



Henrique Kaster: ativismo e condenação em audiência de custódia

1. Introdução

O Enunciado 29 do Fórum Nacional de Juízes Criminais (Fonajuc) prescreve que “a audiência de custódia poderá concentrar os atos de oferecimento e recebimento da denúncia, citação, resposta a acusação, suspensão condicional do processo e instrução e julgamento”^[1].

Em julho, em Goiânia, o juízo da 6ª Vara dos Crimes Punidos com Reclusão condenou, na própria audiência de custódia, uma pessoa acusada por tráfico de drogas.

Tudo ocorreu muito rapidamente. Na mesma ocasião, a prisão preventiva foi mantida, o promotor ofereceu denúncia, o acusado foi notificado, apresentou defesa prévia, a denúncia foi recebida, o sujeito foi interrogado e, de pronto, condenado.

E mais: houve o “julgamento antecipado da lide”, pois as partes “dispensaram as testemunhas” que seriam ouvidas em juízo^[2].

2. Processo penal não é processo civil

Muitos aspectos podem ser criticados nessa decisão. Um dos mais importantes é que processo penal não é sinônimo de processo civil. São coisas completamente diversas, aliás. Procedimento em processo penal é garantia *per se*. As formas não estão ali para serem afastadas sempre que convenha.

Não sem razão, Canotilho ensina que no processo penal democrático “só é admissível uma responsabilização penal baseada em factos apurados de modo processualmente válido”, pois “é pelo cumprimento escrupuloso das formalidades prescritas pela lei que este desiderato fundamental poderá ser alcançado. Também aqui a legitimação democrática da decisão judicial só é, portanto, alcançável através de um determinado procedimento prévia e formalmente definido”^[3].

Para ficar apenas na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, vários dispositivos já exigiam o respeito à lei para que a liberdade pudesse ser restringida, a exemplo do artigo 8º, no qual está prevista a garantia de que o meio de aplicação das penas, isto é, o processo penal, tenha por base a lei: “A lei só pode estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias, e ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao delito, e *legalmente aplicada*”.

O instrumental para a restrição de liberdade é sempre a lei: os códigos penal (CP) e de processo penal (CPP) consubstanciam necessária reserva de limitação aos direitos fundamentais previstos na Constituição, pois direitos fundamentais, como a liberdade, somente podem ser limitados mediante “expressa disposição constitucional (restrição imediata) ou mediante lei promulgada com fundamento imediato na própria Constituição (restrição mediata)”^[4].

Essa preocupação de respeito à lei é extensiva às medidas cautelares diversas da prisão, que devem estar taxativamente previstas no Código. Admitir, por exemplo, um poder geral de cautela no processo penal, em que o julgador pode inventar uma forma de restrição de liberdade — que pode ser tão grave quanto a prisão —, é lançar por terra a batalha iluminista de três séculos em prol da racionalidade.



O mesmo se diga da aplicação analógica do CPC à seara penal nos casos em que não há lacuna alguma a ser colmatada, ou então naqueles em que comprovadamente há lacuna, mas a norma aplicada está ligada à liberdade. Se o CPP traz toda uma sequência de atos para que alguém possa ser condenado, não cabe aplicar o CPC. Fosse o juiz penal livre para se valer de outros ramos do Direito, poderia julgar imediatamente a lide tão logo o acusado confessasse.

E se de fato há lacuna, não cabe ao juiz restringir o direito à liberdade se o legislador penal não previu a hipótese. Nesse campo, ao juiz não é dada uma carta branca para criar formas de punição, procedimentos ou medidas que castram o direito à liberdade. É dizer que o legislador prevê todas as restrições de liberdade que a ele interessam. E todas as formas com as quais se pode dar essa restrição. Se não previu, é de se presumir que o fez propositalmente, tratando-se de lacuna que Kelsen chamaria de *lacuna política*. Se não há previsão de presença obrigatória em atos religiosos no Direito Processual Penal, por exemplo, não cabe ao juiz se valer de um CPC aberto a todas as formas de interferências judiciais para fazer valer suas pretensões.

Se, em Direito Civil, cláusulas abertas funcionam bem, pois propiciam que a diversidade de fatos da vida real possa ser lida em roupagem jurídica, a lógica do Direito Penal e Processual Penal é outra: apenas os fatos tipificados são juridicamente relevantes. E apenas as consequências jurídicas já previstas podem ser aplicadas, tudo de acordo com o procedimento adrede previsto na lei de regência.

A velocidade de evolução e a forma com que a passagem do tempo é admitida no seio do Direito são diversas. O Direito Penal e o Processual Penal exigem a normatização prévia, enquanto os demais são mais permeáveis à ação do meio social. Esse é o preço que Beccaria resolveu pagar: no campo penal, a segurança pesa mais, porquanto o valor em jogo é a liberdade.

Um exemplo nítido de pensar-se o processo penal com base no processo civil está na constatação de que o utilitarismo deturpou a noção de instrumentalidade das formas, que, em sua originalidade, visava apenas combater o formalismo exacerbado. Hoje se vive algo próximo a um “vale-tudo utilitarista”, no qual quase tudo é aceitável desde que caiba na larga tangencial da “não comprovação de prejuízo”. Ou, então, que caiba em um princípio talvez ainda não nominado, mas muito utilizado no Brasil: o ato processual posterior tem o poder de convalidar o anterior. A audiência de custódia é o exemplo mais moderno, pois a não realização da audiência em nada afeta o processo, desde que a prisão preventiva tenha sido decretada em ato posterior.

3. Condenação sem provas e citação instantânea

A decisão do juízo da 6ª Vara dos Crimes Punidos com Reclusão dispensou a inquirição de testemunhas e concentrou vários atos processuais.

O conceito de prova é bastante conhecido: elemento de convencimento produzido sob o contraditório. As partes, evidentemente, não podem abrir mão da produção de provas processuais, pois tanto a ação penal quanto o direito de defesa são indisponíveis. Tampouco o juiz pode condenar apenas com base em elementos inquisitoriais, isto é, produzidos no inquérito policial, conforme estabelece o artigo 155 do CPP.



A propósito, nosso inquérito policial tem por base o *Codice Rocco*, de matriz fascista e já abandonado na Itália. Não há *processo* no nosso inquérito policial, pois não há juiz de garantias, contraditório, possibilidade de participação da defesa e, no mais das vezes, nem sequer o Ministério Público toma parte na produção dos elementos de convencimento.

Ao contrário do Direito italiano atual, no Brasil a defesa não produz prova na fase de investigação. Soa bastante complicado, por conseguinte, compatibilizar os princípios do contraditório, da presunção da inocência, do *in dubio pro reo*, da motivação das decisões judiciais, da *nulla poena sine iudicio* e da culpabilidade com um provimento judicial que tenha por base elementos produzidos pelo delegado de polícia.

Justamente por causa disso, isto é, da possibilidade de contraditório e da efetiva participação da defesa desde a fase investigatória, o Direito italiano admite julgamentos diferenciados, sem que seja necessário esgotar todas as etapas do procedimento ordinário.

No *giudizio abbreviato*, por exemplo, o imputado requer que o processo seja definido na audiência preliminar, com base apenas nos elementos produzidos na fase de investigação. O juiz, na audiência preliminar, poderá absolvê-lo ou condená-lo, ocasião em que a pena é reduzida de um terço.

O julgamento não se dá, portanto, na *udienza di convalida*, que corresponde à nossa audiência de custódia e, ademais, o sistema de investigação é outro, porque não se trata, no caso italiano, de um sistema unilateral de características puramente inquisitoriais.

Quiçá seja pouco provável encontrar, em qualquer país ocidental, sistema que permita apresentação em juízo, citação, ciência e preparação de defesa, apresentação de defesa preliminar, recebimento da denúncia, dispensa de testemunhas e julgamento sem respaldo em elementos produzidos em contraditório, tudo concentrado em algumas horas, talvez em alguns minutos.

Há mais um ponto: no caso goiano não houve, a rigor, possibilidade de defesa.

A Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça, que normatizou a audiência de custódia, criou atos processuais sem exigir a prévia, formal e detalhada cientificação do detido acerca do fato que lhe é imputado. O detido é apresentado ao juiz muitas vezes sem saber precisamente por que está preso. Essa resolução limita-se a garantir a entrevista prévia entre defensor e detido e a explicação, dada por um “funcionário credenciado” e depois pelo juiz, sobre a audiência de custódia em si, mas nada há sobre a imputação.

O caso goiano, é verdade, é um pouco diverso. O acusado foi citado e, quase instantaneamente, condenado. Mas a cientificação sem efetiva possibilidade de análise, estudo e desenvolvimento real de defesa não é, contudo, verdadeira citação, pois a prévia e efetiva ciência do detido sobre a imputação é condição necessária para a própria existência da relação processual. E não há defesa sem que haja a possibilidade de antepor com propriedade o enquadramento jurídico e os fatos que ensejaram a perseguição em juízo.



Essa ciência prévia é tão importante que ordenamentos europeus tiveram de adaptar-se à Diretriz 2.012/13 da União Europeia, que prevê uma série de medidas a serem tomadas diante de prisões e cujo escopo é justamente o de propiciar o exercício efetivo do direito de defesa tão logo ocorra a restrição da liberdade.

O artigo 6º da Diretriz 2.012/13 exige que o detido, em língua que possa compreender, seja *detalhadamente* cientificado sobre os fatos, de modo a garantir a paridade de armas no processo e, com ela, o amplo exercício da defesa.

Mais próxima ao Brasil, e sublinhando que deve haver um espaço de tempo suficiente, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Cadh) prevê, em seu artigo 8º, o direito de “comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada”, com “concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa”. Já a Resolução 1/08 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Cidh), que estabelece “princípios e boas práticas sobre a proteção de pessoas privadas de liberdade”, reforça, no princípio V, o direito à prévia cientificação, antes mesmo do primeiro interrogatório do detido.

4. Ativismo

Há várias concepções de ativismo judicial. Há quem considere o fenômeno de um ângulo positivo, negativo ou até neutro. Em comum, todos sublinham a necessidade de respeito ao ordenamento jurídico: o juiz, seja por um bom ou um mau motivo, jamais pode ultrapassar os limites do Direito.

É mesmo compreensível, sobretudo em uma democracia substancial, como quer Ferrajoli^[5], que juízes ocupem espaços de poder para fazer valer direitos fundamentais. Jamais, contudo, por melhor intencionados que estejam, podem desrespeitar as balizas constitucionais, máxime quando estão a desrespeitar direitos fundamentais.

A combinação de desrespeito ao ordenamento, desrespeito a direitos fundamentais e ocupação de funções que cabem ao Legislativo é a mais perversa face do fenômeno do ativismo.

A audiência de custódia está de acordo com regramentos internacionais de salvaguarda de direitos. É necessária e importante para a humanização do Direito e do processo penal. A forma com que foi implementada — ato administrativo — não é a ideal, pois trouxe uma série de problemas, dentre eles a desuniformidade com que as apresentações são feitas em vários estados da federação, a escolha de magistrados para delas participarem de acordo com perfis ideológicos, a dificuldade em reconhecer-se nulidades que digam respeito a um ato que não está previsto na sistemática do código ou mesmo a limitação cognitiva imposta aos participantes, o que muitas vezes castra o detido no seu direito de se fazer ouvir e protagonizar o amplo exercício do direito de defesa, dificultando o exame da necessidade da manutenção da detenção ou da individualização de medidas cautelares diversas.

A audiência de custódia, em suma, foi concebida para preservar direitos. Mas a regulação por ato administrativo enfraquece o direito que deveria preservar e abre caminho para voluntarismos diversos.



5. Conclusão

Pensada como ato de preservação de direitos do detido, a audiência de custódia transmuda-se, por conta de um condenável ativismo que confunde processo penal com processo civil, em meio abreviado de aplicação de penas sem o devido processo legal.

De expediente de salvaguarda de direitos previstos em documentos internacionais de direitos humanos, transforma-se em expediente punitivo que termina por desrespeitar direitos fundamentais.

Se estivesse regulada na seara apropriada, ou seja, no CPP, melhor seria o controle dos impulsos criativos e da adoção de procedimentos *ad hoc*.

Por melhor intencionados que estejam os juízes, não se podem criar códigos de processo penal. Direitos não podem ser vistos como entraves, porque existem, dentre outros motivos, para melhorar a qualidade da jurisdição. Pessoas, em verdade, não podem ser vistas como empecilhos.

[1] O Fonajuc é um grupo de aproximadamente 250 juízes. Partem da premissa de que a impunidade é regra no Brasil e de que as leis penais devem ser modificadas para propiciar um melhor “combate” ao crime. Vide: <fonajuc.com.br/2018>, acesso em 11.ago.2019.

[2] Cf. <www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI306810,71043-Juiza+de+Goias+profere+sentenca+durante+audiencia+de+custodia>, acesso em 9.ago.2019. Na mesma ocasião, houve a desclassificação da conduta atribuída a outro acusado.

[3] Colaboração premiada – reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato, *RBCCrim*, v. 133, p. 148.

[4] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 336.

[5] “*Cambia soprattutto, con il mutamento delle condizioni di validità delle leggi, la natura stessa della democrazia e della politica. Il garantismo costituzionale innesta infatti nella democrazia una dimensione sostanziale, estranea al vecchio paradigma dello Stato legislativo di diritto e generata proprio dai divieti e dagli obblighi imposti alle scelte politiche, sia legislative che di governo, dalle garanzie primarie del diritto, quindi, la legittimità non solo politica ma anche giuridica dell’esercizio del potere non è più condizionata unicamente dalle regole che disciplinano le forme maggioritarie del suo esercizio — il chi e il come delle decisioni — ma altresì da regole che ne condizionano la sostanza — il che cosa non è lecito o è obbligatorio decidere, per qualunque maggioranza — e che sono appunto le garanzie imposte ai suoi contenuti dalla costituzionalizzazione dei diritti fondamentali: le garanzie primarie negative in forma di limiti o divieti imposte dai diritti di libertà; le garanzie primarie positive in forma di vincoli o obblighi imposte dai diritti sociali; le garanzie secondarie del controllo di costituzionalità delle leggi e dell’azionabilità in giudizio di tutti i diritti soggettivi, a cominciare ovviamente dai diritti fondamentali*”. *Il paradigma garantista: filosofia e critica del diritto penale*. 2. ed. Napoli: Editoriale Scientifica, 2016, p.10.

Date Created

17/08/2019