Ricardo Rodrigues Gama. 2. ed. Campinas: Russell, 2004.

BARCELLONA, Pietro; COTTURRI, Giuseppe. **El estado y los juristas**. Barcelona: Fontanella, 1976.

BARRERA, Jorge Martínez. A alma e sua pessoa. A relação mente-corpo segundo aristóteles e sua interpretação por Santo Tomás de Aquino. **Revista Eletrônica de La Pontificia Universidad Católica de Chile**, Santiago-Chile. Aquinate. n° 5, 2007. Disponível em: <www.aquinate.net/artigos>. Acesso em: 29 nov. 2016.

BARROS, Flaviane de Magalhães. **A participação da vítima no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BATISTA, Nilo. **Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2002. v.1.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996.

BECK, U. Risk society. **Towards a new modernity**. Londres: Sage Publications, 1992.

BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. **Princípios do processo penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BELMONTE, Alexandre Agra. **O monitoramento da correspondência eletrônica**. São Paulo: LTr, 2004.

BENVENUTI, Feliciano. Funzione amministrativa, procedimento, processo. **Revista Trimestrale di Diritto Pubblico**, Milano: Giuffrè, a. II, n. 11, gennaio/marzo, 1952.

BERNARD, José. **A inquisição**. Rio de Janeiro: Petrópolis, 1959.

BERTRAND, C. J. O arsenal da democracia. **Sistemas de responsabilização da mídia**. Bauru, Edusc, 2002.

BÍBLIA. Português. **A Bíblia de Jerusalém**. Nova Edição rev. e ampliada. São Paulo: Paulus, 1985.

BIGNE DE VILLENEUVE, Marcel de la. **Traité general de l'état**. Paris: Sirey, 1929.

BINDER, Alberto. **Introdução ao direito processual penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **A justiça em Aristóteles**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. Penas e medidas alternativas - visão crítica. **Revista CEJ**, Brasília, n. 15, p. 64-72, set./dez. 2001.

- BIZZOTO, Alexandre. **Processo penal garantista**. Visão constitucional e novas tendências. Goiânia: AB, 1998.
- BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes**. 4. ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro, Campus, 1991.
- BONATO, Gilson. **Processo penal**: leituras constitucionais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- BONINI, Valentina. Effettività del diritto di difesa e disciplina dei rapporti tra difensore ed assistito in vinculis. In: **Il giusto processo** – atti del Convegno presso l'Università di Salerno, 11-13 ottobre 1996. Milano: Giuffrè, 1998, p. 183-186.
- BOVINO, Alberto. **Principios políticos del procedimiento penal**. Buenos Aires: Del Puerto, 2005.
- BRANDÃO, Paulo de Tarso; SILVA, Iidete Regina Vale da. Fraternidade como Categoria Política. **Revista Direito e Política**, v. 7, n. 3, p. 2386-2407, 2012.
- BRASIL. Código de Processo Penal. São Paulo: Revista Tribunais, 2015.
- _____. **Constituição**. Constituição da República do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2015.
- _____. **Convenção americana de direitos humanos (Pacto de São José da Costa Rica)** – Decreto 678 – 06 de novembro de 1992. São Paulo: Saraiva, 2011.
- _____. Relatório de Pesquisa: Reincidência Criminal no Brasil. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Rio de Janeiro, 2015.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Resolução nº 23.396/2013. DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. INSTITUIÇÃO DE CONTROLE JURISDICIONAL GENÉRICO E PRÉVIO À INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITOS POLICIAIS. SISTEMA ACUSATÓRIO E PAPEL INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. 1. Inexistência de inconstitucionalidade formal em Resolução do TSE que sistematiza as normas aplicáveis ao processo eleitoral. Competência normativa fundada no art. 23, IX, do Código Eleitoral, e no art. 105, da Lei nº 9.504/97. 2. A Constituição de 1988 fez uma opção inequívoca pelo sistema penal acusatório. Disso decorre uma separação rígida entre, de um lado, as tarefas de investigar e acusar e, de outro, a função propriamente jurisdicional. Além de preservar a imparcialidade do Judiciário, essa separação promove a paridade de armas entre acusação e defesa, em harmonia com os princípios da isonomia e do devido processo legal. Precedentes. 3. Parâmetro de avaliação jurisdicional dos atos normativos editados pelo TSE: ainda que o legislador disponha de alguma margem de conformação do conteúdo concreto do princípio acusatório – e, nessa atuação, possa instituir temperamentos pontuais à versão pura do sistema, sobretudo em contextos específicos como o processo eleitoral – essa mesma prerrogativa não é atribuída ao TSE, no exercício de sua competência normativa atípica. 4. Forte plausibilidade na alegação de inconstitucionalidade do art. 8º, da Resolução nº 23.396/2013. Ao condicionar a instauração de inquérito policial eleitoral a uma autorização do Poder Judiciário, a Resolução questionada institui modalidade de controle judicial prévio sobre a condução das investigações, em aparente violação ao núcleo essencial do princípio acusatório. Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. Sob o número 6414174. 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/>>. Acesso em: 07 jan. 2016.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e estado democrático de direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

BREUS, Thiago Lima. **Políticas públicas no estado constitucional**: a problemática da concretização dos direitos fundamentais pela administração pública brasileira contemporânea. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BRITTOS, Valério Cruz; MADEIRA NAZÁRIO, Paola. **Conselho Federal de jornalismo**. Disponível em: <file:///C:/Users/Alex%20Santiago/Downloads/Dialnet-ConselhoFederalDeJornalismo-3919485.pdf>. Acesso em: 07 jan. 2016.

BUENOS ARUS, Francisco. La ressocializacion del delincuente adulto normal desde las perspectivas del derecho penitenciário. In: **Actualidad Penal**, Madrid, n 1, 1987.

BULOW, Oskar Von. **La teoria de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**. Tradução e notas de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN editora, 2003.

BURNS, Edward McNall. **História da civilização ocidental**. Rio de Janeiro: Globo, 1989. v. I.

BURNS, Edward McNall; LERNER, Robert E.; MEANCHAM, Standish. **História da civilização ocidental** – do homem das cavernas às naves espaciais. 30. ed. São Paulo: Globo, 1993. v. 2.

BUSATO, Paulo César. Regime disciplinar diferenciado como produto de um direito penal do inimigo. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre: Notadez/PUCRS/TEC, 2004.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Introduccion al derecho penal**. Bogotá: Temis, 1986.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. O papel do inquérito policial no sistema acusatório – o modelo brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 9, n. 35, p. 185-201, jul./set. 2001.

CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk; NEVES, Isadora Ferreira. **Constitucionalismo garantista x Constitucionalismo Principialista**: Aproximações entre Ferrajoli e Zagrebelsky. 1999. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=fdbd31f2027f2037>>. Acesso em: 07 dez. 2016.

CALABRICH, Bruno. Pequenos mitos sobre a investigação no Brasil. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELA, Eduardo (Orgs.). **Garantismo penal integral**: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. Salvador: Juspodivm, 2010.

CALAMANDREI, Piero. **Estudos de direito processual**. Tradução de Karina Fumberg. Campinas: Editora LZN, 2003.

_____. Un maestro di liberalismo processuale. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, Cedam, v. VI, n. 1, 1951.

CALHOUN, Craig. “**Social Theory and the Politics of Identity**”. Calhoun, Craig (ed.). *Social theory and the politics of identity*. Cambridge, Mass./Oxford, Blackwell, 1995.

CAMARGO ARANHA, Adalberto José Q. T., **Da prova no processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

CAMARGO, Antônio Luis Chaves de. **Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal**. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.

CAMPOS, Marco Antônio Magalhães. **A influência da mídia no processo penal**. Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2012.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Portugal: Almedina, 2002.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos. **Derecho penal: concepto y principio constitucionales**. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Traduzido por José Antônio Cardinali. 6. ed. Campinas-SP: Bookseller, 2005.

_____. **Cuestiones sobre el proceso penal**. Buenos Aires: Librería del Puerto, 1960.

CARRARA, Francesco. **Programa do curso de direito criminal**. Parte geral. Trad. de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2002. v. II.

CARVALHO, Amilton Bueno. **Garantismo penal aplicado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira**. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CASALI, Guilherme Machado. O princípio da solidariedade e o artigo 3º da Constituição da República Federativa do Brasil. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v. 1, 3º quadrimestre de 2006. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica>. Acesso em: 5 jan. 2016.

CAVALCANTI, Thais Novaes. **Direitos fundamentais e o princípio da subsidiariedade**. Osasco: Edifício, 2015.

CAVALLARI, Vincenzo. Voce: contraddittorio: diritto processuale penale. In: **Enciclopedia del Diritto**, Milano: Giuffrè, v. IX, p. 728-738, 1961.

CELLARIUS, Christopher. **Compendium redacta**. Roma: Published Geographica Antiqua, 1774.

CERETTI, Adolfo; MANNOZZI, Grazia. **Più riparazione meno pena**. Galileo Giornale di Scienza e Problemi Globali, 2000. Disponível em: <www.galileonet.it/archiviop>. Acesso em: 3 jan. 2017.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal** - comentários consolidados e crítica jurisprudencial. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Il doppio grado di giudizio nelle prospettive di revisione costituzionale. **Rivista di Diritto Processuale**, ano 54, n. 2, abr./jun. 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva: 2001.

CONDE-PUMPIDO, Ferreira Candido. La libertad de informacion y libre circulacion de noticias en Espana: proclamacion y limites. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, 1989.

COPETTI, André. **Direito penal e estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

CORA, Enrique Álvarez. El derecho penal ilustrado bajo la censura del santo oficio. In: FERNÁNDEZ, Enrique Gacto (Org.) **Inquisición y censura el acoso a la inteligencia en España..** Madri: Dykinson, 2006.

COSTA, Marcos Roberto Nunes. A dialética das duas cidades. **Veritas**, v. 43, n. 4, p. 1053-1069, 1998.

COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. **Igualdade no direito processual penal brasileiro**. São Paulo: RT, 2001.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. São Paulo: Martin Claret, 2009.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios do direito processual penal brasileiro. **Separata ITEC**, ano 1, n. 4, jan./fev./mar. 2000.

_____. Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre: Nota Dez Editora, n. 01, 2001.

_____. Lei nº 12.403/2011: mais uma tentativa de salvar o sistema inquisitório brasileiro. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM)**. São Paulo, ano 19, n. 223, p. 4, jun. 2011.

_____. **O princípio do juiz natural na CF/88: ordem e desordem**. Brasília a. 45, n. 179, jul./set. 2008.

COUTINHO, Carlos Marden Cabral. **Reformas processuais e duração razoável do processo: uma análise à luz do tempo kairológico**. XXI Congresso Nacional do CONPEDI. Novembro/2012.

CRESTI, Marco. **Contributo allo studio della tutela degli interessi diffusi**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1992.

D'AIUTO, Gianluca. L'estensione all'investigatore privato delle garanzie di liberta del difensore. In: FERRAIOLI, Marzia (a cura di). **Il nuovo ruolo del difensore nel processo penale**. Milano: Giuffrè, 2002, p. 83-100.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2012.

DE VITA, Alberto. La tutela degli interessi difussi nel processo penale. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, n. 3, 1997.

DELMAS-MARTY, Mireille (Org.) *et al.* **Processos penais da europa**. Tradução de Fauzi Hassan Choukr com colaboração de Ana Cláudia Ferigato Choukr. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

DEPUTADOS recebem assinaturas em apoio ao projeto "10 Medidas Contra a Corrupção". **Câmara dos Deputados**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/radioagencia/506078-deputados-recebem-assinaturas-em-apoio-ao-projeto-10-medidas-contra-a-corrupcao.html>>. Acesso em: 04 dez. 2016.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. Lisboa: Coimbra, 1974. v.1.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Fundamentos constitucionais da jurisdição no Estado Democrático de Direito. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Coord.). **Constituição e democracia: fundamentos**. Belo Horizonte: Fórum, 2009c.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luiz. **La contextualización del bien jurídico protegido en un derecho penal garantista**. Teorías Actuales em el Derecho Pena – 75º Aniversario del Código Penal. Buenos Ayres: Ad-Hoc S.R.L., 1998.

DWORKIN, Ronald. Is Law a Sistem of Rules. In: DWORKIN, Ronald (Ed.). **Philosophy of Law**. Oxford: Oxford University Press, 1971.

ENTERRÍA, Eduardo García. **La Constitución como norma y el tribunal**. Constitucional. 3. ed. Madrid: Civitas, 1985.

EYMERICO, Nicolau. **Manual da inquisição**. Trad. A. C. Godoy. Curitiba: Juruá, 2001.

FABER, Marcos. **A importância dos rios para as primeiras civilizações**. São Paulo: História Livre, 2011.

FAIRÉN GUILLÉN, V. **Estudios de derecho procesal civil**. Penal y constitucional III. Madrid: Edersa, 1992.

FARIA JÚNIOR, César de. **O processo penal do inimigo, os direitos e as garantias fundamentais e o princípio da proporcionalidade**. Dissertação de Mestrado em Direito. Universidade Federal da Bahia. 2010.

FAYET, Ney. **A sentença criminal e suas nulidades**. 5. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1987.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FELBERG, Rodrigo. **A Reintegração social dos cidadãos egressos, uma nova dimensão de aplicabilidade das ações afirmativas**. Tese de Doutorado em Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo. 2013.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Processo penal constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001. (Coleção Teses)

FERNANDEZ, Gonzalo D. **Bien jurídico y sistema del delito**. Teorías Actuales em el Derecho Pena – 75º Aniversario del Código Penal. Buenos Ayres: Ad-Hoc S.R.L., 1998.

- FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione**. Teoria del garantismo penale (1989). 9. ed. Roma-Bari: Laterza, 2008.
- FERRARI, Pollyana. **Jornalismo digital**. 4. ed. São Paulo: Contexto, 2010.
- FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito constitucional**. São Paulo: RT, 2011.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **O direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- FERREIRA, A.B.H. Aurélio. **Século XXI: O dicionário da língua portuguesa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.
- FERRI, Enrico. **Princípios de direito criminal**. Campinas: Bookseller, 1999.
- FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. **Tratado de derecho penal común vigente en Alemania**. Tradução de Eugênio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. 2. ed. Buenos Aires: Hamurabi, 1989.
- FIDALGO, J. **O lugar da ética e da auto-regulação na identidade profissional dos jornalistas**. Covilhã, Minho. Tese de doutoramento. Universidade do Minho, 2006.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Estado de direito e devido processo legal. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n. 11, fev. 2002.
- FISCHER, Douglas. O que é garantismo penal (integral)?, In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELA, Eduardo (Orgs.). **Garantismo penal integral**. Salvador: Juspodivm, 2010.
- FLORIAN, Eugenio. **De las pruebas penales**. Trad. Jorge Guerrero. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1998.
- FOLENA, Pietro. **Senza aggettivi**. Milano: Baldini Castoldi Dalai editore, 2005.
- FOSCHINI, Gaetano. **Sistema del diritto processuale penale**. Milano: Giuffrè, 1965.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Trad. Raquel Ramallete. 24. ed. Petrópolis: Vozes. 2001.
- FRANÇA, Phillip Gil. Objetivos Fundamentais da República, escolhas públicas e políticas: caminhos de concretização dos benefícios sociais constitucionais. **Revista Eletrônica Publica Direito**, 2011. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=534488729ab74ff0>>. Acesso em: 29 nov. 2016.
- FRANÇA. Declaração Universal dos Direitos Humanos (Paris, 1948). Brasília, [s.d.]. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 13 nov. 2016.
- FRANKLIN, Jane. **The politics of the risk society**. Cambridge: Polity Press, 1999.
- FREITAS, Francesco Maraschin de. O Estado democrático de direito: a fundamentação das decisões judiciais como concretização da contemporaneidade jurídica. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, n. 27, 2015.
- FRIEDRICH, Tatyana Scheila. Identidade moderna – perspectivas do comunitarismo. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, v. 43, 2005.

FURNO, Carlo. **Teoría de la prueba legal**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1954.

_____. **In Contributo alla teoria della prova legale**. Padova: Cedam, 1940

GALATI, Antonio. Le degenerazioni del maxi-processo. In: **Il giusto processo** – Atti del Convegno presso l'Università di Salerno, 11-13 ottobre 1996. Milano: Giuffrè, 1998, p. 129-147.

GARAPON, Antoine; PAPAPOULOS, Ioannis. **Julgar nos Estados Unidos e na França: cultura jurídica francesa e Common Law em uma perspectiva comparada**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antónío. **Tratado de criminología**. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

GAZOTO, Luís Wanderley. **O princípio da não-obrigatoriedade da ação penal pública: uma crítica ao formalismo no Ministério Público**. São Paulo: Manole, 2003.

GIACOMOLLI, Nereu José.; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. Justiça criminal negocial: Crítica à fragilização da jurisdição penal em um cenário de expansão dos espaços de consenso no processo penal. **Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica**, v. 20, n. 3, set./dez. 2015.

GIDDENS, Anthony. **A constituição da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 1989.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1979.

GOLDSCHMIDT, James. **Princípios gerais do processo penal**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2002.

GOLDSCHMIDT, Werner. **La imparcialidad como principio básico del proceso**. In Monografías de Derecho Español. Publicaciones del Instituto de Derecho Procesal, Serie 2. n. 1. Madrid: Gráfica Clemares, 1950.

GOMES COLOMER, Juan - Luis. **El proceso penal aleman: Introcucion y Normas Básicas**, Barcelona, Bosch, 1985.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães, **O direito à prova no processo penal**, São Paulo: RT, 1997.

GOMES, Luiz Flávio. **A prova no processo penal - comentários à Lei 11.690/2008**. São Paulo: Premier Máxima. 2008.

_____. As garantias mínimas do devido processo criminal nos sistemas jurídicos brasileiro e interamericano: um estudo introdutório. In GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (Coord.). **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Limites do "ius puniendi" e bases principiológicas do garantismo penal**. Disponível em: <<http://www.lfg.blog.br>>. Acesso em: 10 abr. 2011.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: AIDE 1992. ISBN: 85321-0071-6.

GONZAGA, João Bernardino. **A inquisição em seu mundo**. 2. ed. São Paulo. Saraiva, 1993.

GONZALES-CUELLAR SERRANO, Nicolas *et al.* **Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal.** Madrid: Colex, 1990.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica.** Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GRAU, Joan Verger. **La defensa del imputado y el principio acusatorio.** Barcelona: Bosch, 1994.

GRECO FILHO, Vicente. **Tutela constitucional das liberdades.** São Paulo: Saraiva, 1989.

GREVI, Vittorio. **Alla ricerca de un processo penale giusto: itinerari e prospettive.** Milano: Giuffrè, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **As garantias constitucionais do direito de ação.** São Paulo: Atlas, 1973.

GROS, Frédéric; GARAPON, Antoine; PECH, Thierry. **Punir em democracia: e a justiça será.** Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

GROTIUS, Hugo. **O direito da guerra e da paz.** 2. ed. Ijuí: Unijui, 2002. v.II.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **O processo como referencial teórico para o estudo dos direitos fundamentais.** Salvador: Juspodivm, 2006. (Leituras complementares de Constitucional – Direitos Fundamentais).

GÜNTHER, Klaus. **La insostenible situación de derecho penal.** Granada: Instituto de Ciências Criminales de Frankfurt - Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra, 2000.

HABERMAS, Jürgen. Direito e moral (Tanner Lectures, 1986). In: _____. **Direito e democracia: entre facticidade e validade.** 2. ed. Trad. Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. II.

HAMILTON, Sérgio Demoro. A figura processual do ofendido. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal.** São Paulo, n. 27, p. 47-59, dez./jan. 2009.

_____. A razoável duração do processo e seus reflexos no processo penal. In: LIMA, Marcellus Polastri; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna (Coords.). **A renovação processual penal após a Constituição de 1988: estudos em homenagem ao professor José Barcelos de Souza.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

HAMPTON, Jean. **Hobbes and the social contract tradition.** New York: Cambridge University Press, 1995.

HARTMANN, Erica de Oliveira. **Processo penal e rito democrático: a simplificação dos procedimentos como condição de possibilidade do contraditório e da ampla defesa.** Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná, 2010.

HASSEMER, Winfried. **Crítica al derecho penal de hoy.** Traducción de Patricia S. Ziffer. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

HERRERA, S.; CHRISTOFOLETTI, R. **Um guia de observatório de mídia na América Latina.** Observatório da Imprensa. 2007. Disponível em: <<http://observatorio.ultimosegundo.ig.com.br/artigos.asp?cod=428IPB009>>. Acesso em: 07 jan. 2017.

- HIGHTON, Elena I. *et al.* **Resolución alternativa de conflictos y sistema penal.** La mediación penal y los programas víctima - victimario. Buenos Aires, República Argentina: AD-HOC S.R.L., 1998.
- HOBBS, Thomas. **Leviatã ou a matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil.** 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1988.
- HORITA, Fernando Henrique da Silva. A fraternidade em debate: reflexos no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Thesis Juris**, São Paulo, v. 2, n. 1, p. 15-31, jan./jun. 2013.
- HUDSON, Barbara. Victims and Offenders. In: VON HIRSCH, Andrew *et al* (org.). **Restorative justice and criminal justice.** Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2003.
- HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas.** O sistema penal em questão. Tradução de Maria Lúcia Karam. Niterói, RJ: Luam, 1993.
- IACOBONI, Alessandro. **Prova legale e libero convincimento del giudice.** Milano: Giuffrè Editores, 2006.
- IBANEZ, Perfecto Andrés. **Garantismo: una teoria critica de la jurisdicción.** Madrid. Trotta. 2005.
- IGARTUA SALAVERRIA, Juan. **Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal.** Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.
- IPPOLITO, Dario. O garantismo de Luigi Ferrajoli. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD).** Trad. Hermes Zaneti Júnior. Unisinos, v. 3, n. 1, p. 34-41, jan./jun. 2011.
- JAKOBS, Günther. Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo. In: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Derecho penal del enemigo.** Madrid: Civitas, 2003, p. 19-56.
- JARDIM, Afrânio Silva. **Ação penal publica: princípio da obrigatoriedade.** 4. ed. Revista atualizada segundo a Lei 9.099 de 1995. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal – parte general.** Tradução de José Luis Manzares Samaniego. 4. ed. Granada: Comares, 1993.
- JESÚS, Pietro Alarcón de. **Patrimônio genético humano: e sua proteção na Constituição Federal de 1988.** São Paulo: Método, 2004.
- JOHNSTONE, Gerry. How, and in what terms, should restorative justice be conceived? In: ZEHR, Howard; TOEWS, Barb (Org.). **Critical issues in restorative justice.** Monsey, New York: Criminal Justice Press, 2004.
- JOLIVET, Regis. **Traite de philosophie.** 4. ed. Paris: Emile Vitte, 1955.
- KANT, Emmanuel. **Crítica da razão pura.** Tradução de J. Rodrigues de Meregé. Rio de Janeiro: Acrópolis, 2013.
- _____. **Fondements de la Métaphysique des Moeur.** Paris: Librairie Philosophique J. Vrin, 1992.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** Tradução J. Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado Editora, 1962. v. 1, 2.

KHALED JR., Salah Hassan. O sistema processual penal brasileiro: acusatório, misto ou inquisitório? In: **Civitas**, Porto Alegre, v. 10, n. 02, p. 293-308, maio/ago. 2010.

KYMLICKA, Will. Community and Multiculturalism. In GOODIN, Robert E., PETTIT, Philip; POGGE, Thomas. **A companion to contemporary political philosophy**. 2. ed. Cap. 20. Oxford: Blackwell, 2007. v. II.

LAGO, Cristiano Álvares Valladares do. Sistemas processuais penais. **Revista dos Tribunais**: RT, São Paulo, v. 89, n. 774, p. 441-473, abr. 2000.

LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. **A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural**. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

_____. **Teoria geral do processo**. 5. ed. São Paulo: Thompson IOB, 2004.

LIMA, Maria Rosynete Oliveira. **Devido processo legal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

LIMA, Roberto Kant de. Cultura jurídica e práticas policiais: a tradição inquisitorial no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 10, p. 65-84, 1989.

LISZT, Franz Von. **Strafrechtliche aufsatze und vortage**. Berlin: Guttentag, 1905. v. 1.

LIXA, Ivone F. Morcilo. Art. **O direito como sistema de garantias: uma breve leitura hermenêutica**. Introdução crítica ao estudo do sistema penal: elemento para a compreensão da atividade repressiva do Estado. (Org. Rogério Dutra dos Santos). Florianópolis: Diploma Legal, 1999.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. v. II.

LOPES JÚNIOR, Aury. A instrumentalidade garantista do Processo Penal. **Revista Iberoamericana de Ciências Penais**. Porto Alegre, ano 2, n. 2, p. 11-33, jan./abr. 2001.

LUHMANN, Niklas. **Complejidad y modernidad**. De la unidad a la diferencia. Madrid: Trota, 1998.

MAIER, J. **Derecho procesal penal argentino**. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1989. t. I, v. b.

MALAN, Diogo Rudge. Processo penal do inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: Thomson Reuters, v. 59, p. 223-259, mar./abr. 2006.

MANZINI, Vincenzo. **Tratado de derecho procesal penal**. Trad. Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1951. Tomo I.

MARCUSE, Herbert. **A ideologia da sociedade industrial: o homem unidimensional**. Rio de Janeiro: Zahar, 1982.

MARÍAS, Julián. **Introdução à filosofia**. 3. ed. São Paulo: Livraria Duas Cidades, 1978.

MARICONDE, Vélez. **Estudios de derecho processal penal**. Universidad de Córdoba, 1956.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processal penal**. Campinas: Bookseller, 1997. v. I.

_____. **Tratado de direito processal penal**. São Paulo: Saraiva, 1980. v. 1.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. A exclusividade da função acusatória e a limitação da atividade do Juiz. Inteligência do princípio da separação de poderes e do princípio acusatório. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 183, p. 141-153, jul./set. 2009.

MARTIN, Fernando Diéz. **Breve historia del homo sapiens (título original)**. Buenos Aires: Nowtilus Saber Editora Original, 2008.

MARTÍNEZ, Carlos Mario. **Estado de derecho y sistema penal**. Medellín: Instituto de Estudios Políticos y Biblioteca Jurídica Diké, 1997.

MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental**. Curitiba, PR: Editora Juruá, 2006.

MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo – noções e críticas**. Organização e Tradução de André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da Igualdade**. São Paulo: Malheiros, 1993.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. **Revista Jurídica Virtual**, Brasília, v. 2, n. 13, jun. 1999.

MENDONÇA, Kléber. **A punição pela audiência – um estudo do linha direta**. Rio de Janeiro: Quartet/Faperj, 2002.

MENUCCI, Julia Monfardini; FERREIRA, Laura Pinto; MENEGAT, Isabela Costa. A influencia da mídia no processo penal. **Revista Temática**, NAMID/UFPB, ano XII, n. 01, jan. 2016.

MESSNER, Johannes: **Social ethics: natural law in the western world**. Trans. by Doherty J. J.. (St. Louis: B. Herder Book Co., 1965).

MESSUTI, Ana. **O tempo como pena**. Trad. Tadeu Antônio Dix Silva, Maria Clara Veronesi de Toledo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEZGER, Edmund. Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände. In: **Festschrift Träger**, Berlin, 1926.

MIREILLE, Delmas-Marty. **Procesos penales de europa (Alemania, Inglaterra y País de Gales, Bélgica, Francia, Itália)**. Association de Recherches Pénales Européennes – ARPE-. Traducción: Pablo Morenilla Allard. Zaragoza: EDIJUS, 2000.

MISSE, Michel. Sobre a construção social do crime no Brasil: esboços de uma interpretação. In: MISSE, Michel (org). **Acusados e acusadores: estudos sobre ofensas, acusações e incriminações**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

MONTE, Mario João Ferreira; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; BARBOSA, André Araújo. Direito penal de reparação: contribuição para um novo paradigma a partir do modelo restaurativo. **Revista Pensar**, Fortaleza, v. 20, n. 3, p. 941-958, set./dez. 2015.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la. **Do espírito das leis**. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MORAES, Walter. Concepção tomista de pessoa: um contributo para a teoria do direito da personalidade. **Revista dos Tribunais**, v. 590, p. 14-24, dez. 1984.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2011.

MOREIRA, Egon Bockman. **Processo administrativo – princípios constitucionais e a lei 9.784/99**. São Paulo, Malheiros, 1999.

MORRIS, Allison; WARREN Young. Reforming Criminal Justice: The Potential of Restorative Justice. In: STRANG, Heather; BRAITHWAITE, John (Ed.). **Restorative justice: philosophy and practice**. Dartmouth: Ashgate, 2001.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Búsqueda de la verdad en el proceso penal**. Buenos Aires: Editorial Hammurabi s.r.l., 2000.

_____. **Persona, mundo y responsabilidad**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

NASSIF, Aramis. **O júri objetivo**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

NEVES, Luiz Gabriel Batista. Sistemas processuais penais. **Revista Direito UNIFACS**, Salvador, n. 163, 2014. (Revista Eletrônica Mensal)

NICZ, Alvacir Alfredo. **A liberdade de iniciativa na Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

NOJIRI, Sérgio. **O dever de fundamentar as decisões judiciais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2000.

NOVAES, Moacyr. O exame da temporalidade humana em agostinho. **Cadernos da Cepame**, v. 1, p. 29-41, mar./jun. 1992.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Júri: princípios constitucionais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

_____. **Manual de direito penal**. 11. ed. São Paulo: Forense, 2015.

NUNES, Dierle José Coelho. **Direito constitucional ao recurso: da teoria geral dos recursos, das reformas processuais e da participação das decisões**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

NUNES, Luiz Antônio Rizzato. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

PACHECO, Denilson Feitoza. **O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PALAZZO, Francesco. **Valores constitucionais e direito penal**. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

PASSOS, J. J. Calmon de. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, 2001.

PECH, Thierry; GARAPON, Antoine; GROS, Frédéric. **Punir em democracia**. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

PEDROSO, Fernando de Almeida. **Processo penal**. O direito de defesa: repercussão, amplitude e limites. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PERCHINUNNO, Vincenzo. **Percorsi di procedura penale**: tal garantismo inquisitorio a un accusatorio non garantito. Milano: Giuffrè, 1996.

PERRENOUD, Philip. “Construir competências é virar as costas aos saberes?” In: **Revista Pátio**, Porto Alegre: Artmed, ano 3, n. 11, jan. 2000.

PETER FILHO, Jovacy. **Reintegração social**: um diálogo entre a sociedade e o cárcere. Dissertação de Mestrado em Direito Penal pela Universidade de São Paulo, 2011.

PIMENTA BUENO, José Antonio. **Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império**. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1958.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça restaurativa: um novo caminho. **Revista IOB de Direito Penal e Processo Penal**, Porto Alegre, v. 8, n. 47, dez. 2007/jan. 2008.

PIZZOLATO, Filippo. A fraternidade no ordenamento jurídico italiano. In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). **O princípio esquecido 1**: a fraternidade na reflexão atual das ciências políticas. Tradução de Durval Cordas, Iolanda Gaspar e José Maria de Almeida. Vargem Grande Paulista, SP: Cidade Nova, 2008.

PLETSCH, Natalie Ribeiro. **Formação da prova no jogo processual penal**: o atuar dos sujeitos e a construção da sentença. São Paulo: IBCCRIM, 2007.

POLANSKY, Nicola. **La Procédure Criminelle Technique, in Scritti in Onore de Enrico Ferri**. [s.l.]:[s.n.],1929.

POLI, Camilin Marcie. **Sistemas processuais penais**. Curitiba: Empório do Direito, 2016.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

PORTO, Hemínio Alberto Marques; SILVA, Marco Antonio Marques (Org.). **Processo penal e Constituição Federal**. São Paulo: Acadêmica Ltda., 1993.

PORTUGAL. **Código de Processo Penal anotado e comentado**. Anot. Manuel Lopes Maia Gonçalves. 11. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

POZZER, Benedito Roberto Garcia. **Correlação entre acusação e sentença no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCRIM, 2001

PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. Opinião pública e processo penal. **Boletim Legislativo Adcoas**, Rio de Janeiro, ano 28, n. 30, p. 106, out. 1994.

- PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- PRADO, Leandro Cadenas. **Provas ilícitas** - teoria e interpretação dos tribunais superiores. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.
- PRIETO SANCHÍS, Luis. La teoría del derecho de “Principia Iuris”. In: MARCILLA CORDOBA, Gema (Ed.). **Constitucionalismo y garantismo**. Bogotá: universidad Externado de Colombia, 2009.
- QUADROS, Fausto de. **O princípio da subsidiariedade no direito comunitário após o tratado da União Européia**. Coimbra: Almedina, 1995.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. **Curso de direito penal: parte general**. Barcelona: Cedecs.1996.
- RAMOS MÉNDEZ, Francisco. **El proceso penal: sexta lectura constitucional**. Barcelona: Bosch, 2000.
- RAMOS, João Gualberto Garcez Ramos. **Evolução histórica do princípio do devido processo legal**. 2000. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32382-38999-1-PB.pdf>>. Acesso em: 30 dez. 2016.
- RAUXLOH, Regina E. Formalization of plea bargaining in Germany: will the new legislation be able to square the circle? **Fordham International Law Journal**, 2011.
- RAWLS, John. **A theory of justice**. Harvard University Press: U.S.A 1971.
- RESTA, Elígio. **Il diritto fraterno**. Roma: Laterza, 2009.
- _____. Le verità e il processo. In: MARINI, Alarico Mariani. **Processo e verità**. Pisa: Plus, 2004.
- RIGATELLI, Maria Giovanna. Comunhão e direito: desafios e propostas. In: PIERRE, Luiz Antonio de Araujo *et al.* (Orgs.). **Fraternidade como categoria jurídica**. Vargem Grande Paulista, SP: Cidade Nova, 2013.
- ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 33, n. 131, jul./set. 1996.
- ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o poder judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995.
- RODRIGUES, Geisa de Assis. Anotações sobre o princípio constitucional do juiz natural. Constituição e Processo. In: DIDIER JR, Fredie; WAMBIER, Luiz Rodrigues; GOMES JR, Luiz Manoel (Org.). Constituição e Processo. Salvador: JusPODIVM, 2007.
- ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão penal: a bricolage de significantes**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.
- _____. **O que é garantismo?** Florianópolis: Habitus. 2003.
- ROUSSEAU, Jean Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

ROXIN, Claus. Sentidos e limites da pena estatal. In: **Problemas fundamentais de Direito Penal**. Trad Ana Paula dos Santos e Luis Natscheradetz. Lisboa: Veja, 1998.

RUST, Leandro Duarte. **As colunas de São Pedro**: a política papal da idade média central. São Paulo: Annablume, 2011.

SÁ, Djanira Maria Radamés de. **Duplo grau de jurisdição**: conteúdo e alcance constitucional. São Paulo: Saraiva, 1999.

SABADELL, Ana Lúcia. O conceito ampliado de segurança pública e a segurança das mulheres no debate alemão. In: LEAL, César Barros; PIEDADE JÚNIOR, Heitor (Coord.). A violência multifacetada. **Estudos sobre a violência e a segurança pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 11.

SANDEL, Michael. **Justiça**: o que é fazer a coisa certa? 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

_____. **Liberalism and the limits of justice**. Cambridge University Press, Cambridge, 1982.

SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; SILVA, Ana Paula Pinto da. Defesa efetiva, garantismo e eficiência no processo penal: o que o supremo tribunal federal tem a ver com isso. **Direito Público**, Porto Alegre, v. 40, p. 50-73, 2011.

_____. Garantismo penal integral e a eficiência no processo penal. **Anais do XIX Congresso Nacional do Conpedi**, Florianópolis, p. 9778-9793, 2010.

SANZBERRO, Guadalupe Pérez. **Reparación y conciliación en el sistema penal**. ¿Apertura de una nueva vía? Granada: Comares, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARTRE, Jean-Paul. **O existencialismo é um humanismo**. 4. ed. Lisboa: Presença, 1978.

SCHIOCCHET, Taysa *et al.* **Banco de perfis genéticos para fins de persecução criminal**. Brasília: Ministério da Justiça, 2012. v. 43. (Série Pensando o Direito)

SCHMITT, Carl. Die Diktatur. **Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankes bis zum proletarischen Klassenkampf**. 7. Auf. Berlin: Duncker & Humblot, 2006.

SCHREIBER, Simone. **A publicidade opressiva de julgamentos criminais**. São Paulo: Renovar, 2008.

SCHUNMANN, Bernd. **“Crisis del procedimiento penal**. Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo. Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milênio. Trad. Silvina Bacigalupo. Madrid: Tecnos, 2002.

_____. **El sistema moderno del derecho penal**: cuestiones fundamentales. Tradução Jesus-Maria Silva Sánchez. Madrid: Tecnos, 1991.

_____. **Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milênio**. Traducción de Lourdes Baza, Madrid: Editorial Tecnos, 2002.

SICA, Leonardo. Justiça Restaurativa críticas e contra-críticas. **Revista IOB de Direito Penal e Processo Penal**, Porto Alegre, v. 8, n. 47, pp. 158189, dez. 2007/jan. 2008.

_____. Mediação, processo penal e democracia. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Coord.). **Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. **Eficiência e direito penal**. Tradução de Maurício Antonio Ribeiro Lopes, São Paulo: Manole Ltda., 2004.

SILVA, Alex Xavier Santiago da. **Imprescritibilidade dos crimes de competência do tribunal penal internacional no Brasil: inconstitucionalidade ou adaptação transnormativa?** Dissertação de Mestrado em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Fortaleza. 2014.

SILVA, Ênio Waldir. **Sociologia jurídica**. Ijuí: Unijuí, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v. 1, jan. 2006.

SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal: due process of law**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

SILVÉRIO JÚNIOR, João Porto. **Opinio delicti**. Curitiba: Juruá Editora, 2004.

_____. **Processo penal fraterno: o dever de fundamentar o provimento acusatório pelo Ministério Público no Sistema processual penal brasileiro**. Curitiba: Juruá. 2014.

_____. **O devido lugar do Ministério Público no processo penal fraterno**. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/o-devido-lugar-do-ministerio-publico-no-processo-penal-fraterno-parte-2-por-joao-porto-silverio-junior/>>. Acesso em: 02 jan. 2017.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. Dimensões da cidadania. In: Novos direitos e proteção da cidadania. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público**, ano 2, jan./jun. 2009.

SÓCRATES, Adriana. **Práticas restaurativas como diferentes formas de lidar com o que comparece à justiça**. 2006. Disponível em:

<<http://www.justiciarestaurativa.org/news/adriana>>. Acesso em: 3 jan. 2017.

SPAEMANN, Robert. **Personas: acerca de la distinción entre algo e alguém**. Pamplona: Eunsa, 2000.

SPONHOLZ, Liriam. Quando a imprensa se controla: o caso do Conselho de Imprensa da Alemanha. **Revista Fronteiras - estudos midiáticos**, v. 12, n. 3, set./dez. 2010.

STEFANI, Eraldo. **Manuale delle indagini difensive nel processo penale: aspetti teórico-pratici di investigazione privata; utilizzabilità processuale degli atti**. Milano: Giuffrè, 1999.

STEIN, Ana Carolina Filippon. **Presunção de inocência e processo penal**. Um casamento em crise (?) Considerações sobre como a inobservância da garantia pode ter consequências para além dos autos do processo. XXIV Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara, p. 48-64, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da exploração do direito. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. **O dever de proteção do Estado (Schutzpflicht)**: o lado esquecido dos direitos fundamentais ou qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes?. Disponível em: <www.mpes.gov.br/.../14_2114957161772008_O%20dever%20de%20proteção%20do%20Estado.doc>. Acesso em: 10 abr. 2011.

_____. **Tribunal do júri**: símbolos e rituais. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. Entre Hobbes e Rousseau – a dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal. In: STRECK, Lenio (org.) **Direito penal em tempos de crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SUANNES, Adauto. **Os fundamentos éticos do devido processo penal**. São Paulo: RT, 1999.

SUAREZ-BARCENA, Emilio de Llera. **Derecho procesal penal (manual para criminólogos y policías)**. 2. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 1977.

TARZIA, Giuseppe. Le garanzie generali del processo nel progetto di revisione costituzionale. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova: Cedam, a. LIII, n. 3, v. II, p. 657-672, luglio-settembre 1998.

TAYLOR, I., WALTON, P., YOUNG, J. **La nueva criminología**. Argentina: Amorroutu, 1977.

THOMSEN, C. J. **Guide to northern antiquity**. Published in English in 1848. [S.n.t.], 1836.

THUMS, Gilberto. **Sistemas processuais penais**: tempo – tecnologia – dromologia – garantismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TORNAGHI, Hélio Bastos. **Instituições de processo penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977. v.1.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário**: valores e princípios constitucionais tributários. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TRANCHINA, Giovanni. Ruoli naturali ed innaturali del giudice nel nuovo processo penale. In: **Studi in memoria di Pietro Nuvolone**. Il nuovo processo penale – studi di diritto straniero e comparato. Milano: Giuffrè, 1991. v. 3.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. Tese. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1993.

TULKENS, Françoise. Justiça Negociada. **Processos penais da europa**. Coord. Mireille Delmas-Marty. Tradução de Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

VALIANTE, Mario. **Il nuovo processo penale**: principi fondamentali. Milano: Giuffrè, 1975.

VÉLEZ-MARICONDE, Alfredo. **Bases de un nuevo proceso penal**: el proyecto de Mario Antelo. Córdoba: Comercio y Tribunales, 1937.

VIAL, Sandra Regina Martini; CAON, Liane Martins; MINETO, Daniela de Oliveira. **Sociedade contemporânea: o paradoxo da inclusão/exclusão social no contexto da globalização.** In *Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004.

VIEIRA, Ana Lúcia. **Processo penal e mídia.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

VILARDI, Celso Sanchez. O crime de lavagem de dinheiro e o início de sua execução. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 47, p. 11-30. mar. 2004.

WIEDEMANN, V. **Freiwillige selbstkontrolle der presse.** Gütersloh, Bertelsmann-Stiftung, 1992.

ZACARIAS, André Eduardo de Carvalho. **Execução penal comentada.** 2. ed. São Paulo: Tend Ler, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal.** Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

_____. **Apuntes sobre el pensamiento penal en el tiempo.** Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil.** Madri: Trotta, 1999.

ZAMÚDIO, Héctor Fix. **Latino américa: constitucion, proceso y derechos humanos.** México: Editorial Porruá, 1988.

ZARKA, Yves Charles. **Hobbes et la pensée politique moderne.** Paris: Presses Universitaires de France, 1995.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça.** São Paulo: Palas Athena, 2008.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **Processo penal: sistemas e princípios.** Curitiba: Juruá, 2003.

ZOLO, Danilo. **Il principato democratico.** Milão: Feltrinelli, 1992.