Atraso nas reformas do nosso sistema de justiça criminal

É desafiador falar e opinar sobre o sistema de justiça criminal (como um todo) brasileiro. Não só pelas peculiaridades locais, como também (principalmente, talvez), por estarmos inseridos em um contexto sociopolítico latino-americano. Não quero abordar a expressão sistema com base em premissas *sociopolítica* que se enquadra como estrutura complexa de compatibilização [1].

Todos sabemos que nosso código de processo penal nascera em 1941 (um decreto lei, com o congresso nacional fechado) e que fora concebido e gerado na década de 1930 sob a influência do *Códice Rocco*, da Itália, onde Vincenzo Manzini tomou por base toda uma estrutura inquisitorial metodicamente organizada no *Code Napoleón*, que entrou em vigor no início do ano de 1811 [2]. O que posteriormente (ontem, hoje e amanhã) se mostrou incompatível com a Constituição de 1988.

Durante as últimas décadas, a maioria dos países latino-americanos começam a incorporar importantes alterações nos seus sistemas de justiça criminal. Alguns países adotando novos códigos de processo penal (República Dominicana, 2002, Colômbia, 2004, Chile, 2005, El Salvador, 2009, Equador, 2009, México, 2016, e Uruguai, 2019). Outros de forma mais tímida, com alterações legislativas pontuais (Brasil, 2008, 2011 e 2019).

É óbvio que, mesmo com alterações de todo o código de processo penal em muitos desses países, há reformas ainda em desenvolvimento no sentido de aperfeiçoamento do sistema de justiça criminal. Fato é, em todos os lugares afetos ao movimento legislativo reformista nos deparamos com a mudança de um processo penal inquisitivo para o modelo acusatório.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Todas as reformas latino-americanas foram influenciadas (em maior ou menor grau) pelo Código de Processo Penal Modelo para Ibero-América (1988) e possuem características similares na perspectiva de um processo penal acusatório, não apenas com a radical separação entre as partes, mas também pelo 1) julgamento oral (oralidade); 2) julgamentos públicos (publicidade); 3) cultura das audiências para tomada de decisões (contraditório e ampla defesa); 4) adequação do Ministério Público na fase investigativa e judicial (eficiência, equidade e paridade de armas com a defesa); 5) ampliação de participação da vítima; 6) pessoas suspeitas ou acusados como sujeitos de direitos; dentre outros.

Essa descrição, é claro, é uma forma simples de retratar a complexidade do processo de discussão e contestação das referidas reformas ao longo de décadas e que tem ocorrido de diferentes escalas e níveis em cada um dos países. No entanto, as mudanças são profundas e afetam, ou têm o potencial de afetar, todos os envolvidos em um processo penal, o que inclui juízes, promotores, procuradores, advogados, policiais, suspeitos ou acusados e as vítimas de um crime [3].

Tais mudanças, ainda em andamento, exigiram inúmeras atualizações na legislação processual [4]. Esse processo de reforma, atualização e adaptação sistêmica-legislativa, além de lento, quando feito gradativamente, acarreta constantes distorções interpretativas de consequências drásticas no dia a dia, ou seja, o período de transição cria o que denominamos de — *sistema confusional* — onde se usa algumas categorias do sistema acusatório, no entanto, mantendo a matriz predominantemente inquisitiva. Não sabendo, ao certo, em qual sistema estamos trabalhando. Em parte, isso se deve pela disseminação dogmática do confucionismo inerente ao tal sistema misto, que traz na essência, uma absoluta insuficiência conceitual. Dizer que um sistema é misto é não dizer nada, não só porque os sistemas puros são modelos históricos, mas porque é preciso focar no núcleo fundante, no princípio fundante, que será sempre puro, mostrando sua essência inquisitiva ou acusatória (e sobre isso remetemos para tudo o que já escreveu Jacinto Nelson de Miranda Coutinho).

O processo penal brasileiro sempre foi inquisitório, tanto na fase de investigação como também na fase processual (basta ver que o artigo 3º. A da Lei 13.964/2019 veio expressamente determinar que o processo penal brasileiro terá estrutura acusatória, exatamente porque não o tinha). A mera separação inicial das funções de acusar e julgar é absolutamente insuficiente [5] para marcar adoção do sistema acusatório, pois de nada adianta se essa radical separação não se mantiver hígida até o final. O faz de contas está no fato de separar os papéis no início, mas depois permitir que o juiz atue de ofício, produzindo prova de ofício e até condenando de ofício, sem pedido (basta uma rápida leitura dos artigos 156, 383, 209, etc). Esse é um erro histórico de grande parte da doutrina nacional que acabou contribuindo para a consolidação desse processo penal brasileiro autoritário, inquisitório, híbrido e malformado. Tampouco as reformas pontuais serviram para rompimento dessa matriz [6], pois cosméticas, confusas e incapazes de fazer o mais importante: o choque cultural, a mudança de mentalidade.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

O surgimento da lei 13.964 de 2019, demonstra interessante avanço legislativo rumo ao reconhecimento da necessidade de implementação da cultura das audiências para a tomada de decisões. Trata-se de pretensa adoção do princípio da oralidade mediante verdadeira mudança de paradigma, onde, abandona-se a prática dos atos ocultos e escritos para implementar uma nova (e inovadora) maneira de fundamentar a investigação e a acusação de pessoas por conta dos casos penais atribuídos ou imputados. Além de impor um conjunto de novos requisitos a todas as instituições do setor judicial, eleva os padrões de proteção do acusado, para que o processo criminal seja realizado de forma a alcançar sua real finalidade [7]. Vejamos.

A importância da tradição dos direitos fundamentais no processo penal não significa um discurso utópico e superado, pelo contrário, os avanços conquistados pelo iluminismo, tais como, liberdade, segurança e direitos humanos não podem ceder para um reducionismo de minimização de garantias. É preciso entender que, o *descrédito normativo* em uma *sociedade de risco*, pode gerar uma verdadeira desestabilização político-legislativa: levando a prisão preventiva ao patamar de centralidade processual e deixando de lado a finalidade a ser alcançada pelo processo penal, que é a limitação do poder enquanto garantidor de direitos fundamentais/individuais.

Sem muito esforço, quanto ao *descrédito normativo* podemos observar a idealização do positivismo clássico trabalhado por Hans Kelsen fincado em três postulados: *completude do ordenamento jurídico, neutralidade e segurança jurídica* [8]. Posteriormente, essas premissas positivistas e seu rigor científico (lógica automática, irrefletida e mecânica) foram alvos de duras críticas, tanto que, iniciou-se um movimento de superação dos referidos postulados. À época do positivismo clássico, o papel do magistrado era um problema, pois, a este, competia tão somente aplicar o texto da lei, ou seja, o juiz não criava direitos através de suas sentenças, mas tão somente descobria o que estava "*escondido sob a norma"* [9].

Com a complexidade dos debates jurídicos, a questão dos direitos sociais, dos direitos humanos, dentre outros, desvelou a incompletude da prometida *fórmula pré-constituída* de solução dos conflitos, que deveriam estar estabelecidas na lei. Logo, instala-se uma crise interna do próprio positivismo, por se tratar de um sistema contraditório, frente a seus postulados de (in) completude, segurança e neutralidade, totalmente incompatíveis com a natureza humana, até porque, pessoas proferem sentenças e não máquinas [10]. Imerso nessa crise, parece não haver dúvida de que o positivismo não conseguiu aceitar a viragem interpretativa ocorrida na filosofia do direito (invasão da filosofia pela linguagem) parecendo totalmente "perdido" com as consequências no plano da doutrina e da jurisprudência [11]. De algum modo se percebeu que aquilo que está escrito nos Códigos e nas Leis, não cobre a realidade.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Assim, pensa-se em um novo paradigma (com fortes influências neoliberais) trazendo à tona a perda da eficácia do direito e o enfraquecimento do Estado, desaguando em um esgotamento do paradigma da legalidade estatal moderna, que não consegue responder de maneira eficaz e legítima às demandas e aos anseios da sociedade. Eis *o início do descrédito na lei*, que se revela disfuncional e ineficaz, embora escondido na aparência da competência, certeza e segurança. Desse modo, a classe detentora do capital (monetário ou intelectual), vai se apossando do poder e utilizando o instrumental jurídico para nele se manter hegemonicamente, sem incômodos, já que os operadores jurídicos não poderiam ter outra interpretação da norma, que em última análise era expressão da vontade estatal ou do grupo político que estava no poder. Um detalhe: o problema não está na lei, e sim, no positivismo clássico de fórmulas prontas. Eis a confusão.

Os *grandes riscos* caracterizam-se por não serem domináveis, por serem vagos. Criminalidade organizada, corrupção, riscos econômicos, dentre outros, são exemplos caracterizadores, do que denominamos de *risco*. Logo, perante a impossibilidade de domínio desses riscos a população passa a ser dominada pelo medo, reagindo pelo pleito de mais segurança, fruto de uma indignação e consequente pânico, que se instaura. Inevitavelmente surge o agravamento do meio repressivo. Observem que, não só no âmbito penal e processual penal, o próprio papel do Estado se desloca nesse contexto, o Estado-juiz deixa sua posição de garantidor de direitos e se posiciona, agora, como parceiro no combate à criminalidade. Os direitos fundamentais deixam de cumprir sua função protetiva, por se tornarem entraves na luta do estado (apoiado pelo estado-juiz) contra a criminalidade.

Cria-se a ideia de *direito fundamental à segurança* que tem como obstáculo, justamente, os direitos fundamentais individuais, principalmente, a liberdade. Consequentemente, utilizam a Prisão Preventiva como principal instrumento idôneo para o domínio e controle dos grandes riscos. A prisão se justifica pela precaução, ou seja, surge um novo paradigma: *O Paradigma da Prevenção.* Da forma que está posta na legislação em vigor a prisão preventiva se torna regra e o preso, em tese, presumidamente inocente é colocado na posição inversa e agora deverá demonstrar a desnecessidade daquela prisão.

Assim, para que as mudanças legislativas tenham efetividade e alcance os objetivos a que se propôs é de extrema importância que *Judiciário, Ministério Público* e *Advocacia* percebam e adotem mudanças radicais em suas formas de atuação.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

É essencial que o *judiciário* mude sua maneira de pensar e agir no processo. Reconhecemos que não é uma tarefa fácil, porque estamos falando sobre mudar uma maneira de pensar e uma tradição profundamente enraizada. Esse hábito de ver e perceber o juiz como se ele fosse um *"agente que combate à criminalidade"* não tem lugar em um sistema acusatório. É preciso resgatar e ressignificar o *actum trium personarum* (Búlgaro de Sassoferrato), para compreender que cada parte precisa ocupar seu lugar constitucionalmente demarcado (Jacinto Coutinho), sendo essencial que o juiz seja e se mantenha sendo um terceiro afastado, em estado de alheamento, de estranhamento, em posição de *terzietà* , para assim termos condições de possibilidade de um juiz imparcial (princípio supremo do processo). Não é como no sistema inquisitivo, onde ele é percebido como um aliado da acusação. É dever do judiciário a observância do devido processo legal. Cabe ao juiz, exigir que o Ministério Público reduza (temporariamente) ou afaste (definitivamente) a presunção de inocência gozada pelo acusado [12] . Em última análise, no processo penal, não existe distribuição de carga probatória, mas sim a atribuição exclusiva e integral da carga da prova para o acusador.

Ao *Ministério Público* foi reservada a importante decisão sobre a exposição ou não de uma pessoa a um processo criminal. Acusar ou não (*ius ut procedatur*). Denunciar ou arquivar. Antes de submeter o cidadão a um processo criminal, deve-se exigir a garantia de que existem elementos informativos ou probatórios suficiente para fazê-lo. O não cumprimento desta regra deve ensejar a rejeição da acusação por falta de *justa causa.* E aqui novamente o juiz é chamado a desempenhar o seu papel de julgador, filtrando a acusação, fazendo a análise séria e comprometida acerca da existência ou não das condições de admissibilidade da acusação [13].

Ao *advogado* foi atribuída uma nova forma de atuação, desde a fase pré processual e consequente fase processual. Direito ao aconselhamento jurídico e representação durante a etapa pré-processual (valorização da Investigação Defensiva); direito à entrevista reservada com advogados; direito a contar com parâmetros sobre a independência e profissionalismo do advogado; e direito à autodefesa. Possibilidade de obter provas e entrevistar prováveis testemunhas, dispor do tempo e dos meios necessários para a preparação da sua defesa; direito de ser julgado quando presente e a participar dos procedimentos judiciais [14].

Portanto, é crucial que tenhamos um CPP inteiramente novo, alinhado à Constituição e à Convenção Americana de Direitos Humanos, que realmente esteja estruturado (e seja estruturante) de um processo acusatório, oral, contraditório e que tudo (ou quase) aconteça em audiência. Mas, para tanto, além da mudança legislativa profunda, é preciso romper com a forma tradicional de pensar o processo penal brasileiro, que se mude a mentalidade e as práticas judiciárias e isso exige um profundo e sério engajamento do ministério público, da advocacia e da magistratura. Do contrário seguiremos com um processo penal primitivo [15] e um faz-de-contas-cognitivo [16].

[1] MIRANDA COUTINHO. Jacinto Nelson de. Sistema Acusatório: Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. O presente ensaio foi especialmente escrito para a edição especial da Revista de Informação Legislativa.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

[2] Idem.

[3] BINDER, Alberto. CAPE, Ed. NAMORADZE, Zaza. *Defesa criminal efetiva na América Latina.* ADC, CERJUSC, CONECTAS, DEJUSTICIA ICCPG, IDDD, IJPP, INECIP. 1ª edição São Paulo, 2016.

[4] BINDER, Albert; NAMORADZE, Zaza. Defesa criminal efetiva na América Latina. Defesa Criminal Efetiva e Imparcialidade de julgamento. ADC/Cerjusc/Conectas/Dejusticia /IDDD/ICCPG/IJPP/Inecip. 1ª edição São Paulo, 2016, pp. 39

[5] Sobre a insuficiência do tal sistema misto, remetemos o leitor para a obra "Fundamentos do Processo Penal", de Aury Lopes Jr, publicado pela editora SaraivaJur.

[6] Como bem explica Ricardo Jacobsen Gloeckner na obra "Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro", publicado pela editora Tirant lo Blanch.

[7] FANDIÑO, Marco, POSTIGO, Leonel González; *ESTÁNDAR DE PRUEBA EN LA AUDIENCIA DE MEDIDAS CAUTELARES DE URUGUAY. In: REFLEXIONES BRASILEÑAS SOBRE LA REFORMA PROCESAL PENAL EN URUGUAY*, 2019, p. 423-439.

[8] DUARTE, Francisco Carlos. A Crise do Positivismo Jurídico e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana em Ronald Dworkin. In: Ronald Dworkin: direito, política e pessoa humana/ Adriano Marteleto Godinho; organização Agassiz Almeida Filho, George Salomão Leite, Georges Abboud. — 1. Ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 409.

[9] DUARTE, 2018, p.411.

[10] DUARTE, 2018, p.411.

[11] STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a Letra da Lei é uma atitude positivista? file:///C:/Users/User/Downloads/2308-4897-2-PB.pdf

[12] VARGAS; Héctor Quiñones. *Las Técnicas de Litigación Oral en el Proceso Penal Salvadoreño: Un análisis crítico del sistema oral en el proceso penal salvadoreño desde una perspectiva acusatoria adversativa.* 1a. ed. — San Salvador, El Salvador, 2003, pp. 62-72.

[13] https://www.conjur.com.br/2022-jul-08/limite-penal-sustentacoes-orais-agravos-negativa-hc-

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

prejudicam-defesa

[14] BINDER; NAMORADZE, 2016, pp. 12-16.

[15] aqui.

[16] https://www.conjur.com.br/2020-mai-08/juiz-garantias-fim-faz-conta

Meta Fields

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.