



UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE

CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

CURSO DE MESTRADO EM DIREITO

FÁBIO WELLINGTON ATAÍDE ALVES

EFETIVAÇÃO DA GARANTIA DE DEFESA NO ESTADO CONSTITUCIONAL DE
DIREITO: COLISÃO ENTRE PODER PUNITIVO E GARANTIA DE DEFESA

NATAL

2008

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

FÁBIO WELLINGTON ATAÍDE ALVES

EFETIVAÇÃO DA GARANTIA DE DEFESA NO ESTADO CONSTITUCIONAL DE
DIREITO: COLISÃO ENTRE PODER PUNITIVO E GARANTIA DE DEFESA

Dissertação de mestrado apresentada para o Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof^ª. Dr^ª. Maria dos Remédios Fontes Silva

Co-orientador: Prof. Walter Nunes da Silva Júnior

NATAL

2008




UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO


**Título: “EFETIVAÇÃO DA GARANTIA DE DEFESA NO ESTADO
CONSTITUCIONAL DE DIREITO: COLISÃO ENTRE PODER PUNITIVO E
GARANTIA DE DEFESA”.**


Mestrando: FÁBIO WELLINGTON ATAÍDE ALVES

Dissertação de Mestrado apresentada e aprovada em 05/05/08 pela
Banca Examinadora composta pelos seguintes membros:

BANCA EXAMINADORA


Prof.^a Doutora Maria dos Remédios Fontes Silva - UFRN
Presidente


Prof.^o Doutor Ricardo de Brito Albuquerque Pontes Freitas – UFPE
1º Examinador


Prof.^o Doutor Walter Nunes da Silva Júnior – UFRN
2º Examinador

Natal (RN)
Maio/2008

Dedico este trabalho a minha esposa, Iracilda, e aos meus filhos, Rafael e Ana Clara.

AGRADECIMENTOS

Empenho meus primeiros agradecimentos aos professores Maria dos Remédios Fontes Silva e Walter Nunes da Silva Júnior, os quais, com esforço e dedicação, iluminaram o caminho a trilhar. Agradeço ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, por ter autorizado o meu afastamento funcional, sem o qual não teria sido possível concluir satisfatoriamente esta dissertação. Agradeço aos coordenadores e servidores do Programa de Pós-Graduação em Direito pela dedicação e presteza com que trataram os meus encaminhamentos administrativos. Agradeço ainda aos professores do departamento de mestrado pelos momentos de discussão acadêmica, que tanto foram úteis às minhas reflexões. Por fim, agradeço a Cláudia e Patrícia pelas traduções.

“Temos eternamente necessidade de nos defender”.

NIETZSCHE, *A Gaia Ciência*.

RESUMO

A dominação da violência pelo Estado de Direito despertou uma tensão entre o exercício do poder punitivo e a garantia de defesa. No entanto, ao longo da história recente do Direito Penal, este embate de forças tem sido decidido em favor do poder punitivo. Nessa perspectiva, o presente trabalho pretende submeter a garantia de defesa a um juízo crítico, em busca de ajustar o seu conteúdo ao paradigma do Estado Constitucional de Direito. Para tanto, será preciso reconhecer o desequilíbrio da situação, mas sem propor a preponderância de nenhum destes elementos. O Estado tanto deve cumprir a função de punir os culpados como a de absolver os inocentes. Ainda que a lei esteja longe de se harmonizar a este discurso, notadamente porque a realidade suscita indicar que se cumpre muito mais a função de *punir pobres e inimigos*, é preciso que a garantia de defesa conviva com o poder punitivo como parte de um único interesse público, qual seja, o de fazer justiça penal. Desta forma, a existência de um equilíbrio sustentável entre o poder punitivo e a garantia de defesa depende da intervenção penal mínima e, por outro lado, da postura judicial no caso concreto, cabendo então que se revise a função de defesa social proposta para o Direito Penal. A dissertação enfrenta, portanto, o momento de crise do Direito Penal, consubstanciado a partir do advento de uma nova forma de pensar – um pensar garantista –, cuja aceitação, em larga escala, exige que se deixem para trás muitos dos velhos conceitos, ainda que estejam estes velhos conceitos sendo apresentados como novidade. O Estado Constitucional de Direito não somente constitui um regime de efetivação do direito de defesa, mas, do mesmo modo, busca efetivar o direito de ação, como também a prestação jurisdicional e o processo como um todo. E, ainda sabendo que a filosofia da linguagem levanta dúvidas sobre a *certeza*, a *verdade* e o *judgar*, impõe-se entender que a garantia de defesa não é mais uma idéia simples, mas, nos caminhos tortuosos da comunicação, pretende-se encontrar qual o papel do juiz diante desta nova realidade que se descerra.

PALAVRAS-CHAVE: Poder punitivo. Garantias. Colisão. Estado Constitucional de Direito.

ABSTRACT

The domination of the violence for the Rule of law awakened a tension between the practice of the punitive power and the right to counsel. However, throughout the recent history of the Criminal law, this shock of forces has been determined for the punitive power. In this perspective, the present work intends to submit the guarantee of defense to a critical judgment, in search to conciliate its content to the Constitutional State of Right. For in such a way, it will be necessary to recognize the disequilibrium of the situation, but without considering the superiority of any of these elements. The State in such a way must fulfill the function to punish the culprits as to acquit the innocents. Despite the law is far from obtaining a harmonious speech, it is necessary that the defense guarantee coexists the punitive power as part of an only public interest, which is, to make criminal justice. In such a way, the existence of a sustainable balance between the punitive power and the guarantee of defense depend on the minimum interference of Criminal law and, also, of the judicial position in the concrete case. The present work faces, therefore, the moment of crisis of the Criminal law, consolidated with the advent of a new way of thinking – according to the procedural guarantees, that will demand the overcoming of the old concepts. The Constitutional State of Right not only constitutes an effectiveness of the regime of the right to counsel, but in a similar way it searches to accomplish the right of action and criminal justice as a whole. Knowing that the philosophy of the language raises doubts on the certainty, the truth and the judgement, it is imposed to understand that the defense guarantee is no more about a simple idea, but, in the crooked ways of the communication, we intend to find what the judge's function is when he faces this new reality.

KEY-WORDS: Punishment. Guarantees. Conflict. Rule of Law.

RÉSUMÉ

La domination de la violence pour l'État de Droit a entraîné une certaine tension entre l'exercice du pouvoir punitif et le droit de défense. Pourtant, tout au long de l'histoire récent du Droit Pénal, cet heurte de forces a été décidé en faveur du pouvoir punitif. En cette perspective, le présent travail prétend soumettre la garantie de défense à un jugement critique cherchant à ajuster son contenu au paradigme de l'État Constitutionnel de Droit. Pour cela il faudra reconnaître le déséquilibre de la situation sans proposer la prépondérance d'aucun de ces éléments. L'État doit réaliser la fonction de punir les coupables et aussi donner l'absolution aux innocents. Même si la loi soit loin de s'harmoniser à ce discours, c'est notamment car, au Législateur, ce qui intéresse le plus c'est que la loi accomplisse la fonction de *punir les coupables*, il faut donc que la garantie de défense puisse demeurer avec le pouvoir punitif comme partie du même intérêt public, celui de faire justice pénale. Ainsi, l'existence d'un déséquilibre sustensif entre le pouvoir punitif et la garantie de défense dépend de l'intervention pénale minima et, en revanche, de la posture judiciaire au cas concret, alors que la fonction de défense sociale proposé pour le Droit Pénal soit révisé. La dissertation éprouve néanmoins, le moment de crise du Droit Pénal, consolidé de l'avènement d'une nouvelle manière de penser – la pensée selon les garanties processives -, dont l'acceptation, em large échelle, exige que les vieux concepts soient laissés de côté, même s'ils soient encore présentés comme des nouveautés. L'État Constitutionnel de Droit ne constitue pas seulement un régime d'effectuation du droit de défense, mais il cherche aussi à effectuer la prestation juridictionnel et le procès entier. Encore, sachant que la philosophie de la langage suscite des doutes concernant la *certitude*, la *vérité* et le *jugement*, s'impose la compréhension de la garantie qui ne s'agit plus d'une idée simple, mais dans les torts chemins de la communication, nous prétendons rencontrer le rôle du juge devant cette nouvelle réalité qui se dessine.

MOTS-CLÉS: Punition. Garanties. Conflit. État de Droit.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ag. ex.	Agravo em Execução Penal
AgI	Agravo de instrumento
AI	Ato institucional
ap.	Apelação
art.	Artigo
arts.	Artigos
BOE	Boletim Oficial da Espanha
BVerfGE	Coletânea oficial do Tribunal Constitucional Federal alemão
c. comp.	Conflito de Competência
Câm.	Câmara
C. Crim.	Câmara Criminal
C. Cív.	Câmara Cível
CADH	Convenção Americana de Direitos Humanos
CC	Código Civil
c/c	Combinado com
CDPriv.	Câmara de Direito Privado
CE	Constituição da Espanha
CEDH	Convenção Européia de Direitos Humanos
Cf.	Conferir
CF	Constituição Federal de 1988
Coord.	Coordenador
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
Crim.	Criminal
Des.	Desembargador(a)
DJ	Diário da Justiça
DJU	Diário da Justiça da União
Ement.	Ementário
ed.	Edição
Ed.	Editora
EDRESP	Embargos de Declaração no Recurso Especial
HC	Habeas corpus
IBCCRIM	Instituto Brasileiro de Ciências Criminais
inc.	Inciso
incs.	Incisos
inf.	Informativo de jurisprudência
j.	Julgamento em

JSTJ	Revista de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça
LEP	Lei de Execução Penal
LEXSTJ	Revista de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça
Min.	Ministro(a)
n.	Número
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
Org.	Organizador
orig.	Originário
p. ex.	Por exemplo
p.	Página
pp.	Páginas
R.	Região
Rel.	Relator(a)
REsp.	Recurso especial
RAmp.	Recurso de amparo
REVFOR	Revista Forense
RHC	Recurso de Habeas Corpus
RJDTACRIM	Revista de Jurisprudência do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo
ROHC	Recurso ordinário em habeas corpus
ROMS	Recurso ordinário em mandado de segurança
RT	Revista dos Tribunais
séc.	Século
STC	Sentença do Tribunal Constitucional Espanhol
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
T.	Turma
TACRIM	Tribunal de Alçada Criminal
TCE	Tribunal Constitucional Espanhol
TEDH	Tribunal Europeu de Direitos Humanos
TJM	Tribunal de Justiça Militar
TJMT	Tribunal de Justiça do Mato Grosso
Trad.	Tradução; tradutor
un.	Unanimidade

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO: AS CRISES DA DEFESA PENAL	16
2. FUNDAMENTOS POLÍTICOS DA RESTRIÇÃO DO PODER PUNITIVO PELA GARANTIA DE DEFESA: A FORMAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL	22
2.1. <i>Evolução histórica do due process of law: O modelo inglês.....</i>	22
2.2. <i>A contribuição da doutrina de John Locke para o estabelecimento dos componentes do devido processo legal e para a fixação dos dogmas elementares do processo judicial liberal. A fixação do dogma da supremacia do legislador</i>	27
2.3. <i>A justificação do direito de resistência, fundamento primário da garantia de defesa no Estado Liberal. A feição do processo liberal. O direito de defesa e o contraditório como instrumentos liberais de limitação do arbítrio judicial.....</i>	30
2.4. <i>A transcendência do devido processo legal de estirpe estadunidense e a sua relação com a garantia de defesa.....</i>	35
2.5. <i>A Corte Marshall e o declínio da vontade legislativa: a reviravolta do devido processo legal. Uma abertura para o recrudescimento das políticas criminais.....</i>	40
3. A ELEVAÇÃO DO PODER PUNITIVO EM FACE DA GARANTIA DE DEFESA.....	47
3.1. <i>Precedentes históricos: o período penal pré-clássico.....</i>	47
3.2. <i>O aperfeiçoamento sistemático da garantia de defesa: a Escola Clássica</i>	49
3.3. <i>A Escola Positiva e as origens da divisão entre criminosos e seres normais: o preâmbulo do Direito Penal do autor e do esvaziamento do direito de defesa.....</i>	58
3.4. <i>Teorias punitivas ecléticas: a suplantação dicotômica das Escolas</i>	66
3.5. <i>O Estado Social e seu reflexo sobre o sistema punitivo</i>	70
3.6. <i>A doutrina da defesa social: a reorientação da repressão penal.....</i>	73
4. MODELOS POLÍTICO-CRIMINAIS DE REAÇÃO PUNITIVA	77
4.1. <i>Compreendendo a formação dos modelos. A consagração do vínculo entre garantias penais e política 77</i>	
4.2. <i>O modelo liberal: a defesa formal.....</i>	82
4.3. <i>O modelo igualitário: a prometida defesa material.....</i>	84
4.4. <i>O modelo autoritário nacional-socialista: ápice do esvaziamento jurídico da garantia de defesa... 86</i>	
4.5. <i>O modelo da nova defesa social: despenalização ou a sobrevida do Direito Penal do autor?</i>	94
4.6. <i>O modelo garantista no limiar do séc. XXI: a primazia da garantia de defesa</i>	99
4.6.1. <i>Os fundamentos primeiros da teoria garantista</i>	99
4.6.2. <i>O processo penal garantista: a dupla finalidade de punir os culpados e absolver os inocentes</i>	101
4.6.3. <i>O novo papel da pena no garantismo: a pena como mal menor</i>	106
5. A NORMATIZAÇÃO DA GARANTIA DE DEFESA NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO	120
5.1. <i>A sublimação internacional da garantia de defesa</i>	120
5.2. <i>Panorama da garantia de defesa no constitucionalismo comparado</i>	122
5.3. <i>A garantia de defesa no Brasil: o Estado Novo como origem do modelo autoritário brasileiro.....</i>	127
5.4. <i>A influência do modelo da nova defesa social.....</i>	132
5.5. <i>O período constitucional anterior à Constituição da República Federativa de 1988.....</i>	136

5.6.	<i>O divisor de águas: a Constituição da República Federativa de 1988. A maior reforma penal</i>	139
6.	DESAFIOS PARA GARANTIA DE DEFESA NO ESTADO CONTEMPORÂNEO.....	144
6.1.	<i>A limitações materiais à função punitiva no Estado Constitucional de Direito.....</i>	144
6.2.	<i>A defesa como limite à efetividade do poder punitivo. As funções elementares da ampla defesa. O processo como pena.....</i>	150
6.3.	<i>Contribuição e particularidades da garantia de defesa no processo civil.....</i>	154
6.4.	<i>A garantia de defesa como termômetro do Estado Constitucional de Direito: a dimensão ativa da nova defesa penal e a superação da definição clássica do direito de defesa.</i>	159
6.5.	<i>O Estado de Direito real versus o Estado de Direito ideal.....</i>	164
6.6.	<i>O Direito Penal como fronteira para as classes sociais. O duplo vértice da garantia de defesa pela diferenciação conforme a posição social do acusado</i>	169
6.6.1.	<i>O lugar do acusado na cultura</i>	169
6.6.2.	<i>Um novo lugar para o acusado no sistema penal.....</i>	179
6.7.	<i>A crise da legislação penal.....</i>	184
6.7.1.	<i>Breve panorama da repressão penal no séc. XXI: a crise do conceito de bem jurídico-penal.....</i>	185
6.7.2.	<i>Inflação legislativa e simbolismo: o esvaziamento da política criminal pelo culto aos movimentos de criminalização, penalização e judicialização.....</i>	187
6.7.3.	<i>O medo institucionalizado e os movimentos penais de tolerância zero</i>	197
7.	A DISPOSIÇÃO ESTRUTURAL DA GARANTIA DE DEFESA	208
7.1.	<i>O núcleo da garantia de defesa.....</i>	208
7.2.	<i>O caráter dual da defesa penal: autodefesa e defesa técnica</i>	214
7.2.1.	<i>Síntese histórica a respeito da divisão do direito de defesa: autodefesa e defesa técnica</i>	214
7.2.2.	<i>A defesa técnica: conteúdo e meios de exercício</i>	215
7.2.3.	<i>A autodefesa: conteúdo e meios de exercício.....</i>	218
7.2.4.	<i>O direito de presença em imagem e som: questões em torno do interrogatório por videoconferência.....</i>	223
7.2.5.	<i>A comunicabilidade entre autodefesa e defesa técnica. A relação entre garantia de defesa e o princípio da publicidade. O excesso de exposição do acusado</i>	227
7.3.	<i>A defesa técnica dativa.....</i>	233
7.3.1.	<i>A realização da cidadania pela defesa dativa efetiva</i>	234
7.3.2.	<i>A efetivação da defesa dativa pela fiscalização judicial da atividade defensiva. O princípio da motivação defensiva. A distinção entre defesa dativa formal e material ...</i>	236
7.3.3.	<i>Efeitos da inércia da defesa penal dativa.....</i>	240
7.3.4.	<i>A (in)constitucionalidade temporária dos privilégios da defensoria pública</i>	242
7.3.5.	<i>Exigências procedimentais à efetivação da defesa dativa</i>	244
7.4.	<i>O exercício da garantia de defesa pela pessoa jurídica.....</i>	249
7.4.1.	<i>A crise do modelo antropocêntrico: proteção ambiental e revisão dos postulados penais clássicos.....</i>	249
7.4.2.	<i>A adequabilidade da responsabilidade penal da pessoa jurídica à garantia de defesa</i>	254
7.5.	<i>Colidência entre defesa técnica e autodefesa.....</i>	267
8.	USO E ABUSO DA GARANTIA DE DEFESA: A RENOVAÇÃO CONCEITUAL DA DEFESA PROTETÓRIA.....	270

8.1.	<i>O tempo razoável para o exercício da defesa: a duração razoável do processo como condição de efetividade da defesa</i>	270
8.1.1.	<i>O tempo do processo como limite aos mecanismos de obtenção da justiça material</i>	270
8.1.2.	<i>A razoável duração do processo como legitimação do procedimento.....</i>	273
8.1.3.	<i>A adequabilidade do direito de defesa à duração razoável do processo. A questão da defesa penal dilatória</i>	277
8.1.4.	<i>Os critérios justificadores do excesso de prazo. Uma revisão das Súmulas nº. 21 e 52 do Superior Tribunal de Justiça. O tempo como fator fundamental à ponderação entre efetividade e ampla defesa.....</i>	280
8.2.	<i>A teoria do abuso de direitos aplicada às garantias processuais penais.....</i>	286
8.3.	<i>Novos limites para o exercício abusivo da defesa.....</i>	290
8.3.1.	<i>O abuso do direito de defesa em sentido estrito e a defesa penal protelatória. A dilação como elemento integrante do conceito de defesa.....</i>	290
8.3.2.	<i>O juiz como ator do controle do abuso do direito de defesa</i>	292
8.3.3.	<i>O processo penal de partes. Crítica à noção de acusado como sujeito onipotente de direitos. A prestação jurisdicional efetiva como fundamento à teoria do abuso de direitos processuais.....</i>	295
8.3.4.	<i>A lealdade processual no sistema acusatório. Limites éticos da atividade defensiva. A delicada relação entre mentira e defesa.....</i>	297
8.4.	<i>Critérios para a resolução de conflitos oriundos do abuso de direito de defesa</i>	303
8.5.	<i>A conduta exclusiva da defesa como critério justificador da demora processual. Uma revisão da Súmula n. 64 do Superior Tribunal de Justiça. Parâmetros à configuração do abuso do direito de defesa..</i>	307
8.6.	<i>O abuso da condição de advogado. A autonomia da defesa técnica como condição do exercício do direito de defesa efetivo e o problema do controle da origem ilícita dos honorários advocatícios</i>	310
9.	A CRISE DA VERDADE E SEUS REFLEXOS NO DIREITO DE DEFENDER-SE POR MEIO DA PROVA.....	319
9.1.	<i>A virada lingüística e a nova faceta da garantia de defesa. A defesa deixa de ser um idéia simples</i>	319
9.2.	<i>A renovação conceitual do convencimento judicial. A superação do dogma da verdade. Uma visão dialética do processo</i>	326
9.3.	<i>Os limites da verdade: O fato punível e o fato real. O amplo objeto de defesa</i>	332
9.4.	<i>A sociabilidade do convencimento. A objetivação racional da certeza. Crítica à capacidade de livre convencimento do juiz.....</i>	336
9.5.	<i>A iniciativa instrutória judicial como instrumento de igualdade material e a garantia de defesa como limite à inquisitividade (inquisitorial system). O garantismo frente à iniciativa instrutória do juiz</i>	344
10.	A RECONFIGURAÇÃO DO PERFIL JUDICIAL COM VISTAS À EFETIVAÇÃO DA GARANTIA DE DEFESA. O PROCESSO PRODUTOR DE RESULTADOS DEFENSIVOS	353
10.1.	<i>A indeterminação da neutralidade judicial e a ameaça do subjetivismo: a questão do emprego dos ardis lingüísticos. O declínio do juiz formal-legalista.....</i>	353
10.2.	<i>O predomínio dos princípios: a responsabilidade do juiz substancialista-garantista perante o regime constitucional de proteção à liberdade.....</i>	357
10.3.	<i>A política criminal real à luz da questão da colisão entre poder punitivo e a defesa individual. O emprego da técnica processual no caso concreto a serviço da concretização da garantia de defesa</i>	362
10.4.	<i>O fundamento lingüístico da divisão de tarefas do sistema acusatório. A esfera de participação no jogo do processo.....</i>	373

10.5. <i>A defesa como vivência em uma comunidade de intérpretes. Linguagem científica e interferência participativa</i>	378
10.6. <i>A reestruturação do Tribunal do Júri. Participação do juiz nas decisões de fato e de direito</i>	381
10.7. <i>Crítica ao pensamento pré-moldado. Compreendendo o presente diante da colisão ente realidade e interpretação retrospectiva</i>	385
11. CONCLUSÃO: O EQUILÍBRIO SUSTENTÁVEL ENTRE O PODER PUNITIVO E A GARANTIA DE DEFESA	397
12. REFERÊNCIAS	413
13. ÍNDICE REMISSIVO	442

1. INTRODUÇÃO: AS CRISES DA DEFESA PENAL

"Quem é o mais útil no jogo:
o justo ou aquele que sabe jogar bastante bem?"

PLATÃO, *A República*.

O estudo da garantia de defesa remonta às origens da formação do Estado de Direito e, mais precisamente, vem de encontro ao momento em que a violência se institucionaliza. Em larga escala, a história da violência institucionalizada ou, em outras palavras, a história da pena segue *pari passu* a da reação à violência em geral. No entanto, ao longo dos séculos, a violência do Estado precisou transmutar-se. Em certa medida, esta transmutação operou-se por meio de seu autocontrole e, dessa forma, o Estado de Direito passou a significar uma ocasião singular de sublimação e domínio da violência.

Não obstante o avanço dos mecanismos de controle da violência, o mais incrível é que o Estado repressor reinventa-se a todo o momento, com o propósito de conter o *progresso* da violência não institucional. Num tempo em que surge uma nova categoria de legislação de emergência e, por que não dizer, de Estado de exceção, as garantias penais entram talvez em sua crise mais profunda – tomando como referência a nossa história democrática recente –, a ponto de já não sabermos se são mesmo conquistas inarredáveis do mundo ocidental.

Seja como for, o direito de defesa entra em conflito com o poder punitivo. Isso porque aquele direito funciona como a primeira garantia contra a aplicação do poder punitivo e, por outro lado, também constitui a última frente de resistência a ele.

Nessa perspectiva, o presente trabalho pretende submeter a garantia de defesa a um juízo crítico, em busca de ajustar o seu conteúdo ao paradigma do Estado Constitucional de Direito, diante dos desafios que se erguem a partir da chamada *pós-modernidade*. Vale dizer, enquanto a teoria do Direito se pauta por uma reflexão universalizante, construída por meio de conceitos abstratos, presos à tecnologia jurídica, a teoria crítica busca tomar um olhar a partir da realidade, que, por um lado, nos revela o crescimento das taxas de criminalidade e a ineficácia do sistema punitivo em relação aos criminosos de colarinho branco, ao tempo que, em contrapartida, a sociedade não esconde a ambição de políticas criminais cada vez mais

repressivas. Desse modo, pretendemos que a garantia de defesa deixe revestir-se de um sentido fértil, para além de uma medíocre representação ritualística. Portanto, a inteireza de nosso discurso move-se em torno da idéia de que a garantia de defesa deve pautar-se por uma dimensão diretamente interligada à alçada do Estado Constitucional de Direito.

Assim, urge fazer um cotejo das novas conquistas do território jurídico com aqueles velhos conceitos penais, de tal modo a proporcionar uma compreensão abrangente. A rigor, a garantia de defesa não se conforme com o Estado Constitucional de Direito, simplesmente pela falta de um ânimo político para adaptá-la às novas contingências, fato que nos motivou a compreender o presente trabalho.

Diante do temor do avanço de uma violência fundadora (Walter Benjamin), ou seja, empenhada em demolir as estruturas do Estado, adquire consistência a política criminal de defesa social, favorecida por uma legislação penal meramente simbólica, que reivindica o retorno às velhas posturas punitivas. Não obstante seja possível revigorar idéias doutras épocas, é preciso saber que muitos dos conceitos do passado somente se restabelecerão com presteza quando novamente submetidos aos valores do presente.

As verdades se revigoram conforme as circunstâncias de tempo e espaço. Por conseguinte, o reconhecimento de tal constatação possibilita que sempre apareçam defensores de velhas doutrinas para superar novos problemas. Indubitavelmente, o humanismo cai bem como exemplo. A despeito de ter sido sobrepujado noutros períodos, revigorou-se depois do Holocausto. Mas, uma vez superada a guerra fria, a ciência penal defronta-se com novos medos e desafios, em função de que se avolumam os críticos da garantia de defesa.

Depois da segunda metade do séc. XX, a pena privativa de liberdade passa por sua derradeira crise, mas isso não indica a extirpação da prisão dos sistemas jurídicos, porque, aos poucos, o processo assume a função de prevenção, garantindo a sobrevida do encarceramento cautelar. Parece contraditório, mas a prisão provisória ganha espaço no processo contemporâneo, enquanto a prisão-pena, fundada em juízos definitivos, fica restrita a um número cada vez menor de hipóteses. Em linhas gerais, a intervenção penal continua agindo por intermédio do processo penal, o que torna imprescindível enquadrar o tema da ampla defesa como um limite ao poder punitivo.

Desde logo, é possível confirmar que escrever sobre a garantia de defesa é, de certa forma, fracassar diante do desvario da realidade. O nosso desafio será justamente este: não fracassar, não padecer perante o poder punitivo.

Desde quando Joaquim Canuto Mendes de Almeida (1906–1990) concluiu a sua dissertação de livre docência intitulada “A Contrariedade na Instrução Criminal”, cuja publicação ocorreu em 1937, o direito de defesa continua sendo um tema mais idealizado do que realizado. A dicotomia entre realidade e norma evidencia o quão pouco foi escrito sobre a oposição entre o *ser* e o *dever-ser* do direito de defesa. Ainda que seja sedutora a idéia de um projeto harmônico de política criminal, tem prevalecido na realidade exatamente o oposto, isto é, uma crescente desvinculação entre o que diz fazer o Estado e o que realmente é feito. Talvez por isso, a generalidade dos manuais de tecnologia jurídica e mesmo a jurisprudência fracassam em certa medida ao tratar do tema, não pela falta de correspondência com a teoria, porém muito mais por ignorar como a prática desconhece a importância da garantia de defesa para o Estado Constitucional de Direito. Para esse efeito, a doutrina penal tem sido predominantemente a doutrina do poder punitivo.

Antes de qualquer coisa, é necessário advertir que não propomos qualquer distinção entre o direito de defesa e o contraditório. O peso de nossa argumentação reside na crença de que estes direitos representam duas faces do direito de resistência à pretensão punitiva. Assim, a defesa e o contraditório compreendem instrumentos de controle do abuso de poder e, dada essa função única, não encontramos razões práticas para estabelecer distinção entre um e outro, preferindo, assim, compreender que ambos estão unidos como componentes indissolúveis do devido processo legal.

O objeto específico do nosso trabalho gravita em torno da idéia de desequilíbrio entre os interesses punitivos do Estado e os interesses individuais do acusado. Tal colisão é sentida concretamente, no processo penal, palco natural do embate entre o poder punitivo e o direito de defesa.

O mais notável, como se pode antecipar, é que a colisão entre o poder punitivo e o direito de defesa não deve ser revolvida pela preponderância de nenhum dos elementos. Tanto interessa ao Estado punir os culpados como absolver os inocentes. Por outro lado, tampouco vale pretender resolver a questão por um discurso falacioso de harmonia. Resta-nos, nesse caso, estabelecer a contradição imanente que existe em tudo isso, para, somente assim, conferir à garantia de defesa a autoridade de dialogar com o poder punitivo em igualdade de condições.

Mais difícil é descobrir que a filosofia da linguagem e a conseqüente crise da verdade põem em dúvida a capacidade de o sistema legislativo estruturar-se sobre bases que permitam *absolver os inocentes* e, ao mesmo tempo, *condenar os culpados*. Quem são os

culpados? Quem são os inocentes? Quem é capaz de responder tais indagações? Mesmo diante do impasse, os defensores das doutrinas de defesa social ganham adeptos. Desde que protejamos a sociedade, não importa que condenemos inocentes, ou seja, ainda se prefere justificar o menoscabo da defesa em função dos benefícios sociais gerados pelo poder punitivo.

Existiria mesmo uma saída para a colisão entre o poder punitivo e o direito de defesa? Seria possível alcançar um equilíbrio sustentável, a ponto de se atingir um alto grau de eficácia punitiva e, ao mesmo tempo, assegurar a absolvição dos inocentes? Numa primeira vista, a resposta a qualquer dessas questões se torna mais difícil, porque nem mesmo o Estado consegue cumprir satisfatoriamente a promessa de punir os culpados e absolver os inocentes. E isso não é tudo. A inflação legislativa aumenta o poder de inação punitiva. O Estado nunca pôde – e hoje menos ainda – sequer apurar ou conhecer uma fração significativa dos crimes que acontecem. E mais. Para os poucos crimes que chegam ao seu conhecimento, o mesmo Estado esquece o compromisso de perquirir a chamada *verdade real*, preferindo seguir o trilha fácil de uma *verdade consensual*.

E quando poderíamos pensar que o inquestionável esgotamento da reação punitiva fosse abrir espaço para um modelo de Direito Penal mínimo, constatamos que o legislador, a cada dia, busca resolver o problema da criminalidade pela edição de novas leis penais. Assim, cria-se um ambiente de Direito Penal máximo que, em larga escala, diminui as condições de defesa efetiva em favor do incremento do poder punitivo. O sistema punitivo que provém do resultado de tudo isso se volta para punir o agente do fato pelo que ele é e não pelo que ele fez.

De modo particular, a garantia de defesa tem sua origem remota na Antigüidade, mas, para o que nos interessa mais de perto, tomamos a tradição inglesa como ponto de partida histórico, onde esta garantia transcende à modernidade carregada pelo conceito de devido processo legal. Desse modo, perceberemos que a garantia de defesa aporta na América Latina sob a influência do constitucionalismo americano, principalmente das declarações dos Estados da Virgínia e Maryland.

Assim, no *segundo capítulo*, mostraremos como a garantia de defesa compõe o núcleo do devido processo para, somente assim, no *capítulo terceiro*, tratar da sistematização dessa garantia, agora já impregnada por todos os valores humanísticos consagrados historicamente desde a Carta Magna. Enquanto a Escola Clássica restaura os preceitos do Iluminismo, a Escola Positiva dá o primeiro passo em direção à formação de uma doutrina de

defesa social, que irá orientar o Estado na organização de estratégias para combater, principalmente, o avanço da criminalidade habitual.

A passagem para o séc. XX é um momento decisivo para a política criminal, não apenas porque se opera o declínio do prestígio da vontade do legislador, à qual se vinculavam os juízes, mas, sobretudo, porque se toma forma a doutrina da defesa social, levando adiante a idéia de sujeito perigoso, a qual, mais tarde, seria muito bem manipulada pelo Totalitarismo. As primeiras décadas daquele século têm como traço essencial a utilização do Direito Penal pelos regimes políticos e, por outro lado, o enfraquecimento das garantias processuais.

O *quarto capítulo* tratará de como o Estado organiza a sua resposta ao crime. Sob esse aspecto, iremos levantar as características dos modelos político-criminais liberal, igualitário e nacional-socialista para, somente então, conhecer como progride a política criminal depois do segundo pós-guerra. A partir daí, vêm a propósito o movimento humanista da *nova defesa social* e a teoria garantista, cada qual apresentando novos métodos para a ação da política criminal. Enquanto isso, no domínio do Estado Constitucional de Direito, será posto em questão qual dos dois modelos está adequado aos imperativos da garantia de defesa.

O *quinto capítulo* abordará a identificação da garantia de defesa no âmbito do constitucionalismo contemporâneo até irromper no sistema normativo brasileiro, quando busca, no Estado Novo, as origens do modelo autoritário nacional. Prepara-se o terreno para compreender o motivo pelo qual a Constituição da República de 1988 revira os conceitos autoritários em direção ao auge das garantias penais, impondo a completa reforma do sistema legislativo.

O *sexto capítulo* tratará dos desafios da garantia de defesa no Estado Constitucional de Direito, tendo como cenário as tendências penais que procuram revigorar o poder punitivo em detrimento da garantia de defesa. O capítulo mostra as divergências entre o plano normativo e a realidade, examinando os principais desafios da garantia de defesa diante dos movimentos penais sectários do incremento do poder punitivo do Estado.

O *sétimo capítulo* dissertará sobre as características estruturais da garantia de defesa para, em seguida, indicar mecanismos de otimização diante da imprescindibilidade de revisar conceitos básicos. É de todo útil observar que o capítulo funciona como um meio para os capítulos subseqüentes, todos eles voltados para realizar os valores consagrados com o Estado Constitucional de Direito.

O *oitavo capítulo* fará uma abordagem acerca do uso e abuso da garantia de defesa, mostrando em que condições a duração do processo favorece a garantia de defesa. E, ainda,

toma espaço um contraponto necessário, ou seja, percebe-se que a garantia de defesa possui limitações, de modo que o processo penal não somente se orienta pelos interesses do réu. Assim, resta saber quais os limites da liberdade do acusado para opor-se à pretensão acusatória, isto é, em que situações o prolongamento da relação processual, por meio da exigência de cumprimento das garantias, torna-se abusivo.

Na seqüência, chegaremos ao *nono capítulo*, que coloca a garantia de defesa diante de problemas mais complexos. Levantaremos elementos a respeito da crise da verdade e o impacto que ela pode causar à garantia de defesa. Em larga escala, vamos investigar, entre outras questões, se a proibição da iniciativa instrutória pelo juiz, como apregoa a teoria garantista, será condição de satisfação da igualdade material no processo penal. Seria possível ao juiz iniciar a busca da verdade à revelia do acusado?

Depois, já no *décimo capítulo*, veremos como é possível exercitar a garantia de defesa diante dos descaminhos da comunicação entre os homens. O que se deve entender por neutralidade e imparcialidade? O juiz pode ter interesse em assegurar o direito de defesa? Quais são as armadilhas lingüísticas que espreitam o juiz neutro? O que se deve entender por um juiz substancialista-garantista? Qual deve ser a postura judicial diante da inaptidão do Legislativo para produzir leis eficazes? Diante de um Direito Penal meramente simbólico, como reagir diante da tendência de uma defesa igualmente simbólica? O juiz pode interferir no jogo processual? Como? Enfim, todos esses questionamentos servirão de norte para que a garantia de defesa encontre o caminho da efetividade.

Finalmente, cabe esclarecer que, em todo o corpo do trabalho se deu preferência à consulta direta das grandes obras penais, mesmo que para isso tenha sido empregado um número considerável de obras esgotadas, mas absolutamente necessárias e atuais. Com isso, restringimos as referências indiretas aos casos de extrema importância. Quanto aos trabalhos estrangeiros, em alguns casos, optamos por dar preferência aos que foram traduzidos em língua portuguesa, não somente por razões de acesso, mas para se esquivar dos riscos de uma tradução nossa.

2. FUNDAMENTOS POLÍTICOS DA RESTRIÇÃO DO PODER PUNITIVO PELA GARANTIA DE DEFESA: A FORMAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

"Às vezes, os mais fortes dão aos mais fracos e aos governados ordens que são prejudiciais a eles mesmos.

Destas declarações decorre que a justiça é tanto a vantagem como a desvantagem do mais forte".

PLATÃO, *A República*.

2.1. *Evolução histórica do due process of law: O modelo inglês*

O estudo crítico da defesa penal depende de uma constatação elementar de que a base formal do processo judicial remonta à análise dos documentos constitucionais clássicos, responsáveis pela concepção do *devido processo legal*. Muito embora a origem do direito de defesa data da Antigüidade, não dá para encobrir que a sua consagração no Ocidente advém com o conceito de *devido processo legal*. Por tal motivo, cabe investigar a procedência do *due process of law*, como também dos ideais do Estado Liberal, a fim de encontrar o fundamento necessário a uma argumentação crítica sustentável.

Na Europa da Idade Média, o poder estava lacerado principalmente entre o rei, os nobres, a Igreja e a burguesia. Porém vale constatar a prevalência de um sistema de solução de conflitos próprios da Inglaterra, diferentemente do que se verifica no continente europeu. Isto se dá basicamente porque as forças de poder da Inglaterra mostraram-se gradualmente diferentes. Na ilha, como os feudos possuíam dimensões menores do que os do continente, os senhores detinham menor poder perante o rei. Ao reverso, no continente o senhor feudal – por deter maior domínio da propriedade – conservava maior parcela de poder¹. Do mesmo modo, embora a Igreja perdurasse quase como um poder absoluto no continente, a sua influência na Inglaterra foi menor, o que contribuía para o excessivo fortalecimento do monarca².

¹ RAMOS, João Gualberto Carcez. "Curso de Processo Penal Norte-Americano". São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 41.

² Ibid, p. 44.

Assim, enquanto a estabilidade política no continente decorria de alianças individuais realizadas entre os senhores e os demais sistemas de poder³, não acontecia o mesmo na Inglaterra. O domínio absoluto da monarquia inglesa forçava o associativismo entre os combalidos senhores feudais, os quais somente faziam frente aos abusos reais quando fortalecidos pela união. Este modelo de associativismo conseguiu obter, primeiramente, sucesso no reinado de João Sem Terra. Como resultado, o associativismo inglês impõe que seja valorizado o direito comum, mediante um método indutivo de preponderância oral, no tempo em que o modelo continental europeu aplica o método dedutivo, partindo da lei estatal para o caso concreto. O continente respeita não a oralidade, mas sim o processo escrito, próprio do sistema romano inquisitivo, ao contrário do modelo inglês, no qual se exaltava o princípio da oralidade, específico do processo romano acusatório.

No continente, o domínio doutrinário da Igreja favoreceu que o processo penal do Estado sofresse grande influência da jurisdição eclesiástica⁴, à época predominantemente inquisitiva, enquanto o relativo distanciamento clerical na Inglaterra permitiu o desenvolvimento da jurisdição popular⁵.

Na Grã-Bretanha, a fragmentação do poder dividiu reis e senhores, cortes e parlamentos, originando as circunstâncias políticas que possibilitaram a concepção incipiente do *devido processo legal*. É a superação deste estado de coisas que propiciou a passagem de um *constitucionalismo medieval* para a concepção moderna do Estado de Direito. Portanto, a compreensão da origem histórica do *devido processo legal* remonta à Tirania do Rei João Sem Terra (1199–1216), cujo governo instaura um ambiente político de opressão insuportável tanto para os nobres como para as camadas sociais inferiores.

Por ocasião de uma peregrinação, um grupo de revolucionários ocupa Londres em 24 de maio de 1215, forçando o rei a assinar a *Great Charter*, documento inspirado claramente na petição dos Barões e destinado, predominantemente, à proteção das liberdades⁶. Em matéria penal, o ato extinguiu a jurisdição penal dos *xerifes reais*, como também vedava prisões injustas e estabelecia o julgamento das pessoas por seus pares⁷. Segundo aponta

³ Este tipo de relação entre os poderes ainda está em voga hoje em dia. O acúmulo de riqueza pelas grandes corporações e o esvaziamento do Estado estabelecem certo equilíbrio entre o Estado e os demais poderes sociais (economia, religião etc.), fazendo com que o Estado busque o consenso e assimile os interesses desses grupos com mais facilidade. Ao contrário, nos Estados onde há tal equivalência (como acontecia na Inglaterra), a margem de negociação é menor.

⁴ RAMOS, João Gualberto Carcez. Op. cit., p. 49.

⁵ Ibid, p. 50.

⁶ MIRANDA, Pontes. “Comentários à Constituição de 1946”. V. 3, Rio de Janeiro: Henrique Cahen, 1947, p. 290.

⁷ Ibid, pp. 288-9.

Pontes de Miranda (1892–1979), à época da Carta Magna, a jurisdição era literalmente vendida pelo rei, que obtinha renda mediante a estipulação de valores arbitrários a serem pagos por quem litigava⁸.

A *Magna Carta Libertatum* visou limitar o poder absoluto, abalizando o reconhecimento de direitos feudais, posteriormente estendidos a todos os súditos do reino⁹. Ela representou um marco para o constitucionalismo e, em alguns aspectos, somente pode ser entendida sob a ótica feudal da época¹⁰. Ela delinea os primeiros esteios à construção do princípio do *devido processo legal*. A sua célebre cláusula de número trinta e nove consagra um dos primeiros alicerces do citado princípio, garantindo que ninguém seja oprimido ou perca sua liberdade ou bens, senão por meio de um julgamento justo de seus pares e segundo a lei de seu país (*law of the land*)¹¹. O seu texto abre, afinal, caminho para a concepção daquilo que vinha a ser os princípios da legalidade¹²; da isonomia; da dignidade; da proporcionalidade estrita; da culpabilidade; da independência judicial¹³; do juiz natural¹⁴ e do direito de ir e vir¹⁵.

O Rei João Sem Terra reluta anuir com os termos da Carta Magna. Não concordava, especificamente, com a cláusula de número sessenta e um, segundo a qual um comitê formado por vinte e cinco barões poderia revisar qualquer ato seu. A recusa real submete, assim, a Inglaterra a uma Guerra Civil, durante a qual o Rei falece em outubro de 1216, deixando como sucessor o filho menor Henrique III. No entanto, o novo Rei não assegura estabilidade política à Inglaterra. Depois de batalhas perdidas para a França, Henrique III vê-se forçado a

⁸ Ibid, p. 290.

⁹ Outros importantes textos antecederam a Carta Magna, como a constitutions of clarendon (1164) e a carta da liberdade (XII e XIII). Cf. SALDANHA, Nelson. "Formação da Teoria Constitucional" 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 51. Sobre o teor dos textos históricos aqui citados, cf. BRANDÃO, Adelino. "Os Direitos Humanos: antologia de textos históricos". São Paulo: Landy, 2001, p. 65 e ss.

¹⁰ Segundo Manoel Gonçalves Filho, tão importante quanto a Carta Magna de 1215 foi a criação de uma Corte de Apelação central já no séc. XII, o que permitira o judicial review ("Estado de Direito e Constituição". 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 10).

¹¹ Em sua célebre cláusula 39, a Grande Carta, originalmente escrita em latim arcaico, assim exprime: "Nullus liber homo capiatur, vel imprisonetur, aut dissaisietur, aut utlagetur, aut exuletur, aut aliquo modo destruat de aliquo libero tenemento suo, vel libertatibus, vel liberis consuetudinibus suis, nec super eum in carcerem mittemus, nisi per legale iudicium parium suorum, vel per legem terrae. Nulli vendemus, nulli negabimus, aut differemus rectum aut iustitiam" (MIRANDA, Pontes. Op. cit., p. 290). Cf. QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. O Devido Processo Legal. "Revista dos Tribunais". São Paulo, ano 87, v. 748, p. 47-63, fevereiro de 1998. A cláusula 39 está traduzida para o vernáculo deste modo: "Nenhum homem livre será preso ou privado de sua propriedade, de sua liberdade ou de seus hábitos, declarado fora da lei ou exilado ou de qualquer maneira destruído, nem o castigaremos ou mandaremos forças contra ele, salvo julgamento legal feito por seus pares ou pela lei do país" (WAMBIER, Luiz Rodrigues. Anotações sobre o Princípio do Devido Processo Legal. "Revista dos Tribunais". São Paulo, v. 646, p. 33-40, agosto de 1989, p. 35).

¹² A arbitrariedade foi expressamente condenada pela cláusula n. 30.

¹³ Confira a cláusula 49.

¹⁴ A cláusula 52 assegura aos cidadãos um julgamento justo e por seus pares.

¹⁵ A cláusula 42 assegura que todos possam deixar e retornar ao reino sem constrangimentos, por terra ou água.

confirmar a Grande Carta em 1255 e a permitir a formação da assembléia dos barões sob o nome oficial de Parlamento. Durante o subsequente reinado de Eduardo I, as reuniões do Parlamento se reiteram tradicionalmente¹⁶, quando então se republica o texto da Carta sinteticamente¹⁷ pela última vez em 1298, ameaçando-se de excomunhão quem a infringisse¹⁸.

Como adverte Hamilton (1755–1804) no artigo federalista LXXXIV, o valor da Carta limita-se exclusivamente ao processo de obtenção pactuado. São suas palavras:

Várias vezes foi observado, com razão, que as cartas de direitos são, em sua origem, estipulações entre reis e seus súditos, reduções da prerrogativa em favor do privilégio, reservas de direitos a que não se renuncia em favor do príncipe. Assim foi a Magna Carta obtida pelos barões, espada na mão, do rei João. Assim foram as subsequentes confirmações dessa carta por príncipes subsequentes. Assim foi a Petição de Direito aceita por Carlos I no início do seu reinado. Assim foi, também, a Declaração de Direitos apresentada pelos lordes e comuns ao príncipe Orange em 1688, e posteriormente promulgada na forma de um ato do Parlamento chamado Carta de Direitos¹⁹.

Como as limitações das liberdades advinham predominantemente do Direito Criminal, o documento concentra normas voltadas ao assunto em apreço. Em todo caso, convém enfatizar-se que a Magna Carta representa um modelo de documento constitucional pactuado. Durante aquelas circunstâncias históricas, ela resulta de um compromisso entre forças políticas antagonistas, nomeadamente, entre a nobreza e a burguesia, assim como também sucederia com a Constituição francesa de 1791; o *bill of rights* (1689) e o *act of settlement* (1701). Todos os pactos ajustados surgem como saldo de estabilização entre forças políticas conflitantes.

Em 1354, sob o governo de Eduardo III, uma lei denominada *statue of westminster of the liberties of London* confirma a Carta Magna, cunhando – agora em idioma inglês – a expressão *devido processo legal*²⁰. Tal garantia, mais tarde, será assimilada pelas colônias americanas, a partir de onde se incorporará definitivamente não apenas à Constituição dos Estados Unidos da América, mas aos textos constitucionais das maiorias dos países fundados num Estado de Direito.

¹⁶ MIRANDA, Pontes. Op. cit., p. 291.

¹⁷ A versão sintética da Carta contém trinta e sete cláusulas.

¹⁸ MIRANDA, Pontes. Op. cit., p. 291.

¹⁹ MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. “Os Artigos Feralistas: 1787 – 1788”. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p. 521. No mesmo sentido: MIRANDA, Pontes. Op. cit., p. 293; BONAVIDES, Paulo. “Curso de Direito Constitucional”. 7ª. ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 72.

²⁰ Cf. NERY JÚNIOR, Nelson. “Princípios do Processo Civil na Constituição Federal”. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 28; WAMBIER, Luiz Rodrigues. Op. cit., p. 35; HOYOS, Arturo. “El Debido Proceso”. Santa Fe de Bogotá/Colombia: Temis, 1998, p. 08.

Com reforço à validade dos direitos consagrados desde a Carta Magna, a Petição de Direitos de 1628 reclama ao Rei da Inglaterra cumprimento às leis historicamente estabelecidas, cuja obediência estava sendo ignorada. Já em seu preâmbulo, o texto avigora, portanto, que, sem um julgamento justo e segundo a *lei da terra (law of the land)*²¹, ninguém perderá a liberdade, igualmente como nenhum homem pode ser expulso de suas terras, aprisionado, oprimido ou mesmo morto, afora pelo *devido processo legal*.

Sem embargo, um dos mais importantes amparos às liberdades individuais somente ocorre com a lei do Habeas Corpus de 1679. Determinante à declaração de garantias legais contra as arbitrariedades, esta lei firma o dever de cumprimento imediato à ordem de liberdade, mediante a apresentação do paciente, sem olvidar punição àqueles que deixarem de entregar ao preso cópia do atinente mandado de prisão ou que modificarem injustificadamente o local de sua detenção.

Nessa linha de raciocínio, vem o Tratado Político de Espinosa (1632–1677), para quem o soberano abdica do *estado civil* e entra no *estado de guerra* quando "condenar à morte os súditos, confiscar os seus bens, violentar as virgens, e coisas semelhantes"²². À luz dessas aspirações, a Declaração de Direitos de 1689 (*Bill of Rights*) reanima o ciclo de limitações ao poder absoluto, tal qual uma antologia de direitos e garantias constituídos. Declara ilegal a autoridade do Rei da Inglaterra para instituir imposto sem o concurso do Parlamento ou para suspender ou deixar de cumprir qualquer lei; assegura o direito de petição e condena a prática de prisões vexatórias; veda fianças exorbitantes; impostos excessivos ou imposição de penas severas, entre outros direitos e garantias essenciais à formação do Estado de Direito.

O ato de estabelecimento de 1701 remata uma série de limitações ao poder absoluto. Apesar das barreiras impostas por todos aqueles documentos constitucionais, o rei ainda podia destituir arbitrariamente qualquer juiz. Assim, por meio do *act of settlement* estruturou-se o princípio da vitaliciedade judicial, permanecendo o magistrado no cargo enquanto bem servisse (*during good behavior*)²³, protegido contra livres destituições.

Desse modo, o *devido processo legal* consolida suas bases por diversos documentos, tais como *the petition of rights* (1628), *habeas corpus act* (1679) *bill of rights* (1689) e *the act*

²¹ A cláusula III remete textualmente à Carta Magna.

²² ESPINOSA, Baruch. "Pensamentos Metafísicos; Tratado da Correção do Intelecto; Tratado Político; Correspondência". Sem tradutor mencionado. São Paulo: Nova Cultura, 2000, p. 457.

²² ESPINOSA, Baruch. "Pensamentos Metafísicos; Tratado da Correção do Intelecto; Tratado Político; Correspondência". Sem tradutor mencionado. São Paulo: Nova Cultura, 2000, p. 457.

²³ Mário Guimarães explica que algumas constituições empregam a vitaliciedade com o nosso sentido de inamovibilidade ("O Juiz e a Função Jurisdicional". Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 142-3).

of settlement (1701), compondo o corpo daquilo do que se compreende por *The English Constitution*²⁴.

2.2. A contribuição da doutrina de John Locke para o estabelecimento dos componentes do devido processo legal e para a fixação dos dogmas elementares do processo judicial liberal. A fixação do dogma da supremacia do legislador

A base da garantia de defesa em seu aspecto formal provém da doutrina político-liberal. O mesmo matiz liberal, que consagra a autoridade suprema dos valores *vida, propriedade e liberdade* – componentes do *devido processo legal* – também responde pela igualdade formal, pelo Direito Penal ocupado sobremaneira com a propriedade, pela neutralidade judicial, pela valorização de um processo judicial orientado pelo predomínio da segurança e da verdade, por um direito de defesa ritual, pelo apego à vontade do legislador e à legislação etc.

Antes de se ocupar das críticas, compete examinar-se a formação dos elementos que deram feição ao processo judicial liberal, cujos traços – ainda encontrados na contemporaneidade²⁵ – serão mais tarde objeto de nosso julgamento.

A compreensão da origem teórica do Estado Liberal e da sua relação com o *devido processo legal*, intimamente unido à tríade propriedade, liberdade e vida, depende do exame da teoria de John Locke (1632–1704), cuja obra *Segundo Tratado sobre o Governo* (1690) difunde os elementos estruturantes do modelo capitalista. Locke percebe o estado de natureza como uma situação de igualdade plena entre os homens, sem espaço a qualquer subordinação entre eles²⁶. No entanto, como a lei natural pode ser executada por todos, porque todos são iguais, o direito de punir também cabe a todos os homens²⁷, tornando-se ela a aflição de viver em tal estado. Embora o homem nascesse capaz de gozar todos os direitos, tendo o direito “de

²⁴ Cf. SILVEIRA, Paulo Fernando. “Devido Processo Legal (Due Process of Law)”. 3ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 21; SALDANHA, Nelson. “Formação da Teoria Constitucional”. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 53.

²⁵ Esparsamente, empregamos pós-modernidade como sinônimo de contemporaneidade. Embora tal emprego se faça rigorosamente impróprio, entendemos admissível por não comprometer o objeto central da discussão.

²⁶ “Segundo Tratado sobre o Governo Civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil”. 4ª ed., Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 2006, p. 83.

²⁷ *Ibid*, p. 85.

preservar a sua vida, a liberdade e as posses contra os ataques de outros homens”, no estado de natureza também lhe cabia o poder “de julgar e punir as infrações dessa lei pelos outros”²⁸.

E por qual motivo o homem prefere unir-se em sociedade, quando no estado de natureza encontra-se absolutamente livre e senhor de suas posses? Como responde Locke, ocorre que, no estado de natureza o homem é livre, mas os outros também o são, razão pela qual o exercício de sua propriedade se torna muito mais inseguro do que se estivesse em sociedade. Deste modo, o homem estabelece a sociedade para a “salvaguarda mútua de suas vidas, liberdades e bens”²⁹.

Portanto, enquanto, no estado de natureza, os homens são iguais, em sociedade, os homens se tornam diferentes pela propriedade, mas devem se submeter a um juiz equânime³⁰. Mesmo sendo a sociedade o único modo pelo qual o homem perde sua liberdade³¹, ainda assim se põe mais vantajoso viver nela, subordinado às suas leis³². Segundo a nova ordem, o homem não pode fazer o que desejar, senão o que for possível nos devidos termos da lei³³.

Como, no estado de natureza, os homens têm o poder de cumprir as leis naturais e de punir individualmente os crimes contra esta lei³⁴, as aflições ocorrem porque falta um juiz equânime e imparcial. Como todos são juízes, todos estão sujeitos às paixões³⁵ e somente têm a própria força para executar a lei da natureza, em função de que o homem se une em sociedade para se tornar mais forte, com o intuito de assim proteger a liberdade, a vida e a propriedade³⁶. Se não fossem os homens degenerados, não havia necessidade de eles saírem do estado de natureza³⁷.

²⁸ Ibid, p. 132. Outra passagem, advoga o autor que nenhum homem "deve lesar o outro em sua vida, sua saúde, sua liberdade ou seus bens" (op. cit., p. 84).

²⁹ Ibid, p. 156.

³⁰ Segundo afirma Locke, juízes imparciais e íntegros “irão decidir as controvérsias conforme estas leis [do Legislativo]; e só deve empregar a força da comunidade, em seu interior, para assegurar a aplicação destas leis, e, no exterior, para prevenir ou reparar as agressões do estrangeiro” (op. cit., p. 159).

³¹ Ibid, p. 139. Montesquieu também acreditava que a igualdade termina com o homem em sociedade (“O Espírito das Leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo”. Trad. Pedro Vieira Mota. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 81).

³² Como sustenta Locke, “a liberdade consiste em não se estar sujeito à restrição e à violência por parte de outras pessoas” (op. cit., p. 53).

³³ Conforme expõe Vladimir da Rocha França, sob o ponto de vista da doutrina de Locke, os homens renunciam em favor da sociedade dois poderes elementares ao estado da natureza, nomeadamente, o poder de fazer tudo segundo o seu arbítrio, submetendo-se à lei; e o poder de punir os atentados à sua vida e aos seus bens, transferindo tal responsabilidade ao Estado (Um Estudo sobre a Relação entre o Estado e a Propriedade Privada a partir de John Locke. “Revista de Informação Legislativa”. Brasília: Senado Federal, n. 148, out./dez, p. 183-195, 2000, p.193).

³⁴ LOCKE, John. Op. cit., p. 159.

³⁵ Ibid, p. 157.

³⁶ Ibid, p. 165.

³⁷ Ibid, p. 157.

Em John Locke (1632–1704), tanto a instituição da propriedade como o Poder Legislativo desfrutavam de caráter absoluto. De um lado, o vigor da propriedade impede o estabelecimento de uma malha de direitos fundamentais, fundado num sistema de igualdade material. Por outro, a superioridade do Legislativo obstrui de fato a tripartição material dos poderes³⁸.

Locke não nega a diferença entre os homens, quer por razões de idade ou de proeminência³⁹. Assim, em sociedade, cada um abre mão de seu direito natural em favor da comunidade, excluindo do particular o poder de julgar arbitrariamente⁴⁰. Agora, é o poder de legislar da comunidade que fixa o castigo. Destarte, somente existirá uma sociedade política quando cada indivíduo abdique o poder de punir em favor da comunidade. Como conclui o pensador inglês, os homens saem do estado de natureza quando escolhem um juiz para resolver suas demandas; e “este juiz é o legislativo”⁴¹.

Apesar de a lei da natureza ser clara, em sociedade precisa haver uma lei que diga o que é justo, resolvendo as controvérsias entre eles⁴². É nisto que reside a origem do poder legislativo e executivo. No Estado Liberal, a lei surge como um importante fator de igualdade formal, dando início a um lento processo de inflação legislativa, um dos flagelos da contemporaneidade. Acredita Locke que o Legislativo recebe o poder do povo e como tal não tem a capacidade de transferir-lhe a terceiros⁴³ ou de utilizá-lo para escravizar, destruir ou empobrecer o cidadão⁴⁴. Enquanto o autor inglês alimenta a crença do juiz como figura nula e pressionado a interpretar a lei literalmente, esboça-se a divisão dos poderes com realce para o Legislativo e, em menor grau, para o Executivo⁴⁵.

De acordo com essa teoria liberal nascente, o Estado se organiza com o propósito elementar de proteger a propriedade, direito cuja posição se destaca mesmo em relação à

³⁸ Hodiernamente, a propriedade depende de uma justificativa, não mais cabendo reconhecê-la como um direito natural absoluto, tal qual proclamava Locke. Na sociedade global, a sua função da propriedade deve ser uma resposta à concentração de bens, que ameaça a estrutura social, diante das zonas rurais e urbanas de permanente tensão, motivo pelo qual urge democratizar o acesso à propriedade, “assegurando a manutenção e a estabilidade do sistema capitalista” (FRANÇA, Vladimir da Rocha. Op. cit., p. 194). Não contraditoriamente, a salvaguarda da propriedade está em sua divisão social. ³⁹ LOCKE, John. Op. cit., p. 114.

³⁹ LOCKE, John. Op. cit., p. 114.

⁴⁰ Ibid, p. 132.

⁴¹ Ibid, p. 134.

⁴² Ibid, p. 156.

⁴³ Ibid, p. 168.

⁴⁴ Ibid, p. 163-164.

⁴⁵ Ibid, p. 171. Para o autor, o Poder Legislativo é o poder supremo da comunidade (LOCKE, John. Op. cit., p. 162).

vida⁴⁶. Assim, sem o consentimento do povo – obtido pelo estabelecimento de leis realizadas pelos representantes do povo⁴⁷ – a propriedade não pode ser atingida de qualquer modo, nem mesmo pela imposição de impostos. Conseqüentemente, o Poder Legislativo é o poder supremo, e todos os demais poderes a ele se subordinam, cabendo-lhe a função de julgar todos os desvios⁴⁸. No entanto, a severidade da lei pode ser compensada pela clemência do Executivo, por motivo de que até criminosos devem ser poupados, “quando se pode provar que os inocentes não foram prejudicados” por eles⁴⁹.

2.3. A justificação do direito de resistência, fundamento primário da garantia de defesa no Estado Liberal. A feição do processo liberal. O direito de defesa e o contraditório como instrumentos liberais de limitação do arbítrio judicial

De fato, a propriedade potencializa a necessidade de criar um sistema teórico contra o abuso de poder, capaz de ultrapassar as barreiras do esforço físico individual, ou seja, que leve a defesa antropológica para o campo político. Assim, temos por certo que a teorização do direito de resistência, como um aprimoramento da defesa antropológica, vem a cabo com o desenvolvimento da complexidade dos conflitos resultantes da propriedade.

Dentro de tal quadro, coube a John Locke (1632–1704) a teoria moderna do direito de resistência. É este filósofo quem associa o direito de resistir à limitação do poder do soberano. Concebendo a teoria da resistência como limite aos poderes do Estado, dá-se passagem, evidentemente, para o Estado Liberal restringir o poder de punir. Assim, a resistência seria a última salvaguarda dos direitos políticos (vida, liberdade e propriedade)⁵⁰. Para Locke, a sociedade renuncia todos os demais direitos do estado de natureza em favor do

⁴⁶ Locke afirma que o conquistador tem direito sobre a vida do conquistado, mas não sobre o patrimônio (op. cit., p. 129). Em uma decisão de 1823, o Justice Marshall decidira que a descoberta dos Estados Unidos da América, enquanto ocorrida por conquista, deveria assegurar que o conquistado não seja levemente oprimido e que a sua condição dependa da sua escolha, incorporando-se os conquistados à nação vitoriosa (“Decisões Constitucionais de Marshall”. Trad. Américo Lobo. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 220).⁴⁷ Cf. LOCKE, John. Op. cit., p. 168.

⁴⁷ Cf. LOCKE, John. Op. cit., p. 168.

⁴⁸ Ibid, p. 174.

⁴⁹ Ibid, p. 181. Para que haja uma renovação do consentimento, o filósofo advoga um legislativo formado por representantes do povo e com mandato provisório, devendo sempre atuar em defesa da vida, da propriedade e da liberdade do povo (LOCKE, John. Op. cit., p. 221). Os mesmos princípios também se aplicam ao Executivo (LOCKE, John. Op. cit., p. 222). Aqui ainda não se distingue um Judiciário autônomo, estando este Poder confinado à aplicação estrita da lei.

⁵⁰ BUZANELLO, José Carlos. “Direito de Resistência Constitucional”. 2ª. ed., Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p. 60.

governo, excetuando-se apenas o direito de resistência⁵¹. Deduz-se, com efeito, que esta é justamente a sua novidade teórica. Isto porque Thomas Hobbes (1588–1679) considerava o contrato social indissolúvel e, conseqüentemente, impossível de sofrer alguma oposição. Já em Locke, a resistência pode ser interposta ao governo sempre que ele não cumprir a promessa de proteger os direitos individuais⁵². Assim, faculta-se ao cidadão o poder de desobedecer, ou seja, de resistir frente à lei injusta.

Em ritmo semelhante, Rousseau (1712–1778) entende que a necessidade da propriedade advém do instinto primitivo de subsistência⁵³, de onde, certamente, também provém o nosso ânimo antropológico de defesa. Unidos em sociedade, os homens se tornam desiguais e, logo, os mais fortes e habilidosos se sobressaem, até que o homem livre passa a ser escravo de outro homem⁵⁴.

O poder precisa ser contido, em função de que Locke teoriza o direito de resistência. Na acepção deste filósofo, o Estado forma-se a partir do consentimento do povo, porquanto a autoridade do rei somente se aplica por meio de sua vontade (da lei)⁵⁵, competindo ao povo o julgamento dos governos, porque, como escreve, "cada homem é juiz de si mesmo ao decidir quando outro se colocou em estado de guerra com ele"⁵⁶. Como o príncipe não está acima das leis naturais, é do poder soberano do povo que surge o direito de resistência, de onde provém o fundamento mais elementar da garantia de defesa.

⁵¹ Ibid, p. 63.

⁵² Ibid, p. 64.

⁵³ "Discurso sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens; Discurso sobre as Ciências e as Artes". V. 2, Trad. Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultura, 2000, p. 75 e 87.

⁵⁴ Ibid, pp. 96 e 97. A desigualdade causada pela propriedade foi explorada pelos autores socialistas. Engels (1890–1895) mostra que, em Atenas, quando a terra então havia se tornado propriedade privada, se inicia a divisão do povo em classes, de modo que as famílias mais ricas começam a ostentar certos privilégios sociais ("A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado". Trad. Ciro Mioranza. São Paulo: Escala, s.d., pp. 118-9). São palavras de Marx e Engels: "Divisão do trabalho assim como propriedades privadas, são expressões idênticas: pois na primeira se enuncia em relação à atividade aquilo que se enuncia na última em relação ao produto dessa atividade" ("A Ideologia Alemã". Trad. Frank Müller. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 59). Segundo estes autores, a primeira forma de propriedade é a tribal; depois se tem a propriedade comunal (reunião de varias tribos em uma única cidade) e, em seguida, surge a propriedade feudal ou estamental (MARX; ENGELS. Op. cit., pp. 47-48). Seguindo esta linha de raciocínio, a Justiça, para Nietzsche, estabelece-se num ambiente de confronto, porque os homens estão em permanente estado de comparação. À luz do pensamento desse filósofo, Eduardo Rezende Melo explica que a relação de confronto e comparação aparece primeiramente entre o comprador e o vendedor, instante em que "uma pessoa defronta-se com a outra, precisando medir, estabelecer preços, medir valores, imaginar equivalências, e todo esse procedimento constitui o que hoje chamamos pensamento" (MELO, Eduardo Rezende. "Nietzsche e a Justiça: crítica e transvalorização". São Paulo: Perspectiva, FAPESP, 2004, p. 137).

⁵⁵ LOCKE, John. "Segundo Tratado sobre o Governo Civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil". 4ª ed., Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 2006, p. 209.

⁵⁶ Ibid, p. 233.

Nesse passo, Rousseau concebe o corpo político como resultante de um contrato, onde as partes dispõem mutuamente, de modo que a liberdade comum exige o sacrifício de parte da liberdade individual⁵⁷. Para tanto, todos devem estar subjugados à lei, em função da qual cabe a um magistrado assegurar sua obediência⁵⁸. O filósofo percebe a vida e a liberdade como bens indisponíveis⁵⁹.

Em última análise, o direito de resistência nada mais é do que o direito de defesa aplicado às arbitrariedades dos poderes, o que legitima o direito às rebeliões em casos de abusos de poder⁶⁰. Para esse efeito, o direito às rebeliões promana da ação de quem originalmente invadira o direito do próximo, não tendo cabimento responsabilizar quem defende o próprio direito⁶¹, ou seja, quem se opõe à injustiça e ao abuso dos governos⁶². Como manifesta o filósofo, as vítimas têm o direito de defesa contra qualquer força ilegítima⁶³.

O direito de defesa remonta ao instinto antropológico que possui o homem para reagir contra as adversidades. Locke teoriza, justamente, este instinto de reação naturalística, fazendo-o incorporar aos textos constitucionais como uma garantia do cidadão contra o arbítrio do Estado.

O direito de resistência justifica, portanto, a destituição de um governante ou a declaração de guerra contra alguma ameaça externa⁶⁴. A propósito, veja-se que o direito de resistência do mesmo modo se exerce contra o magistrado, quando ele violar as leis, mas, nesse caso, Locke não menciona os mecanismos pelos quais se verificaria a contraposição⁶⁵. De qualquer modo, não há dúvida de que o contraditório e, naturalmente, o direito de defesa relevam-se como meios adequados ao controle das ilegalidades e, neste sentido, significam

⁵⁷ ROUSSEAU, Jean-Jacques. Op. cit., pp. 103 e 107.

⁵⁸ Ibid, p. 108. Conclui Rousseau: "...sendo quase nula a desigualdade no estado de natureza, deve sua força e seu desenvolvimento a nossas faculdades e aos progressos do espírito humano, tornando-se, afinal, estável e legítima graças ao estabelecimento da propriedade e das leis. Conclui-se, ainda, que a desigualdade moral, autorizada unicamente pelo direito positivo, é contrária ao direito natural sempre que não ocorrer, juntamente e na mesma proporção, com a desigualdade física – distinção que determina suficientemente o que se deve pensar, a esse respeito, sobre a espécie de desigualdade que reina entre todos os povos policiados, pois é manifestamente contra a lei da natureza, seja qual for a maneira por que a definamos, uma criança mandar num velho, um imbecil conduzir um sábio, ou um punhado de pessoas regurgitar superfluidades enquanto à multidão faminta falta o necessário" (op. cit., p. 116).

⁵⁹ Ibid, p. 106.

⁶⁰ LOCKE, John. Op. cit., p. 222.

⁶¹ Ibid, p. 223. Noutra passagem, fixa Locke que "aquele que pode resistir deve ter o direito de lutar" (op. cit., p. 228). Por isto, mesmo tendo apenas poucas moedas de centavos na bolsa, o autor justifica o direito de matar quem lhe vem tomar a importância de assalto (LOCKE, John. Op. cit., p. 210).

⁶² Ibid, p. 208.

⁶³ Ibid, p. 210.

⁶⁴ BUZANELLO, José Carlos. Op. cit., p. 67.

⁶⁵ Ibid, p. 68.

um desdobramento do direito de resistência conferido a qualquer cidadão contra o abuso do poder público.

É assim que se inicia a técnica processual de resistência no processo judicial liberal. Se pararmos para pensar, o direito de resistência guarda em si um aspecto contraditório, na medida em que tanto garante a contrariedade das normas vigentes como, ao mesmo tempo, assegura a efetividade do direito válido⁶⁶. Desta forma, no Estado Constitucional, tornar-se-á a garantia de defesa um precioso mecanismo para pôr a validade da lei à prova.

No entanto, a limitação do poder judicial não se resume apenas à possibilidade de contraditório no processo. O Estado Liberal conserva consigo outros mecanismos contra o arbítrio judicial.

Sem dúvida, a teoria sobre a liberdade civil foi o legado mais expressivo do Estado Liberal contra o abuso de poder⁶⁷. Mas, para entender como o liberalismo constrói o significado da liberdade civil, é preciso explicar como a *liberdade* se sobressai vitoriosa de sua luta com a *autoridade*, ou melhor, mostrar como a liberdade se sobrepõe ao governo político, limitando-o.

Para conter o abuso, o liberalismo recorre não somente a processos eletivos, mas principalmente às liberdades civis⁶⁸, as quais se constituem limites políticos ao governo. O desrespeito a esses marcos precipitam o risco das revoltas populares. Por conseqüência, os direitos civis se estabelecem essencialmente como protetores da liberdade individual⁶⁹. Esses direitos devem abrigar a liberdade do indivíduo contra o abuso do Estado, de tal forma que são reconhecidos como *direitos de defesa* do cidadão perante o Estado⁷⁰. Aqui não se deve pensar em direito de defesa no sentido estrito, como uma mera reação exercida no processo judicial. Assim, Alexy classifica os direitos fundamentais como (I) direitos de defesa e (II) direitos a prestações. Enquanto aqueles são próprios do Estado Liberal e exigem uma ação estatal negativa, os outros reclamam uma ação positiva⁷¹.

Segundo os direitos de defesa, o Estado (I) não pode impor obstáculos a determinadas ações do titular; (II) não deve afetar determinadas situações ou propriedades do

⁶⁶ FERRAJOLI, Luigi. "Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal". Trad. Ana Paulo Zomer et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 755.

⁶⁷ A teoria da liberdade não deve ser confundida com a liberdade natural (pura e simples).

⁶⁸ MILL, Stuart. "Ensaio Sobre a Liberdade". Trad. Rita de Cássia Gondim Neiva, São Paulo: Escala, 2006, p. 18.

⁶⁹ ALEXY, Robert. "Teoria de los Derechos Fundamentales". Sem tradutor mencionado. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 63.

⁷⁰ Ibid, p. 148.

⁷¹ Ibid, p. 188.

titular do direito e (III) não deve eliminar determinadas posições jurídicas do titular do direito, como, por exemplo, a condição de proprietário⁷². De modo genérico, percebe-se que a propriedade surge como uma preocupação essencial do liberalismo, estando assim presente no cerne de seus direitos fundamentais. Assim, o liberalismo não ignora o processo como instrumento capaz de ameaçar a propriedade, o que deve justificar a adoção de mecanismo de limitação.

Graças ao Estado Liberal, começa-se a pensar que não cabe ao governo interferir em assuntos estritamente pessoais, que não digam respeito às suas funções⁷³. A sociedade deve reagir conforme o grau de interferência do ato em seu ambiente. Por isso, conforme completa Stuart Mill (1806–1873), o governo não precisa exercer funções desnecessárias⁷⁴, assim como também não deve intrometer-se em assuntos que o indivíduo esteja mais capacitado para resolver⁷⁵. É assim que nasce o embrião do princípio da intervenção mínima como um critério de limitação da interferência penal do Estado.

Ao menos o Estado Liberal admite que se deva deixar o homem pensar, muito embora, por outro lado, isto não tenha o mesmo sentido para o juiz, de quem se espera uma postura neutra e passiva. Sem crítica, o pensamento congela. O liberalismo credita um elevado grau de tolerância para com a liberdade de expressão, mesmo que implique a manifestação de pensamentos divergentes da vontade majoritária⁷⁶.

No entanto, a liberdade de expressão não autoriza que cada um possa viver conforme entenda. A sociedade liberal continua impondo seus próprios valores à minoria. O avanço dá-se porque já não se deseja regulamentar todos os aspectos da vida privada⁷⁷, abrindo espaço à compreensão de que o Estado não pode e não precisa interceder em tudo. Desta forma, o liberalismo desarma-se para as opiniões divergentes, entendendo a importância do debate contraditório. Antes de qualquer coisa, acredita-se que o progresso do homem deve basear-se numa sociedade fundada sobre valores que respeitem a alternância das idéias, maneira pela qual cabe assegurar que o pensamento dominante não seja compreendido como o julgamento final.

Por conseguinte, no processo de matiz liberal, a igualdade restringe-se ao caráter meramente formal, apenas cabendo ao juiz o ofício de extrair da lei o sentido claro que dela

⁷² Ibid, pp. 189; 193.

⁷³ MILL, Stuart. "Ensaio Sobre a Liberdade". Trad. Rita de Cássia Gondim Neiva, São Paulo: Escala, 2006, p. 118.

⁷⁴ Ibid, p. 151.

⁷⁵ Ibid, p. 150.

⁷⁶ Ibid, pp. 30-1.

⁷⁷ Ibid, p. 32.

procede. O papel inerte do juiz se consolida por meio de mecanismos próprios que o separavam dos Poderes Legislativo e Executivo, razão pela qual este agente tanto não podia ultrapassar os limites do sentido literal do texto legal, como não se lhe conferiam poderes para inovar métodos executivos de suas decisões. Assim, o processo de execução se aparta do processo de conhecimento, isto é, o poder de julgar separa-se do de executar o julgamento⁷⁸, cerrando as possibilidades de igualdade material.

O ideal do Estado Liberal clássico tem como objetivo a proteção do indivíduo contra o arbítrio do Estado. Como forma de contenção, o processo judicial precisa fundar-se na certeza do direito e na busca da verdade, o que esgota as chances em torno de decisões materialmente efetivas. Com efeito, o direito de defesa e o contraditório surgem como instrumentos liberais de limitação do arbítrio judicial⁷⁹. A execução somente poderia acontecer depois de superados os obstáculos do direito de defesa (em sentido estrito), porque somente ele permitia a obtenção da certeza e da verdade.

Como veremos, o equívoco da teoria clássica foi justamente acreditar na capacidade de alcançar-se a *verdade* e a *justiça* por intermédio de um procedimento pautado pelo contraditório⁸⁰.

2.4. A transcendência do devido processo legal de estirpe estadunidense e a sua relação com a garantia de defesa

Existia uma distinção política entre as declarações britânicas firmadas na Idade Média e as que tiveram palco na Modernidade. Naquelas, predominava a natureza contratual e consuetudinária dos direitos instituídos, sempre voltados à proteção de uma classe; nestas, os direitos se firmam racionalmente, não apenas porque historicamente conquistados por uma classe, mas – o que é mais importante – porque assegurados a todos os cidadãos de um Estado⁸¹.

Com razão, sem esquecer o contributo das declarações medievais, Jose Castan Tobeñas aponta como ponto de partida para as declarações constitucionais, em especial, a do

⁷⁸ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. “Técnica Processual e Tutela dos Direitos”. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 39.

⁷⁹ Ibid, p. 45. Mais adiante, teremos oportunidade de observar que a garantia de defesa reaparece com a mesma feição depois da Segunda Grande Guerra.

⁸⁰ LUHMANN, Niklas. “Legitimação pelo Procedimento”. Trad. Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980, p. 23.

⁸¹ TOBEÑAS, Jose Castan. “Los Derechos del Hombre”. 4ª. ed., Madrid: Reus, 1992, p. 118.

Estado da Virgínia e a francesa de 1789⁸². É a partir destas duas declarações e da Constituição Americana de 1787, consagrantes efetivamente do *devido processo legal*, que se reconhece o padrão de uma constituição moderna, ou seja, de um documento legal superior, sistematicamente estruturado, escrito com o objetivo de fundar direitos e garantias, organizar e limitar o poder político⁸³.

O momento primordial do constitucionalismo moderno advém com a Declaração dos Direitos do Estado norte-americano da Virgínia, de 12 de junho de 1776. Expõe-se, pioneiramente, que toda autoridade pertence e deve emanar do povo, reconhecendo ainda a igualdade e independência de todos os homens, depositários de direitos certos, essenciais e naturais inalienáveis, tais como o direito à vida, à liberdade, à propriedade e à segurança. A Declaração rompe o modelo de Estado medieval personificado, na medida em que condena a transmissão de qualquer título aos descendentes, razão pela qual o acesso aos poderes legislativo e executivo, estruturados separadamente da autoridade judiciária, deverá ocorrer por eleição, a todos sendo permitido o direito ao sufrágio.

No âmbito penal, a Declaração da Virgínia, rememorando ideais consagrados desde a Carta Magna do séc. XIII, reflete elevados dogmas humanistas. Consagra a irretroatividade da lei penal e reconhece os direitos à prova e à defesa, exercidos por meio de processo célere perante um Júri local imparcial. Aplainando as garantias processuais, a liberdade do indivíduo somente será restringida pelo julgamento de seus pares e de acordo com a lei da terra (*law of the land*)⁸⁴, sem favorecimento à auto-incriminação ou às buscas e apreensões inespecíficas quanto ao lugar, às pessoas ou coisas que devam ser arrestadas. Proíbem-se, finalmente, cauções ou multas excessivas, penas cruéis ou desusadas e ordens de prisão sem suficientes provas, sob efeito de ser tida esta constrição como vexatória e opressiva⁸⁵. Entre tantos outros direitos, em uma só palavra, a Declaração releva a *liberdade*, ainda com destaques à liberdade de imprensa e de consciência religiosa.

Contudo, a composição da medida moderna do *devido processo legal*, sob a tríade vida, liberdade e propriedade, somente advém pela Declaração do Estado de Maryland, de 3 de novembro de 1776. O seu inciso XXI assenta, cabalmente, que nenhum homem perderá a

⁸² Ibid, p. 119.

⁸³ CANOTILHO, J. J. Gomes. “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”. Coimbra: Almedina, 1998, p. 47. Ainda sobre esta distinção, cf. MACIEL, Adhemar Ferreira. “Due Process of Law”. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). “Perspectivas do Direito Público: estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes”. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 409.

⁸⁴ A expressão *law of the land* é uma tradução da antiga expressão latina *legem terrae* (cf. HOYOS, Arturo. “El Debido Proceso”. Santa Fe de Bogotá/Colombia: Temis, 1998, p. 10). A cláusula n. 8 dessa Declaração determina princípios que compõem a base do sistema acusatório moderno.

⁸⁵ O texto da cláusula n. 9 veda punições excessivas.

vida, a liberdade ou a propriedade sem o julgamento de seus pares e segundo a lei da terra (*by the law of the land*)⁸⁶. As Declarações dos Estados da Carolina do Norte (1776), de Vermont (1777), de Massachusetts (1780) e de New Hampshire (1784), igualmente, incorporaram essa trílice divisão em seus textos. Do mesmo modo, a quinta e a décima quarta emendas congregaram à Constituição dos Estados Unidos da América que ninguém poderia ser privado da vida, da liberdade e da propriedade sem obediência à cláusula do devido processo⁸⁷.

Dessarte, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 2 de outubro de 1789, proclama a igualdade entre os homens. Neste desiderato, ajusta a conservação dos seus direitos naturais e imprescritíveis – especialmente os da propriedade e da liberdade –, a ninguém sendo obrigado fazer algo, exceto o que ordenado pela lei. Refuta-se aqui o modelo personificado de Estado, porquanto o acesso aos cargos públicos situa-se em razão do mérito individual. No âmbito penal, são firmados os princípios básicos da proporcionalidade estrita, da isonomia, da anterioridade, da legalidade⁸⁸, da presunção de inocência⁸⁹ e do *devido processo legal*⁹⁰.

Assim, o *devido processo legal* desponta como um marco histórico de proteção individual, originalmente situado como um limite ao poder absoluto. Por isso, este princípio se torna o instrumento mais eficaz de limitação ao poder punitivo, evoluindo não como algo acabado, mas em perene processo de aperfeiçoamento. Trata-se, assim, de uma garantia fundamental, asseguradora do cumprimento dos demais direitos fundamentais, não apenas

⁸⁶ NERY JÚNIOR, Nelson. "Princípios do Processo Civil na Constituição Federal". 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 28.

⁸⁷ O texto da quinta emenda é o seguinte: "Ninguém será obrigado a responder à acusação de crime capital ou outro igualmente infamante, se não for em virtude de denúncia ou diligências providas de um grande júri, a menos que se trate de casos acontecidos nos exércitos da terra e do mar ou na polícia, quando esta é convocada ao serviço ativo em tempo de guerra ou de perigo público; ninguém poderá pelo mesmo crime ser exposto duas vezes ao risco de perder a vida ou de ter o corpo molestado; em nenhum caso criminal se poderá forçar alguém a testemunhar contra si mesmo e tampouco ser privado da vida, da liberdade ou de seus bens sem um procedimento legal. Nenhuma propriedade privada será tomada para uso público sem uma indenização justa" (BRANDÃO, Adelino. "Os Direitos Humanos: antologia de textos históricos". São Paulo: Landy, 2001, p. 88). A primeira seção da décima quarta emenda estende aos Estados a aplicação do devido processo legal.

⁸⁸ Em vernáculo, art. 8º prescreve: "A lei só deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias, e ninguém pode ser punido por outra razão fora uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada" (BRANDÃO, Adelino. Op. cit., p. 45).

⁸⁹ Em vernáculo, o art. 9º: "Uma vez que todo homem é supostamente inocente até ser declarado culpado, se se julga indispensável prendê-lo, qualquer rigor que não seja necessário para essa prisão deve ser severamente reprimido pela lei" (BRANDÃO, Adelino. Op. cit., p. 45).

⁹⁰ Em vernáculo, o art. 7º expressa o seguinte: "Nenhum homem pode ser acusado, preso ou detido a não ser nos casos determinados pela lei e segundo as formas que ela prescreve. Aqueles que solicitam, expedem, executam ou mandam executar ordens arbitrárias devem ser punidos; mas todo cidadão, convocado ou preso em nome da lei, deve obedecer imediatamente; a resistência o torna culpado" (BRANDÃO, Adelino. Op. cit., p. 44).

impedindo o Estado de limitar liberdades, porém ainda impondo-lhe o cumprimento de prestações positivas em relação ao processo⁹¹.

Portanto, as decisões do Estado-Juiz não se legitimam pela busca da verdade real, mas pelo cumprimento do *devido processo legal*⁹², cujo âmago diz respeito ao dever de se garantir a defesa a quem esteja prestes a sofrer limitação na ordem de sua vida, liberdade ou propriedade. O direito de defesa inclui-se dentre os elementos nucleares do *devido processo legal*, sendo ela própria um limite às ações arbitrárias, interferências desnecessárias ou mesmo erros judiciais⁹³.

Urge que o *devido processo legal* não é um direito ao *procedimento penal*. Cabe buscar elementos em favor de um processo devido, capaz de satisfazer as garantias individuais. Vale dizer, oportunamente, que não se confunde o *procedimento penal* com o *processo penal*. Aquele é o rito que dita a continuidade do processo. Este se constitui por todos os atos realizados pelas partes, a fim de solucionar o conflito. Os atos do processo são praticados em conformidade com as formas e prazos legais, ou seja, de acordo com um procedimento legal. Muito mais do que isso, o processo penal qualificado e constitucionalizado, ou melhor, o *devido processo penal* materializa-se instrumento de uma lógica dialética, nutrida pelas amplas razões das partes envolvidas, em direção à construção de um resultado coletivo chamado *sentença*. Imperioso romper, assim, o dogma de que o juiz sentencia sozinho, porque a sentença é produto das partes⁹⁴.

Todas as instâncias penais nutrem-se do *devido processo legal*. Durante o transcurso do processo ou mesmo antes de iniciada a ação penal, impõe-se guarita a todas as garantias penais inerentes aos direitos humanos, tais como juiz natural, prazo razoável, ampla defesa, contraditório, fundamentação das decisões judiciais, recorribilidade das decisões, assistência jurídica etc. Trata-se, pois, o *devido processo legal* de um macroprincípio ou sobreprincípio fundamental repositório das garantias essenciais à obtenção de um processo penal efetivo, entendido como tal não um processo que objetiva condenar ou absolver, mas que atenda às categorias historicamente construídas pelos Direitos Humanos.

Em poucas palavras, o princípio do devido processo é um núcleo sintético que congrega a essência dos princípios estruturantes do processo judicial. Portanto, os subprincípios que o compõem não devem ser interpretados isoladamente. O *due process of*

⁹¹ HOYOS, Arturo. "El Debido Proceso". Santa Fe de Bogotá: Temis, 1998, p. 4.

⁹² Ibid, pp. 7 e 16.

⁹³ Ibid, pp. 89 e 23.

⁹⁴ BORGES, José Souto Maior. "O Contraditório no Processo Judicial (Uma Visão Dialética)". São Paulo: Malheiros, 1996. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 26.

law não é apenas um revestimento superficial; ele impregna ontologicamente o processo, recobrando a liberdade individual contra os desproporcionais ataques estatais. De logo, convém dizer que este princípio atua por meio da ampla defesa e de uma série de outros subprincípios. Porém, nem por isto, como adverte Humberto Ávila, torna-se aquela cláusula constitucional supérflua, porque serve de elo entre todas as demais garantias⁹⁵.

Por essas razões, não tem cabimento estabelecer distinção entre a ampla defesa e o contraditório. Assim como o contraditório está implícito na ampla defesa⁹⁶, ela se incorpora àquele, não havendo que separar ou deduzir critérios de classificação de um ou de outro direito. No plano processual, como define Frederico Marques, a defesa caracteriza-se pelo direito de "resistência transformada em contrariedade à pretensão do autor"⁹⁷. A ampla defesa e o contraditório unem-se como componentes indissolúveis do *devido processo legal*⁹⁸, não ocorrendo justificativa prática para estabelecer a divisão entre esses princípios. E isso, insista-se, é o motivo pelo qual "não existe direito à ampla defesa sem procedimento contraditório, como também não se compreende este sem a defesa plena"⁹⁹. Desde já, é preciso advertir que a garantia de defesa acolhe um sentido aberto, que abrange o contraditório e, ao mesmo tempo, se submete à transcendência do *devido processo legal*.

Aury Lopes Jr. chega a apontar uma utilidade para a distinção entre o direito de defesa e o contraditório. Conforme explica, o direito de defesa pode ser violado sem que necessariamente também o seja o contraditório, como acontece quando se restringe o acesso a instrumentos processuais. Mas, como afirma mais adiante o mesmo autor, esta "distinção teórica fica isolada diante da realidade do processo"¹⁰⁰.

Depois de emprendermos a trajetória histórica do *due process of law*, percebendo-se a sua substância humana secular, compreende-se que este princípio não se define. O seu conteúdo patenteia os valores superiores de igualdade e liberdade, dentro de um núcleo rígido chamado garantia de defesa. Assim, é preciso versar sobre a garantia de defesa atentando em sua interligação com o *devido processo legal* e, sobretudo, sem deixar de ignorar a sua indivisível junção com o contraditório. Contudo, somente a partir da Escola Clássica, será

⁹⁵ "Teoria dos Princípios: da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos". 4ª ed., São Paulo, Malheiros, 2005, p. 79. No Brasil, o devido processo legal ainda carece de uma compreensão plena, capaz de nortear a cognição penal sob o império das garantias, submetendo ao seu conteúdo os demais subprincípios processuais.

⁹⁶ MARQUES, José Frederico. "Elementos de Direito Processual Penal". V. 1, Campinas: Bookseller, 1997, 4v, p. 87.

⁹⁷ Ibid, p. 341.

⁹⁸ Cf. MARQUES, José Frederico. Op. cit., p. 342.

⁹⁹ Ibid, p. 343.

¹⁰⁰ "Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional)". Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 232.

possível identificar o início da sistematização da defesa penal, já incorporada por todos os valores humanísticos historicamente conformados desde a Carta Magna.

Embora as garantias penais tenham sua origem na Antigüidade, por causa de seu obscurantismo durante a Inquisição, a reanimação delas coube, primeiro, à tradição inglesa e, depois, ao Iluminismo¹⁰¹. Assim, a garantia de defesa transcende à modernidade, proveniente da construção do conceito *due processo of law*, tendo, atualmente, no garantismo penal, a expressão maior dos valores ressoantes do Iluminismo. Dessa forma, não há como discordar de Eduardo Couture (1904–1956), quando afirma que a concepção do direito ao contraditório, na América Latina, provém da tradição anglo-saxão do *devido processo legal*¹⁰².

Pensamos, pois, que está claro o motivo pelo qual um projeto de Constituição para as províncias unidas da América do Sul preconizou, ainda em 1813, todas as garantias de um processo penal justo¹⁰³. Sem dúvida, este modelo de texto constitucional possibilitou que o *devido processo legal* fosse, definitivamente, incorporado pelo constitucionalismo latino-americano.

2.5. A Corte Marshall e o declínio da vontade legislativa: a reviravolta do devido processo legal. Uma abertura para o recrudescimento das políticas criminais

A supremacia da *vontade do legislador* está no seio da discussão do Estado de Direito desde a sua formação. No séc. XVIII, a filosofia racionalista dos iluministas engaja uma severa crítica ao direito consuetudinário, resíduo dos ideais absolutistas. É deste juízo que nasce, na França, o movimento pela codificação, cujo traço mais notável se dá em 1804 com a entrada em vigor do Código Civil napoleônico. À época, acreditava-se que os códigos deveriam cumprir a necessidade de se racionalizar o emaranhado legislativo traçado desde as monarquias absolutas, tornando o direito mais simples e acessível ao povo. Logo, como observa Norberto Bobbio (1909–2004), é com tal desiderato que os primeiros intérpretes do

¹⁰¹ FERRAJOLI, Luigi. "Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal". Trad. Ana Paulo Zomer et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 111.

¹⁰² Apud GUERRA FILHO, Willis Santiago. "Processo Constitucional e Direitos Fundamentais". 5ª ed., São Paulo: RCS, 2007, p. 46.

¹⁰³ Como prova, segue o texto do projeto que se refere ao direito de defesa: "En todos los procesos criminales gozará el reo del derecho de ser juzgado pronta y públicamente por un juez imparcial de la provincia, o distrito en que el crimen se haya cometido; el cual distrito habrá sido establecido por la ley; y de ser instruido de la naturaleza de la causa; de ser careado con los testigos que depongan contra él; y por último, de obtener órdenes compulsorias para que comparezcan testigos en su favor, y asista un abogado para su defensa" (VÁZQUEZ ROSSI, Jorge E. "La Defensa Penal". 4ª ed., Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni Editores, 2006, p. 78).

Código napoleônico instituem o princípio da *onipotência do legislador*, dogma da doutrina positivista¹⁰⁴.

É assim que a Escola da Exegese se consagra como uma tendência destinada a romper o arbítrio das decisões do antigo regime¹⁰⁵. A Escola pousa sobre a convicção de que as lacunas do sistema deveriam ser preenchidas pelo próprio ordenamento, não se permitindo o exercício do poder criador pelo juiz¹⁰⁶. Propõe-se, então, uma interpretação literal, passiva e mecânica do Código, mesmo porque a teoria da separação dos poderes impedia o juiz de criar o direito, função precípua do legislador¹⁰⁷. Como prossegue Bobbio, a interpretação literal possuía um cunho político, visto que a interpretação literal dava ao governo a possibilidade de conhecer previamente as decisões judiciais na solução das controvérsias¹⁰⁸.

O fato é que a Escola da Exegese decreta uma espécie de ditadura do modelo jurídico, em detrimento da hermenêutica, resumindo o direito apenas ao texto da lei. Com efeito, a exegese somente conhece um único método interpretativo, qual seja, o da busca da vontade do legislador¹⁰⁹.

Depois da Revolução Francesa, a burguesia liberal somente poderia conferir contínua sustentação aos seus ideais a troco do controle do poder decisório. Portanto, a ascensão da liberal-burguesia – ao cabo da legislação napoleônica – cria mecanismos de proteção da vontade popular, dentre os quais constava a não interferência judicial no processo de interpretação legal. Montesquieu difunde o conceito de um judiciário neutro, limitado a declarar o texto da lei, porque apenas haveria liberdade se o Estado não abusasse do poder. Para conter a tendência natural de abuso, o poder deveria frear o poder¹¹⁰; para tanto, fazia-se crucial a concepção de um Judiciário nulo, conduzido por um juiz incapacitado de invadir a esfera legislativa, ou seja, de exercer qualquer poder criador¹¹¹.

¹⁰⁴ BOBBIO, Norberto. "O Positivismo Jurídico: lições de Filosofia do Direito". Trad. Márcio Pugliesi; Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 73.

¹⁰⁵ ADEODATO, João Maurício. "Filosofia do Direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência (através de um exame da ontologia de Nicolai Hartmann)". São Paulo: Saraiva, 1996, p. 39.

¹⁰⁶ BOBBIO, Norberto. Op. cit., p. 74.

¹⁰⁷ Ibid, pp. 78-79.

¹⁰⁸ Ibid, p. 82.

¹⁰⁹ Como previne Bobbio, não se confunde aqui com a vontade real ou a vontade presumida do legislador. Unicamente no fim do século XIX, com o declínio da exegese, é que a vontade do legislador (em seu aspecto subjetivo) será sucedida pela vontade da lei, em que prevalece o aspecto objetivo. Na vontade real, verifica-se qual era a verdadeira intenção do legislador, embora não tenha sido esta expressa pelo texto da lei. Na vontade presumida, analisa-se diante do caso qual teria sido a vontade do legislador (BOBBIO, Norberto. Op. cit., p. 87).

¹¹⁰ "O Espírito das Leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo". Trad. Pedro Vieira Mota. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 165.

¹¹¹ Sobre o papel do Poder Judiciário: MONTESQUIEU, Charles de Secondat. Op. cit., pp. 27, 53, 168, 173, 180 e 204.

O paradigma liberal-individualista-legalista instalado desde então compõe o modelo do juiz formal-legalista (*montesquieuniano*), confinado à *boca que pronuncia a palavra da lei*. O intérprete *bouche de la loi* é um ser *inanimado*¹¹² que – não obstante os insuperáveis obstáculos – espera encontrar a vontade de quem produziu a lei, ou seja, limita-se a procurar, nos objetos interpretados, a etiqueta que lhes teria reservado o legislador. A justiça reduz-se ao silêncio, à neutralidade de uma suposta interpretação literal.

O juiz liberal-individualista-legalista, modelado como o intérprete autômato da Escola da Exegese, apenas pesquisa a vontade ou a intenção do legislador no texto da lei, mediante a adoção do método da interpretação literal. Entretanto, o legislador sempre veeja atrás de seu tempo, a catar e encontrar soluções apenas para os conflitos previsíveis ou existentes. Certamente, "o indivíduo que legisla é mais ator do que autor; traduz apenas o pensar e o sentir alheios, reflexamente às vezes, usando meios inadequados de expressão quase sempre"¹¹³. Definitivamente, o intérprete que se apega ao sentido do *texto escrito* da lei ou à vontade legalista não protagoniza a contemporaneidade¹¹⁴.

A idéia – estimulada pelo Estado legalista – de que os juizes deviam fidelidade ao povo e, como tais, deveriam submeter-se à vontade dos legisladores, predomina até o fim do séc. XIX, quando então começa a se degenerar, principalmente à vista da constatação da inexistência de um processo lógico de decisão judicial. Verifica-se que o método de interpretação literal não é capaz de permitir a extração do significado prévio depositado pelo legislador na lei.

Ainda no séc. XIX, durante a vigência da Escola da Exegese, Schopenhauer (1788–1860) levanta argumentos contrários à opinião de que o homem pode transmitir fidedignamente as suas idéias pela palavra. O filósofo condena a subjetividade, apontando que a língua deve ser considerada objetivamente. Assim, na compreensão do texto, não se deve buscar a intenção subjetiva do emitente, mas tomar a palavra objetivamente, isto é, apartada das intenções de quem a exprimiu¹¹⁵.

¹¹² Ibid, p. 178.

¹¹³ MAXIMILIANO, Carlos. "Hermenêutica e aplicação do direito". Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 20.

¹¹⁴ Não sem frequência, encontramos julgados conferindo respeito praticamente absoluto a tal volição, como o fez o seguinte aresto: "A simples análise de um texto normativo não é muitas vezes suficiente para proclamar o magistrado a sua aplicação ao caso concreto. É preciso interpretar os dispositivos da lei, buscando conhecer a vontade do legislador. Acima da vontade do legislador, nenhuma outra existe; conhecer bem esta vontade para cientemente obedecê-la é que é tudo..." (BRASIL. Paraná. Tribunal de Justiça. Agr. 9031, Rel. Oto Sponholz, Curitiba, 1ª C. Cív., DJ 27/11/92).

¹¹⁵ SCHOPENHAUER, Arthur. "A Arte de Escrever". Trad. Pedro Süsskind. São Paulo: L&PM, 2007, pp. 111 e 124.

Efetivamente, é a partir do caso *Marbury v. Madison* (1803), decidido pela Suprema Corte americana, que se estabelece o *judicial review*, alçando-se o Judiciário à categoria de Poder Político¹¹⁶. De certa forma, abre-se espaço para, mais tarde, conceber-se o *devido processo legal* substantivo, significativo incremento ao *judicial review*, provendo o Judiciário do poder de aferir a necessidade e a razoabilidade das leis¹¹⁷. A tonificação do *judicial review* advém do caso *McCulloch v. Maryland* (1819), a partir de que a Suprema Corte esquiva-se decisivamente da literalidade do texto constitucional em direção à doutrina da necessidade e adequação.

Assim, a Suprema Corte circunscreve a historia constitucional americana em direção a um espírito revigorante. O estudo de suas decisões durante a presidência Marshall impõe o reconhecimento do empreendimento hermenêutico exigido em defesa da supremacia constitucional, muitas vezes transpondo-se os limites da literalidade textual. É preciso compreender a extensão lingüística das decisões desse juiz em favor do esboço de uma nova teoria de interpretação para a sua época. Portanto, suas decisões sugerem que ele não somente cria o *judicial review*, mas também dá um contorno diverso à jurisdição constitucional. Desse modo, são realizados os primeiros deslocamentos em direção à repaginação do dogma liberal da vontade do legislador, propiciando que o Poder Judiciário perdesse, gradativamente, aquela feição apática conferida desde Montesquieu.

De fato, a abertura para o *judicial review* não foi a única grande reviravolta causada pela Suprema Corte durante a presidência Marshall. Em *McCulloch contra Estado de Maryland e outros* (sessão de fevereiro de 1819), a declaração da inconstitucionalidade da lei estadual, que tributa Banco dos Estados Unidos da América, propicia um segundo paradigma político, em torno do fundamento da hegemonia da União¹¹⁸. Mesmo não tratando de instituições financeiras, a Constituição versa sobre o poder de tributar. E mesmo indiretamente, entendera a Suprema Corte que o Banco cumpre previsão constitucional, não podendo assim sofrer limitação de lei estadual¹¹⁹. Assim, não se poderia adotar interpretação

¹¹⁶ SILVEIRA, Paulo Fernando. “Devido Processo Legal (Due Process of Law)”. 3ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 106.

¹¹⁷ Ibid, p. 422. Mesmo antes de Marshall, leis estaduais já haviam sido consideradas nulas perante a Constituição Federal (caso *Von Horne's Lesse versus Dorrance* - 1795). Neste sentido, cf. HUGHES, Charles Evans. “La Suprema Corte de Estados Unidos”. Trad. Roberto Molina Pasquel e Vicente Herrero. México: Fondo de Cultura Econômica, 1946, p. 89. Portanto, Marshall inova ao reconhecer a inconstitucionalidade de uma lei federal.

¹¹⁸ MARSHALL, John. “Decisões Constitucionais de Marshall”. Trad. Américo Lobo. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 104.

¹¹⁹ Ibid, p. 110.

que excluísse ou limitasse os instrumentos de cumprimento da Constituição¹²⁰, cabendo destacar que o Governo tem a liberdade de escolher os meios de cumpri-la.

Na decisão, sabendo do alcance dos significados das palavras, o Marshall discorre que "quase todas as composições contêm palavras que no sentido rigoroso têm significado diferente do intentado"¹²¹. Nesse sentido, avança argumentando que o Poder de criar implica o de conservar; outrossim defende que tributar é destruir, e o Estado não poderia destruir o que o Governo tem que conservar¹²². Sob tal esforço interpretativo digno de nota, Marshall considerou inconstitucional a lei do Estado de Maryland que tributava as operações dos Bancos¹²³. Como afirma Edward S. Corwin (1878–1963), esse julgado repousa sobre a idéia básica de que a Constituição fora feita para o futuro e, como tal, deveria adaptar-se “às várias crises dos negócios humanos”¹²⁴. A decisão resume a essência do modelo interpretativo de defesa de uma Constituição resistente às barreiras do tempo, por meio da aplicação do princípio da necessidade e adequação. O *judicial review* recebe uma nova luz a partir deste precedente.

McCulloch causa tanto impacto que houve quem culpasse o Judiciário pela usurpação das funções do legislador¹²⁵. De outra parte, é preciso notar que, somente décadas depois, a Escola da Exegese cairá em declínio definitivamente. A noção de homem como um ente rumo ao desenvolvimento não somente parece adequada ao princípio da realidade aplicado pelo caso *McCulloch*, como traz embutido o pensamento de que "a verdade de uma opinião é parte de sua utilidade"¹²⁶.

O paradigma *McCulloch* não somente convoca os juízes à interpretação, mas permite o reconhecimento da Constituição como um símbolo. O princípio da supremacia do Judiciário (*Marbury*) completa-se finalmente pelo princípio da supremacia do interesse nacional (*McCulloch*). No ultimo caso, Marshall (1755—1835) confirma "a regra de interpretação

¹²⁰ Ibid, p. 110 e 111.

¹²¹ Ibid, p. 114.

¹²² Ibid, p. 127. É famosa a frase “the power to tax involves the power to destroy”. Traduzindo livremente: “O poder de tributar implica o poder de destruir”. Sobre o reflexo deste caso na Constituição brasileira de 1891: LOBO, Rogério Leite. “Sobre a Natureza e os Fundamentos da Imunidade Recíproca”. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Município do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Centro de Estudos, ano III, n. 3, p. 117-140, 2002.

¹²³ MARSHALL, John. Op. cit., p. 131.

¹²⁴ Apud RAMOS, João Gualberto Garcez. “Curso de Processo Penal Norte-Americano”. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 86.

¹²⁵ De fato, somente depois de *Cohens v. Virginia* (1821) é que aumentaria a crítica ao modelo interpretativo amplo dado à Constituição pela Corte Marshall (RODRIGUES, Leda Boechat. “A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano”. 2ª ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992, p. 33).

¹²⁶ MILL, Stuart. “Ensaio Sobre a Liberdade”. Trad. Rita de Cássia Gondim Neiva, São Paulo: Escala, 2006, p. 43.

liberal dos poderes do governo nacional, celebrizada sob a denominação de 'teoria dos poderes implícitos do Congresso'¹²⁷. Pelo novo modelo, as disposições constitucionais precisam ser interpretadas segundo as necessidades que se revelam no futuro, cabendo ao *judicial review* a função de eliminar as imperfeições do governo representativo¹²⁸.

No caso *McCulloch*, o próprio Marshall explica a necessidade de se estabelecer uma Constituição destinada a durar séculos. Como firma René David, os métodos de interpretação da Suprema Corte americana progrediram “em cem anos os métodos 'teleológicos' enaltecidos em França por Josserand”¹²⁹. As teorias germano-romanas mais avançadas sobre interpretação foram aplicadas na compreensão da Constituição americana, rejeitando-se os modelos tradicionais¹³⁰. De fato, a Corte Marshall (1801–1835) não decreta a superação da interpretação literal, mas sinaliza a adequação aos fins da lei. Para Marshall, como explica o Presidente da Suprema Corte Charles Hughes (1862–1948), se os fins são legítimos, todos os meios harmônicos com a letra da lei e com o espírito da Constituição são permitidos¹³¹. Enfim, Marshall inicia um modelo de interpretação nacionalista¹³².

Um exemplo frisante dos avanços provocados pela nova hermenêutica é o *devido processo legal*, cuja cláusula reconhecida pela 5ª e 14ª emendas não tinha “nenhuma significação particular”, como entende René David, a não ser determinando que a perda da liberdade e a expropriação deveriam ser reguladas por lei¹³³. Mas o padrão interpretativo concebido a partir de Marshall outorga liberdade para a cláusula ganhar um significado muito mais abrangente e poderoso do que em qualquer outro direito.

Por outro lado, o modelo decretado por *McCulloch* também se revelou perigoso, dando suporte a decisões de autêntico Direito Penal do autor, como a que concebia a inferioridade do negro em relação ao branco (*Dred Scott contra Sandford*, 1857) e a que, modificando o último precedente, enunciava a doutrina dos iguais mas separados (*Plessy contra Fergusson*, 1896), segundo a qual a legislação podia separar brancos e negros, na obstante fossem considerados iguais em direitos. Em *Dred Scott*, realiza-se uma interpretação retrospectiva, defendendo a Corte Taney que, à época da Constituição, os negros estavam em

¹²⁷ RODRIGUES, Leda Boechat. Op. cit., p. 42.

¹²⁸ JARDIM-ROCHA, José Júnior. Problemas com o Governo dos Juizes: sobre a legitimidade democrática do judicial review. “Revista de Informação Legislativa”. Brasília: Senado Federal, n. 151, p. 255-278, 2001 p. 261.

¹²⁹ “Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo (Direito Comparado)”. 2ª ed., Trad. Hermínio A. Carvalho. Lisboa: Meridiano, s.d., p. 458.

¹³⁰ Ibid, p. 459.

¹³¹ “La Suprema Corte de Estados Unidos”. Trad. Roberto Molina Pasquel e Vicente Herrero. México: Fondo de Cultura Económica, 1946, p. 103.

¹³² Ibid, p.60.

¹³³ DAVID, René. Op. cit., p. 461.

condições de escravos e não poderiam ser considerados desta forma iguais aos brancos. De certo modo, *Plessy* rompe com a desigualdade entre brancos e negros, mas mantém uma esdrúxula política de separação. Somente em 1954 é que *Brown v. Board of Education* determinará o término oficial da segregação racial, mediante um processo interpretativo de atualização do texto constitucional aos tempos vigentes, sem que fosse necessária a edição de qualquer emenda. Contudo, a história mostrou que o impacto de *Brown* não significou o fim do racismo na sociedade americana¹³⁴.

Contudo, a doutrina que se segue aos paradigmas *Marbury v. Madison* e *McCulloch v. Maryland* concorre para o estabelecimento do Judiciário como Poder Político, quanto mais admite o Legislativo como fonte de opressão, em justificativa à legitimação da superioridade da Constituição sobre as leis estaduais¹³⁵.

É importante observar que a superação do modelo exegético abre espaço às teorias penais recrudescidas, na medida em que dá oportunidade para que o centro de poder decisório seja transferido do Legislativo para o Executivo, quando então haverá uma crescente mobilização da política criminal voltada à proteção da sociedade. O nacional-socialismo na Alemanha ou o Estado Novo no Brasil representam, assim, o ápice da hegemonia do Executivo. Especificamente no Brasil, a política criminal veio carregada por um conjunto de Decretos-lei, à margem da participação do Legislativo.

Como teremos oportunidade de concluir, tudo isso somente mudará no Estado Constitucional de Direito, quando, finalmente, o Judiciário assume a posição de destaque ou, melhor dizendo, de mediação dos conflitos sociais, agindo mesmo como um filtro aos modelos político-criminais autoritários.

¹³⁴ O caso *Dred Scott* (1857) releva então o cunho substancial do devido processo legal. Foi a segunda vez em que se declarou a inconstitucionalidade de uma lei federal. Neste caso, Taney entendera o sentido das palavras com caráter fixo e imutável (RODRIGUES, Leda Boechat. Op. cit., p. 93). Charles Hughes considera *Dred Scott* como uma das três decisões que mais comprometeram a imagem da Corte perante a opinião pública (“La Suprema Corte de Estados Unidos”. Trad. Roberto Molina Pasquel e Vicente Herrero. México: Fondo de Cultura Económica, 1946, p. 63). Sobre os casos *Dred Scott v. Sandford*; *Plessy v. Fergusson* e *Brown v. Board*, cf. SILVEIRA, Paulo Fernando. “Devido Processo Legal (Due Process of Law)”. 3ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 471. Para este autor, o caso *Brown v. Board*, abolindo a doutrina dos iguais, mas separados, foi a decisão mais importante da Suprema Corte depois de *Marbury* contra *Madison* (op. cit., p. 471).

¹³⁵ JARDIM-ROCHA, José Júnior. Problemas com o Governo dos Juízes: sobre a legitimidade democrática do judicial review. “Revista de Informação Legislativa”. Brasília: Senado Federal, n. 151, p. 255-278, 2001, p. 257.

3. A ELEVAÇÃO DO PODER PUNITIVO EM FACE DA GARANTIA DE DEFESA

"Amigo é o indivíduo bom e inimigo, o mau?"

PLATÃO, *A República*.

3.1. *Precedentes históricos: o período penal pré-clássico*

Uma vez apontadas as bases do *devido processo legal*, convém agora adentrar o período áureo da sistematização do Direito Criminal, fazendo um breve resgate histórico das escolas penais, para, somente depois, apontar a orientação que tomou a política criminal a partir do século XX. Diante deste quadro, será possível descobrir como os valores do Estado Constitucional de Direito vão de encontro aos antiquados conceitos de defesa social formados pela Escola Positiva.

Sem perquirir a evolução do Direito Criminal, desde o período da vingança privada, não se compreenderá o seu sentido humano historicamente construído. Para tanto, tratemos do assunto compartilhado em fases distintas, embora advertamos que a distinção fásica não se opera harmonicamente no mundo da realidade. Oportunamente, cabe ainda prevenir que a separação entre direito material e processual somente ocorrerá no séc. XIX. Desde Roma, o direito processual sempre esteve absorvido pelo direito material, notadamente naqueles períodos de maior apego à lei¹³⁶.

Os primeiros momentos históricos do Direito Criminal correspondem à fase da vingança privada, quando cada indivíduo podia reprimir arbitrariamente as violações de seu direito. A vingança, que tanto podia proceder da vítima ou de seus familiares, nem sempre correspondia à mesma gradação da lesão infligida¹³⁷. Perante os abusos, a lei de talião aporta como instituto regulador do poder punitivo privado, estabelecendo uma reta proporção entre o mal cometido e a reação devida; um olho por outro, nada mais¹³⁸. O talião institui as bases da

¹³⁶ CARNELUTTI, Francesco. "Arte do Direito". Trad. Hebe A. M. Caletti Marengo. São Paulo: Edicamp, 2001, p. 66.

¹³⁷ A vingança privada ainda hoje existe em tribos isoladas. Giulio Battaglini registra que existia na alta Bavária um Tribunal de Aldeia com poder punitivo ("Direito Penal: parte geral". Trad. Paulo José da Costa Jr. e Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Saraiva, 1964, p. 9).

¹³⁸ Cf. BARRETO, Tobias. "Estudos de Direito". Edição fac-similar. Brasília: Senado Federal, 2004, p. 173. Roberto Lyra (1902–1982) também destaca a importância do talião para a proporcionalidade da pena, fazendo observar que a legítima defesa descende daquele instituto ("Comentários ao Código Penal: Arts. 28 a 74". V. 2,

necessidade de combater-se a desproporcionalidade entre o crime e a resposta penal. No entanto, a despeito desta verdadeira conquista *das sociedades arcaicas tardias*, o custo da vindita continua sendo muito elevado para o grupo social, de modo que, como garantia de autopreservação, “o assassinato de parentes próximos freqüentemente” não era expiado¹³⁹.

Aos poucos, o centro aplicador das punições deixou de ser desempenhado pelo indivíduo, cedendo lugar ao membro do grupo mais respeitado, o sacerdote, investido assim do poder de aplicar o Direito Criminal a todos que violassem as normas estabelecidas. Tal mudança de titularidade proporciona uma nova fase penal: a da vingança divina, cuja razão decorre do crescimento da complexidade dos casos; da necessidade de se evitar a autofagia dos membros do grupo e da distinção da autoridade hierárquica de um ou mais membros da comunidade sobre os demais. A formação de sociedades teocratas favorece a justificação sobrenatural para ações humanas, as quais, durante a fase da vingança privada, estavam desprovidas de transcendência.

Naturalmente, a ascensão do poder absoluto do monarca afasta do sacerdote o comando punitivo, dando início à fase da vingança pública, período durante o qual a penalidade se sobreleva com o fim de impingir o suplício ao corpo do acusado, por meio da exasperação de dor e agonia. A pena deveria repetir a dor da vítima no corpo do criminoso, motivo pelo qual a justa punição depende de uma execução que prolongue o tormento. O sofrimento agudo durante sessões de torturas ou no instante da execução capital não raro conduzia à confissão extrema ou ao pedido de perdão, momento culminante do cerimonial, indicativo de que o condenado estaria pronto para ser entregue a Deus.

A relação entre pena e suplício advém da necessidade de o monarca impor sua soberania sobre os insurgentes. Ao rei o poder máximo e ao réu o valor mínimo¹⁴⁰. À época do suplício, o processo inquisitivo, dominado pelo segredo, cobria de névoa a busca da verdade, validamente obtida mesmo mediante tortura. Para os padrões vigentes, durante a execução da pena, deveria prevalecer a publicidade plena. A execração pública, assim como

2ª. ed., Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955, p. 13). Rigorosamente, o talião ainda não foi extirpado dos ordenamentos civilizados, sendo o seu exemplo mais palpável a pena de morte. Por outro lado, a réplica na injúria e a legítima defesa podem ser consideradas formas rudimentares de penas privadas, ou seja, de reação direta ao crime (cf. CARNELUTTI, Francesco. “El Problema de la Pena”. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1956, pp. 32 e 69).

¹³⁹ LUHMANN, Niklas. “Sociologia do Direito”. V. 1, Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 190-3.

¹⁴⁰ Cf. FOUCAULT, Michel. “Vigiar e Punir: histórias da violência nas prisões”. 22ª ed., Trad. Raquel Ramalheite. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 28.

torturas, confissões, marcações a ferro e até emprego de adornos aviltantes¹⁴¹ exibem o castigo à coletividade. Dentro deste quadro, o filósofo brasileiro Mathias Aires (1705–1763) defende para certos crimes penas permanentes e que ultrapassem a pessoa do condenado, isto porque a vaidade do criminoso faz temer a punição mais pela infâmia que se anexa à sua pessoa do que propriamente pela pena em si¹⁴².

O Direito Criminal da dor e da vergonha nasce dos absolutos poderes do rei, que refaz contra o servo as mesmas práticas outrora conferidas aos inimigos conquistados. O monarca, que quase sempre conquistava domínios com o abuso da força, precisava continuar exorbitando dela para manter seu poder sobre os povos conquistados. O ciclo de violência se renovava.

Nessa fase, não há um efetivo direito de defesa, dada a imensa ascendência do sistema inquisitivo, marcadamente caracterizado por segredo da prova; emprego da tortura, presunções e confissões; reunião das funções de acusar, defender e julgar em uma única pessoa; destaque aos rumores públicos e relevância das denúncias anônimas¹⁴³. Durante o predomínio do sistema processual inquisitivo – também fortemente marcado pelas ordálias – predomina a crença de que o acusado não necessitaria de defesa se fosse inocente e, se fosse culpado, a defesa seria despicienda¹⁴⁴. De qualquer forma, convém assinalar que a fase da vingança pública destaca o declínio da vingança privada.

3.2. *O aperfeiçoamento sistemático da garantia de defesa: a Escola Clássica*

As bases sistemáticas do Direito Penal e do Processo Penal modernos sobrevivem com a Escola Clássica, consagrada por Beccaria (1738–1794) depois da publicação da obra *Dei Delitti e Delle Pene* (1764). Inaugura-se, deste modo, a fisionomia humana da Ciência

¹⁴¹ No passado colonial, a nossa legislação foi fecunda em criar institutos de afronta direta às liberdades individuais. As Ordenações portuguesas obrigavam o marido condescendente com a infidelidade de sua mulher a usar, em praça pública, uma capela de chifres (§ V). Noutra momento, as Ordenações Filipinas determinavam que, se o homem consentir o adultério da própria mulher, ambos serão “açoitados com senhas capelas de cornos”. A sanção saiu do ordenamento, mas ainda permanece, de algum modo, no meio social (LARA, Silvia Hunold. “Ordenações Filipinas: livro V”. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 121).

¹⁴² “Reflexões sobre a Vaidade dos Homens; Carta sobre a Fortuna”. Transcrição e adaptação ortográfica de André Campos Mesquita, São Paulo: Escala, s.d., p. 53.

¹⁴³ Sobre as características do sistema inquisitivo, cf. PRADO, Geraldo. “Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais”. 2ª ed, Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001, p. 98.

¹⁴⁴ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. O Direito Penal e a Criminalidade. “Revista do Curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte”. Natal, v. 1, fascículo 1, p. 121-141, jul.-dez./1996, p. 124.

Penal¹⁴⁵, mediante uma eloqüente invocação à proporcionalidade e, até mesmo, à prevenção das penas. Na busca da verdade, o autor estabelece que as provas devam obedecer a critérios comuns, em oposição à tortura e outros meios que a falseiam. A inovação teórica rompe com os dogmas do antigo regime, impondo valores e limites ao processo inquisitivo¹⁴⁶, em direção à supressão dos estigmas de um Direito Criminal fundado no sofrimento. A reunião dos dogmas humanitários em uma única publicação rescinde a imaginação de seu tempo e perpetua alicerces aos sistemas legais de todo mundo.

Na época, o utilitarismo do jurista inglês Jeremy Bentham (1748–1832) marchava em sentido oposto, justificando o panoptismo e a popularidade das penas corporais¹⁴⁷, em resguardo ao desenvolvimento do suplício e da pena de morte. Mas, de fato, os primeiros estímulos humanistas antecipam o fim da violência institucionalizada desde a baixa Idade Média.

Muito antes de Beccaria, Espinosa (1632–1677) teve a ousadia de criticar a tortura como instrumento de obtenção da confissão¹⁴⁸. Rousseau também influenciou a doutrina penal humanitária ao conceber que os homens, no estado de natureza, não são nem bons nem maus. Para ele, é a piedade que impede os homens de se tornarem monstros; a piedade – quando aplicada aos fracos, aos culpados e ao homem em geral – transmuta-se em generosidade, clemência, humanidade. No estado de natureza, a piedade assume o lugar das leis, dos costumes e das virtudes, impedindo que qualquer selvagem aja contra a humanidade¹⁴⁹.

¹⁴⁵ CASTELLANOS, Fernando. “Lineamientos Elementales de Derecho Penal: parte general”. México: Porrúa, 1976, p. 36. Foi Enrico Ferri quem nomeou o movimento humanista de Escola Clássica, responsável pelo início da sistematização do Direito Penal. No entanto, a esta altura, faz-se urgente advertir que de fato esta Escola nunca existiu, na acepção de uma corrente teórica composta por estudiosos coesamente devotadas à investigação racional de um tema (Cf. FERRI, Enrico. “Princípios de Direito Criminal: o criminoso e o crime”. Trad. Paolo Capitano. Campinas: Bookseller, 1996, p. 49).

¹⁴⁶ ALESSI, Giorgia. “Il Processo Penale: profilo storico”. Roma: Laterza, 2001, p. 130. No Brasil, a obra logrou a primeira tradução apenas em 1949, quase duzentos anos depois de publicada, mas os seus efeitos foram percebidos muito antes, tanto que o Código de Processo Criminal de Primeira Instância de 1832, explica Paula Bajer, “oferecia muitas garantias de defesa aos acusados” (BAJER, Paula. “Processual Penal e Cidadania”. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002, p. 25).

¹⁴⁷ “Teoria das Penas Legais e Tratado dos Sofismas Políticos”. Sem tradutor mencionado. São Paulo: Edijur, 2002, p. 39.

¹⁴⁸ ESPINOSA, Baruch. “Pensamentos Metafísicos; Tratado da Correção do Intelecto; Tratado Político; Correspondência”. Trad. Marilena Chauí. São Paulo: Nova Cultura, 2000, pp. 468 e 501.

¹⁴⁹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. “Discurso sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens; Discurso sobre as Ciências e as Artes”. V. 2, Trad. Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultura, 2000, pp. 75, 78 e 79.

Nesta perspectiva, os princípios basilares do humanismo se assentam no ideal cristão de piedade¹⁵⁰. Thomas Hobbes (1588–1679) deixa evidente que decorrem dos testamentos bíblicos a origem dos preceitos de imparcialidade judicial (Ecl. 20:29); a existência de pelo menos duas testemunhas para condenar (Dt. 17:6); a vedação da justiça privada (Co. 6:5); a igualdade (Is. 40:4); o respeito pela propriedade (Sl. 15:1; Pr. 6:1-2) etc¹⁵¹. Destarte, Beccaria sistematiza os princípios penais em torno de um único objetivo: a “inviolabilidade moral do homem”.¹⁵²

Vale dizer que, não obstante a laicização do Estado, a Escola Clássica restaura o pensamento cristão, implantando – nas palavras de Luiz Luisi (1927–2005) – uma espécie de “religião laica”¹⁵³, segundo a qual o direito de punir decorre da lei e não de uma divindade. A lei, uma vez separada do Ser Supremo, integra a reserva exclusiva do legislador¹⁵⁴ e, como garantia dessa exigência, faz necessário impedir que o julgador a interprete além de sua literalidade¹⁵⁵.

Beccaria sistematiza o pensamento iluminista a respeito das questões penais, mantendo coerência com as idéias de Espinosa (1632–1677), Montesquieu (1689–1755), Hume (1711–1776), Rousseau (1712–1778), Pietro Verri (1728–1797), entre outros. A Escola Clássica orienta-se, assim, pelo abrandamento das penas e, sobretudo, para o revigoreamento

¹⁵⁰ Nietzsche é um audaz crítico dos ideais congregados pelo cristianismo. Para o filósofo, todos os homens se tornam iguais em Jesus, o que contribui para a sustentação de uma doutrina cujo ápice conclama a "exaltação da piedade e do sacrifício de si mesmo, o consolo sentimental aos criminosos" (DURANT, Will. "Nietzsche". Trad. Maria Theresa Miranda. Rio de Janeiro: Edções de Ouro, s.d., p. 69).

¹⁵¹ "Do Cidadão". 3ª ed., trad. Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 78 e ss. Em Deuteronomio, lê-se: "Por boca de duas testemunhas, ou três testemunhas, será morto o que houver de morrer; por boca de uma só testemunha não morrerá" (17:6). Em Coríntios, lê-se: "Para vos envergonhar o digo. Não há, pois, entre vós sábios, nem mesmo um, que possa julgar entre seus irmãos?" Em Isaías, lê-se: "Todo o vale será exaltado, e todo o monte e todo o outeiro será abatido; e o que é torcido se endireitará, e o que é áspero se aplainará" (Is. 40:4). Em Provérbios, lê-se: "Filho meu, se ficaste por fiador do teu companheiro, se deste a tua mão ao estranho" (Pr. 6:1-2).

¹⁵² LUISI, Luiz, "Os Princípios Constitucionais Penais". 2ª. ed., Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 308.

¹⁵³ Ibid, p. 309. Sob esse aspecto, entende Carl Schmitt que "todos os conceitos concisos da teoria do Estado moderna são conceitos teológicos secularizados" ("Teologia Política". Trad. Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 35).

¹⁵⁴ BECCARIA, Cesar. "Dos Delitos e das Penas", III. Em algumas ocasiões preferimos não citar a referência bibliográfica completa da obra "Dos Delitos e das Penas". Nestes casos, fazemos remissão apenas ao nome do autor, título da obra e parágrafo (em algarismo romano) onde se encontra a idéia em questão. Assim, facilitamos o exame do pensamento de Beccaria, na medida em que se evita a vinculação a um texto de uma edição específica, uma vez que esta obra já desponta com inúmeras publicações pelas mais diversas casas editoriais. No entanto, é importante observar que esta exceção foi franqueada apenas ao livro "Dos Delitos e das Penas".

¹⁵⁵ De certa forma, ainda hoje o Estado não logrou o desiderado de se separar completamente da religião, a qual, mesmo que de forma oblíqua, continua a legitimar o ordenamento jurídico. Sobre esta questão, cf. HABERMAS, Jürgen. Fundamentos Pré-Políticos do Estado de Direito Democrático. In: SCHULLER, Florian (Org.). "Dialética da Secularização: sobre razão e religião". Trad. Alfred J. Keller. Aparecida/SP: Idéias & Letras, 2007, p. 31.

do direito de defesa¹⁵⁶. Num escrito tardio, Beccaria reitera que quanto mais moderada a pena menor será a frequência de crimes, porque, para o criminoso, importa mais a certeza da punição do que, propriamente, a gravidade da pena¹⁵⁷. Para tal motivo, a pena deveria corresponder ao crime¹⁵⁸, ou seja, guardar proporcionalidade ao fato. Enfim, o castigo penal deveria levar a efeito os valores de igualdade, publicidade, prontidão, necessidade, proporcionalidade e legalidade¹⁵⁹.

Nenhuma crueldade poderia ultrapassar os limites do corpo humano. O jurista de Milão rompe o elo existente entre pena e suplício, revelando o véu da dignidade humana estabelecida pela fronteira do corpo, ou seja, constrói-se uma barreira às penas corporais e se levanta um grande argumento contrário à aplicação da pena capital. Para ele, perdemos a liberdade quando a lei mitiga o homem-cidadão à condição de coisa. Por conseguinte, finca-se um forte apoio em favor da dignidade mínima como limite à restrição de liberdade do homem. Beccaria (1738–1794) preconiza o humanismo, na medida em que relega as penas cruéis aos selvagens, antevendo, assim, o imperativo de diminuir-se a severidade penal na proporção que cresce a civilidade humana.

Em termos genéricos, a pena de morte foi hostilizada porque, muito embora cause impacto imediato sobre a opinião pública, os seus efeitos esvaem em longo prazo. Ao contrário, a prisão perpétua, apesar de não provocar a mesma reação imediata, distribui resultados duradouramente enquanto transcorrer sua aplicação¹⁶⁰. Por outro lado, as penas graves demais tendem a não ser aplicadas, gerando injustificável impunidade, conclui¹⁶¹.

¹⁵⁶ CERNICCHIARO, Luiz Vicente. "Estrutura do Direito Penal". 2ª ed., São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976, p. 30. Michel Foucault arremata com precisão ao prescrever que a humanidade da pena não decorre isoladamente da humanidade profunda do criminoso, mas dos controles do poder, ou seja, a humanização da pena nada mais é do que um meio de proporcionalidade, com que se atinge a limitação do poder ("Vigiar e Punir: histórias da violência nas prisões". 22ª ed., Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 77). Como anota Niklas Luhmann, a história do direito está ligada à "domesticação da força física" ("Sociologia do Direito". V. 1, Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 126).

¹⁵⁷ BECCARIA. "Questões Criminais". Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2006, p. 73.

¹⁵⁸ BECCARIA, Cesar. "Dos Delitos e das Penas". Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus, 1983, p. 54. Em Roma, Cícero já registrava a preocupação com a justa medida da pena. São as suas palavras: "Hay que procurar también que la pena no exceda a la culpa ni que por idéntico motivo uno sea castigado y otro ni siquiera apercibido. Que el castigo sobre todo sea sin ira, porque quien castiga airado difícilmente guardará la moderación entre lo poco y lo demasiado" ("Sobre los Deberes". Trad. José Guillén. Madrid: Tecnos, Alianza Editorial, 1989, p. 103).

¹⁵⁹ BECCARIA, Cesar. Op. cit., p. 97.

¹⁶⁰ Michel Foucault revigora tal raciocínio em seu "Vigiar e Punir" (22ª ed., Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 80).

¹⁶¹ E não é isso mesmo o que afirma Ferrajoli, ao propugnar que o tempo máximo de cumprimento de pena seja reduzido a dez anos?

Bentham (1748–1832) rebate os argumentos de Beccaria quanto à pena de morte, a qual seria a mais exemplar e, comparativamente, a menos rigorosa, segundo sua percepção¹⁶².

A bem dizer, Beccaria foi coerente ao chegar a defender a aplicação da pena capital quando útil e necessária para prevenir os crimes contra a segurança do Estado¹⁶³. Afinal de contas, cabe julgá-lo diante das contingências de sua época, ou seja, em 1764, ninguém ainda havia se levantado daquela forma contra o suplício das penas. Realmente, como adverte Italo Mereu, ele é um reformador e não um revolucionário, pois não se podia esperar de um marquês a subversão de advogar a completa abolição de um direito sagrado do monarca¹⁶⁴.

De modo genérico, Beccaria preocupa-se com a dignidade do processado, a quem se assegura o direito personalíssimo de não sofrer violação de sua dignidade, nem por disposições processuais. A declaração ritual de uma acusação deve comportar a prévia formação de indícios. A prisão não deveria deixar qualquer pecha de infâmia sobre o acusado declarado inocente.

A duração do processo e a contagem de prazos prescricionais receberam estudos especiais, com os quais se previu a necessidade de a investigação deter prazo determinado durante o período em que a defesa ofertará sua contestação. Quanto mais rápida a aplicação da pena, menor o tormento do agente, tornando a sanção mais útil e justa. Igualmente, canalizam-se argumentos à celeridade processual, de modo que os julgamentos dos processos mais antigos prevaleçam sobre os mais novos¹⁶⁵. A utilidade de uma ação penal ágil e eficaz vem à tona quando se preconiza a importância de um processo *sem protelação*, desenfreado da sensação de impunidade.

O mérito do opúsculo reside em tentar apagar da lei penal os vestígios selvagens designados para o tratamento dos transgressores. Em seu décimo capítulo, a obra *Dei Delitti e Delle Pene* firma alicerce para o princípio da não auto-incriminação. Para tanto, veda a sugestibilidade dos interrogatórios, com que se impediria a obtenção forçada de respostas, como também critica os juramentos pelo acusado. Desautoriza a obtenção de confissão por meio do emprego de coerção¹⁶⁶, do mesmo modo que condena as ordálias e juízos de Deus.

¹⁶² “Teoria das Penas Legais e Tratado dos Sofismas Políticos”. Sem tradutor mencionado. São Paulo: Edijur, 2002, p. 149.

¹⁶³ “Dos Delitos e das Penas”, XVI.

¹⁶⁴ “A Morte como Pena: ensaio sobre a violência legal”. Trad. Cristina Sarteschi. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 110.

¹⁶⁵ A exemplo do que vigora atualmente no Tribunal do Júri, onde os processos mais antigos passam à frente dos mais recentes. Cf. art. 424, parágrafo único, Código de Processo Penal.

¹⁶⁶ BECCARIA, Cesar. “Dos Delitos e das Penas”, XII.

Não ficou abstraída, com efeito, a prisão provisória, a qual atende, igualmente, a um princípio de proporcionalidade, de modo tal a vedar-se o recolhimento por tempo superior ao da instrução, exceto para se evitar fuga. São suas palavras: “um cidadão preso deve ficar na prisão apenas o tempo preciso para a construção do processo”, não devendo ficar encarcerado, salvo em caso de fuga ou de obstrução da justiça .

Bem assim, excetuou-se a imprescritibilidade para determinados crimes de maior gravidade, admitindo, por outro lado, a contagem prescricional diferenciada para os delitos menores. A distinção prescricional consentiria em prazos mais longos na medida em que se elevasse a gravidade da infração, até chegar-se à imprescritibilidade¹⁶⁸. Ao mesmo tempo, justifica o abatimento na pena do tempo de prisão anterior à sentença.

A humanidade penal clássica cria para o Estado as responsabilidades inerentes ao exercício do poder punitivo máximo; se antes o Direito Criminal submetia o indivíduo ao suplício extremo, o contrato social refaz as relações entre o súdito e o monarca, a partir de que se estabelece um equilíbrio entre a capacidade de punir e o ônus de ser punido. Com a consequência de que “a natureza de um contrato consiste em obrigar de igual modo as duas partes contratantes”, Beccaria aponta que tanto o cidadão se obriga perante a sociedade, como esta se obriga diante daquele¹⁶⁹. Põem-se à mesa as regras previamente estabelecidas pelo contrato social, isto é, ao Estado cabe impor sanções na hipótese de violação de alguma de suas normas, enquanto ao indivíduo resta-lhe sujeitar-se às punições. O Estado e o indivíduo se submetem a um mastro comum, cujo leme impõe limites a ambos. De um lado, o Estado garante ao indivíduo limites mínimos que protejam sua dignidade e, de outro, os infratores se sujeitam às sanções, legitimando-as, não somente porque necessárias, mas acima de tudo porque asseguram um destino útil, sem que seja precisa a sucumbência de nenhuma das partes.

¹⁶⁷ Ibid, XIX.

¹⁶⁸ O autor dos Delitos e das Penas minora o valor moral das delações premiaias, com as quais se obteria a condenação de alguns acusados pela traição de outros, que restariam beneficiados ou premiados, com a impunidade. No entanto, reconhece que “a esperança de ficar impune, de outro lado, para o cúmplice traidor pode prevenir grandes delitos e encorajar o povo, sempre amedrontado quando enfrenta culpados sejam conhecidas” (§ 14). Deixa assim as portas abertas à delação premial ou premiada para crimes graves e de difícil elucidação, percurso este que vem sendo adotado por nossa legislação. Segundo a Lei n. 8.072/90, o participante e o associado que denunciarem à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terão a pena reduzida de um a dois terços (art. 8º, parágrafo único). A Lei n. 10.409/02 (Lei de Tóxico), estabeleceu a redução de pena a quem, “espontaneamente, revelar a existência de organização criminosa, permitindo a prisão de um ou mais dos seus integrantes, ou a apreensão do produto, da substância ou da droga ilícita, ou que, de qualquer modo, justificado no acordo, contribuir para os interesses da Justiça” (art. 32, § 2º). Cada vez mais recorre o legislador às delações premiaias, fomentando a intensificação desta prática no seio do processo penal.

¹⁶⁹ “Dos Delitos e das Penas”. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus, 1983, p. 115.

No entanto, a importância de Beccaria não está somente no fato de ter enfrentado o problema penal, desmascarando a triste realidade dos suplícios penais, mas, principalmente, por ter criado uma nova forma de escrever a ciência criminal; a sua linguagem clara e acessível transformou suas idéias em novidade, mesmo quando muitos outros já haviam antecipado suas palavras¹⁷⁰. Por isto, a obra do Marquês logo se espalhou em inúmeras traduções, cujos conteúdos foram assimilados gradativamente pelos mais diversos países¹⁷¹.

Em favor da transparência, o jurista defende o Tribunal do Júri e os julgamentos públicos, em oposição às decisões secretas¹⁷² ou fundadas num único testemunho. Em síntese, o Marquês assimila a necessidade de uma Justiça mutável, que acompanhe a evolução da sociedade, tanto que cobra que a lei seja escrita em linguagem comum, compreensível por qualquer cidadão¹⁷³.

De fato, dão-se os primeiros passos para a abolição da máquina penitencial do antigo regime. Não somente a Inglaterra – onde inclusive surge uma Escola Clássica Penitenciária intransigente às condições subumanas das prisões locais –, mas vários outros países se apressam em promover reformas penais, de maneira geral plasmadas pelos seguintes princípios fundamentais: 1) o predomínio da dignidade da pessoa; 2) a garantia dos meios de defesa, pelos quais o acusado possa proteger a sua presunção de inocência; 3) a pessoalidade da pena; 4) a irretroatividade da lei; 5) a legalidade da sanção; 6) a sobreposição do crime como objeto do Direito Penal, mais do que a personalidade do criminoso e 7) a mitigação das penas¹⁷⁴.

No período pré-clássico, a justiça penal esteve no campo político-filosófico, razão pela qual ainda não foi possível tratar do direito de defesa como um valor jurídico. No entanto, a Escola Clássica motivou a abstração no tratamento do fenômeno crime, dando início ao processo de *juridicização* do direito de defesa. Os ditames dessa Escola, que

¹⁷⁰ MEREU, Italo. "A Morte como Pena: ensaio sobre a violência legal". Trad. Cristina Sarteschi. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 112.

¹⁷¹ Seis anos depois da obra clássica de Beccaria, Pietro Verri (1728-1797) revela que a tortura continua sendo uma realidade no continente europeu, muito embora a Inglaterra e a Prússia tenham abolido a prática. No caso inglês, todavia, em vez da tortura prevaleceu uma espécie de pena de morte para os que silenciavam durante o interrogatório ("Observações sobre a Tortura. Trad. Federico Carotti. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 95 e ss.)

¹⁷² "Dos Delitos e das Penas", IX.

¹⁷³ Para Montaigne (1533–1592), as leis deveriam ser limitadas em número e claras na redação, porque quanto mais leis existirem, mais arbitrárias serão as decisões judiciais ("Ensaio". V. 2, Trad. Sérgio Milliet. São Paulo: Nova Cultura, 2000, p. 355). Nesses termos, a Lei Complementar n. 95/98, que dispõe sobre a elaboração das leis, prescreve que as disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica (art. 11, I, "a").

¹⁷⁴ FERRI, Enrico. "Princípios de Direito Criminal: o criminoso e o crime". Trad. Paolo Capitano. Campinas: Bookseller, 1996, pp. 49 e 50-1.

igualmente serão cultuados pelo (neo)clássico Carrara (1805–1888), voltam-se à legalidade e ao tecnicismo¹⁷⁵.

A partir de Johann Paul A. R. von Feuerbach (1775–1833), edifica-se, nas palavras de Mezger, a "moderna ciência do direito punitivo"¹⁷⁶, não apenas porque se delimitam os contornos do princípio da legalidade, restringindo o arbítrio judicial mediante a estipulação de tipos penais taxativos¹⁷⁷, mas ainda em razão da teorização da *prevenção geral*, segundo a qual a pena deve cumprir a função de impedir que outros membros da sociedade violem a lei penal¹⁷⁸.

Porém, inegavelmente, foi mesmo Francesco Carrara quem consagrou o pensamento penal clássico ao elaborar um sistema jurídico completo¹⁷⁹. Por isso, é importante estudar este penalista como um capítulo à parte, muito embora não seja possível afirmar que esta Escola possa ser representada unicamente por meio da doutrina de um único autor. De fato, a Escola Clássica perdurou por mais de um século e, por isso, como lembra Aníbal Bruno (1889–1976), “está longe de apresentar homogeneidade ou coerência de opiniões”¹⁸⁰.

Carrara se destaca pela fundamentação jusnaturalista do Direito Penal. Diverge radicalmente da idéia de pena-correção, que começa a ser defendida por Roeder na Alemanha. Para Carrara, a pretensão de corrigir (mudar alguém) leva a um Direito Penal da tirania, que pune as más intenções e, até mesmo, as suspeitas¹⁸¹. Considera, contudo, que a correção do réu pode resultar da pena, mas não cabe à pena a função de corrigir o delinqüente. Ao delinqüente aproveita somente o direito de não ser corrompido ou degradado em relação ao estado que se encontrar. Ou seja, cabe ao delinqüente o direito de não ser corrompido mais do que está¹⁸². Nesse aspecto, Carrara parece ir ao encontro de Kant (1724–1804). O filósofo

¹⁷⁵ Em face do tom filosófico da obra de Beccaria, coube a Carrara o papel de iniciar a estruturação jurídica da Escola Clássica (SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. O Direito Penal e a Criminalidade. “Revista do Curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte”. Natal, v. 1, fascículo 1, p. 121-141, jul.-dez./1996, p. 126). Sobre o cunho filosófico do Tratado de Beccaria, cf. SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. As Correntes Filosóficas na Formação do Direito Penal Moderno. “Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos”. Bauru, fascículo 25, p. 105-128, abr.-jun./1999, p. 117.

¹⁷⁶ MEZGER, Edmundo. "Tratado de Derecho Penal". T. I, 2ª ed., sem tradutor mencionado, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1946, p. 55.

¹⁷⁷ Ibid, p. 57.

¹⁷⁸ Ibid, p. 56. No Estado absoluto, a prevenção geral era exercida apenas por intermédio do caráter exemplar das severas punições públicas.

¹⁷⁹ BRUNO, Aníbal. “Direito Penal, Parte Geral, Tomo I: introdução, norma penal, fato punível”. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 54.

¹⁸⁰ Ibid, p. 55.

¹⁸¹ CARRARA, Francesco. "Programa do Curso de Direito Criminal". V. 2, Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2002, pp. 25 e 31.

¹⁸² Ibid, pp. 35 e 94.

alemão chega mesmo a conceber que o castigo pode até estar associado à bondade, mas quem o suporta não deve contar com ela¹⁸³.

Portanto, o sistema de Carrara entende a correção como uma consequência da pena, mas não um fim específico. A par disso, o penalista advoga que a ordem social é o fim último da pena¹⁸⁴. Porém, isto não significa que a pena preste para exercer a função de defesa social, exceto a de tutela jurídica dos direitos¹⁸⁵. Seguindo este norte, doutrina-se que a proposta de defesa social extrapola os limites do direito de punir, conduzindo à tirania¹⁸⁶. A pena precisa unicamente assegurar o “restabelecimento da ordem externa da sociedade”¹⁸⁷ e não proteger a sociedade. Assim, para cumprir o desiderato de restaurar a ordem, a sanção exige simplesmente a causa de um mal, sem que seja necessário provocar qualquer bem para o delinqüente¹⁸⁸.

No sistema de Carrara, o direito de defesa deixa de ser considerado um privilégio para tornar-se um direito originário e inalienável¹⁸⁹, parte integrante do sistema jurídico de tutela de direitos. E isso, insista-se, é fundamental para se determinar o entendimento de que interessa à sociedade não apenas punir os culpados, mas, sobretudo, absolver os inocentes, de tal forma que a ação punitiva e o direito de defesa integrariam o mesmo interesse público¹⁹⁰. E isso não é tudo. Mesmo aos culpados deveriam ser asseguradas as garantias do processo¹⁹¹. Fica claro, então, que Carrara não admite qualquer tratamento diferenciado aos acusados. E mais, em função do direito de defesa, propugna também a igualdade no tratamento das partes¹⁹². Para tal efeito, é rejeitado todo e qualquer tratamento de exceção penal, nem mesmo por razões de utilidade, interesse político ou simplesmente por repúdio a certas categorias

¹⁸³ KANT, Emmanuel. “Crítica da Razão Prática”. Trad. Afonso Bertagnoli. Rio de Janeiro: Edições de Ouro, 1980, p. 75.

¹⁸⁴ CARRARA, Francesco. Op. cit., p. 82.

¹⁸⁵ Neste sentido, afirma Carrara: “A tutela jurídica é, evidentemente, uma fórmula essencialmente diversa da fórmula tutela social (...). E foi bem necessário usar esse recurso, porque a fórmula defesa social dá à punição um princípio inteiramente material, pondo-o à mercê das exigências mutáveis e muitas vezes exorbitantes do útil” (op. cit., p. 73-4).

¹⁸⁶ Ibid, p. 75.

¹⁸⁷ Ibid, p. 78.

¹⁸⁸ Ibid, p. 96.

¹⁸⁹ CARRARA, Francesco. “Programa do Curso de Direito Criminal”. V. 1, Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2002, p. 450.

¹⁹⁰ Ibid, p. 458.

¹⁹¹ CARRARA, Francesco. “Programa do Curso de Direito Criminal”. V. 2, Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2002, p. 35.

¹⁹² CARRARA, Francesco. “Programa do Curso de Direito Criminal”. V. 1, Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2002, p. 460.

delitivas¹⁹³. A partir disso, a pena deve corresponder ao delito, sem qualquer equivalência com a projeção de fatos futuros¹⁹⁴.

Não há dúvida de que Carrara, aqui evidenciado como o prócer da Escola Clássica, busca suavizar a tensão entre o poder punitivo e o direito de defesa. Numa passagem inspirada na doutrina de Locke, escreve o penalista que "o *jus punitiois* é um conteúdo necessário de cada direito, porque o é também o *jus defensionis*"¹⁹⁵.

Porém, o classicismo não foi capaz de propor uma resposta ao fenômeno crime além do Direito Penal, sendo este não apenas o motivo de sua crise, como também o grande diferencial da Escola Positiva. Para Vaccaro (1854–1937), o erro da Escola Clássica foi estabelecer uma abstração teórica, que ignorou a realidade¹⁹⁶.

Numa vista panorâmica, a análise da evolução do direito de defesa permite perceber que ele aparece, inicialmente, como um valor político (*due process of law*), que evolui com a Escola Clássica para um sentido mais técnico, vindo a enfrentar – já a partir da Escola Positiva – uma ampla reação adversa. Porém, a questão em apreço será objeto de nosso próximo capítulo.

3.3. A Escola Positiva e as origens da divisão entre criminosos e seres normais: o preâmbulo do Direito Penal do autor e do esvaziamento do direito de defesa

Na segunda metade do séc. XIX, o aumento da criminalidade prenuncia a ânsia pelo surgimento de uma nova postura penal. Os ideais humanistas defendidos por nomes, como Beccaria (1738–1794) e Carrara (1805–1888), são sarcasticamente estigmatizados por instituírem a “carta magna dos delinquentes”¹⁹⁷. Vive-se uma situação crítica de desorganização.

¹⁹³ CARRARA, Francesco. "Programa do Curso de Direito Criminal". V. 2, Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2002, p. 90.

¹⁹⁴ Ibid, p. 96.

¹⁹⁵ Ibid, p. 62.

¹⁹⁶ "Origem e Funções das Escolas Penais". Trad. Henrique de Carvalho. Belo Horizonte: ed. Líder, 2004, p. 97. Em meados do século passado, Galdino Siqueira também segue esta linha de pensamento, ao afirmar que a nova doutrina penal abandona o crime como entidade abstrata, tal qual consagrado desde Feuerbach, para “ser encarado como ação humana lesiva ou comprometedora de bens jurídicos” ("Tratado de Direito Penal". T. III, Rio de Janeiro: José Konfino, 1947, 4v, p. 8).

¹⁹⁷ FERRI, Enrico. "Princípios de Direito Criminal: o criminoso e o crime". Trad. Paolo Capitano. Campinas: Bookseller, 1996, p. 49.

É nesse ambiente que Auguste Comte (1798–1857), destacando a desorganização que arruína a sociedade, pede a proteção dos governos para restabelecer a ordem¹⁹⁸. Não mais se devia justificar a desconfiança para como governo, não obstante a histórica tensão instalada entre ele e o povo¹⁹⁹. Para Comte, a reorganização da sociedade dependeria quase que inteiramente da observação do passado, ou seja, a política deveria observar os fatos e aplicar o sistema mais conveniente para a situação atual. Para tal efeito, o filósofo valoriza as classificações botânicas e de zoologia, realizadas a partir de constatação de fenômenos reais. Para ele, esse princípio é aplicável a qualquer ciência²⁰⁰. Assim, conferindo valor à análise dos fatos passados, propõe que o cientista proceda a classificações, assim com o fizeram os naturalistas.

Comte acreditava que o estudo da organização social do homem nada mais é do que uma parte do estudo da fisiologia²⁰¹. Isto porque os fenômenos coletivos se relacionam com os fenômenos individuais²⁰². De acordo com a filosofia positiva, o cientista deveria observar os fenômenos e não tê-los como bons ou maus²⁰³.

Assim, abre-se para a política criminal a necessidade de organizar uma resposta ao fenômeno criminal. Vale dizer, o positivismo de Auguste Comte permite a estruturação teórica da Escola Positiva. Em síntese, esta Escola absorve o raciocínio positivista, não somente classificando os criminosos, mas, pela análise de ordens fisiológicas, buscando antecipar, indutivamente, previsões sobre a capacidade de se cometer um delito no futuro. A Escola Positiva determina o crime como fenômeno individual que pode ser coletivizado, extraíndo, assim, suas conclusões sobre a aptidão coletiva para determinados crimes. Ora, sem dúvida, a pretensão punitiva do Estado, durante o predomínio da Escola, funcionará como um poderoso mecanismo de controle e organização social.

Não mais se devia tomar o crime como um elemento jurídico, abstrato e metafísico. Censurando o estágio de burocratização ao qual chegou a ciência criminal, os positivistas expõem a ciência criminal ao risco de se tornar um apêndice da medicina²⁰⁴. De fato, não foi impossível estabelecer comparações entre a ciência criminal e a medicina, Como explica

¹⁹⁸ COMTE, Auguste. "Reorganizar a Sociedade". Trad. Antônio Geraldo da Silva, São Paulo: Escala, s.d., p. 18.

¹⁹⁹ Ibid, p. 23.

²⁰⁰ Ibid, p. 82.

²⁰¹ Ibid, p. 98.

²⁰² Neste sentido, afirma Comte que "os fenômenos coletivos da espécie humana reconhecem por última causa, como seus fenômenos individuais a natureza especial de sua organização" (COMTE, Auguste. Op. cit., p. 99). O estudo do indivíduo fornece elementos para compreender a espécie (COMTE, Auguste. Op. cit., p. 102-3).

²⁰³ Ibid, p. 87.

²⁰⁴ CASTRO, Viveiros de. "A Nova Escola Penal". 2ª ed., Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1913, p. 21.

Castro, a Escola Positiva estaria para a moderna medicina assim como a Escola Clássica estaria para a medicina arcaica. Ou seja, a moderna ciência criminal deveria refletir sobre as particularidades do paciente, ao contrário dos teóricos clássicos, que, como os médicos antigos, insistiam em tratar a doença sempre com o mesmo remédio, ignorando as peculiaridades do paciente²⁰⁵.

Diante desse panorama, o período humanista clássico se obscurece definitivamente quando Cesare Lombroso (1835–1909) publica *L' Uomo Delinquente* (1871), inaugurando, assim, para o Direito Penal a fase da Escola Positiva, também integrada, na Itália, pelos proeminentes conhecimentos de sociologia criminal de Enrico Ferri (1856–1929) e de dogmática de Rafael Garofalo (1851–1934).

O direito de defesa permanece, mesmo formalmente, como uma conquista perene da dogmática processual penal, mas, como veremos, será alvo de séria degeneração, quando a ciência criminal volta-se à inquirição da personalidade do delincente.

Desde a Antigüidade, o Direito Criminal tem servido de instrumento à sujeição dos povos reconhecidos como bárbaros, não sendo, no entanto, adequado para o nosso estudo buscar as raízes históricas deste traço fundamental, porque se confunde com a origem da própria sociedade. Com efeito, cumpre fixar a antropologia criminal como um marco inicial moderno de um Direito Penal do autor, a partir de quando se origina uma ciência sistematizada e com o objetivo de discernir os fundamentos biológicos e sociais que distinguem as qualidades intrínsecas do homem normal das do infrator.

A Escola Clássica se diferencia da Positiva, fundamentalmente, pelo método, que era dedutivo para a primeira e indutivo para a outra. Enquanto a Escola Clássica estudava, dedutivamente, o infrator como um homem médio, normal, idealmente abstrato e isolado do crime²⁰⁶, a Escola Positiva analisa o homem a partir de experimentos que conduzam a respostas indutivas, isto é, investiga não apenas o crime, mas a relação dele com o homem que o pratica. Ou, noutras palavras, a Escola Clássica se fundamenta em dados da razão e, portanto, apriorísticos, e a Escola Positiva leva em conta dados integrantes das ciências experimentais (fisiologia, psicologia, anatomia, etc)²⁰⁷. Portanto, esta Escola estabelece indissolúvel relação entre crime e criminoso, aproximando a ciência penal de outros

²⁰⁵ Ibid, p. 22.

²⁰⁶ Para os clássicos, a pena era critério de proporcionalidade, resultando não somente da infração, mas da intensidade de vontade, do dano causado, da autonomia e culpabilidade do autor (ARAGÃO, Antonio Moniz Sodré. “As Três Escolas Penais: clássica, antropológica e crítica”. Rio de Janeiro, São Paulo: Freitas Bastos, 1955, p. 170).

²⁰⁷ BETTIOL, Giuseppe. “O Problema Penal”. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas/SP: LZN, 2003, p. 86.

conhecimentos, em direção à perquirição das anomalias psíquicas do delinqüente, que obedecia a um padrão orgânico, um tipo nascido com a predisposição para violar a lei e, assim, o faria em ambiente favorável.

Apresentadas estas primeiras evidências, impende concentrar atenção elementar à teoria de Lombroso, a fim de que seja identificada a utilidade de se abolirem do Direito Penal os traços que o tornam uma ciência voltada à intolerância para com as minorias sociais. Ao professor de Verona parecia indiscutível que os indivíduos com anatomia peculiar predispunham-se ao crime. A assimetria craniana e facial, a proeminência dos maxilares, certa formação das orelhas e até a falta de barbas, entre outros sinais, indicavam a inclinação criminosa de um indivíduo. À época, não era surpreendente comparar o homem criminoso aos animais irracionais ou mesmo às plantas carnívoras, cujos instintos e predisposições naturais conduziriam tais seres a cometerem o que entre os humanos intitula-se crime. Com efeito, tanto nos animais irracionais como nos homens, poderiam ser causas de delitos a antipatia, as paixões, as aglomerações, o roubo, o alimento, a educação ou, inclusive, as condições climáticas²⁰⁸.

Inspirado nos estudos de frenologia de Gall e também nos ensaios fisionômicos de Lavater²⁰⁹, Lombroso defende que as anomalias cranianas são determinantes de perversidade entre homens e animais, ainda que, nos últimos, os distúrbios provenientes de tais deformações ósseas sejam mais evidentes. Surgem, nas anotações lombrosianas, estatísticas de estudos sobre cérebro, cerebelo, coração, fígado, órgãos genitais e estômagos de criminosos, loucos e indivíduos normais. Seus exames não ficaram entre os cadáveres; analisando quase quatro mil indivíduos, as conclusões são inacreditáveis. Por exemplo, os criminosos seriam dotados de grande envergadura, tanto que os homicidas seriam mais fortes do que os falsários e ladrões²¹⁰.

O autor de *O Homem Delinqüente* adverte, em bom momento, que o conjunto de caracteres sintomatiza o criminoso e não a ocorrência isolada de um ou outro sinal²¹¹, embora, contraditoriamente, registre que “as anomalias, mesmo isoladas, têm importância”²¹².

²⁰⁸ Nietzsche revigora, na sua filosofia, estas preocupações. Dentre os erros do homem, diz, está o de sentir uma “relação hierárquica falsa diante dos animais e da natureza” (“A Gaia Ciência”. Trad. Antonio Carlos Braga, São Paulo: Escala, 2006, p. 123).

²⁰⁹ Cf. ARAGÃO, Antonio Moniz Sodré. Op. cit., p. 56.

²¹⁰ LOMBROSO, Cesare. “O Homem Criminoso”. Trad. Maria C. Carvalho Gomes. Rio de Janeiro: Rio, s.d., pp. 9 e 158.

²¹¹ Ibid, p. 171.

²¹² Ibid, p. 502. De qualquer modo, o conjunto de sinais referidos foi resumido por Lombroso da seguinte forma: “...o delinqüente tem estatura mais alta; envergadura maior, tórax mais amplo, cabeleira mais escura e peso superior ao normal e ao dos alienados; apresenta ainda, sobretudo nos ladrões. Nos reincidentes e nos menores,

Lombroso (1835–1909) deita fundamentos ao exame da biologia e da psicologia do delinqüente nato, o que parece tomar-lhe maior preocupação. Assim, enquadra a tatuagem como uma das características do criminoso, relacionando-a muito mais com a psicologia do que com a anatomia²¹³. Ele também analisa o papel da gíria, código de identificação pessoal e meio ao qual recorreriam os criminosos, segundo diz, como forma de proteção contra intrusos²¹⁴.

Apesar de não avaliar os efeitos do desemprego como causa da criminalidade, o professor italiano – ao contrário – registra a repulsa ao trabalho entre as características do delinqüente, em maioria entregue ao ócio²¹⁵. Como se percebe, a teoria antropológica lombrosiana reduz a condição humana à natureza dos animais. Estuda homens delinqüentes, classificando-os segundo critérios que os distingue dos demais seres humanos, tão somente porque transgressores de normas penais; justifica a criminalidade pelo criminoso, sem aprofundar causas sociais ou exógenas. O criminoso nato, de acordo com tais fundamentos teóricos, padece de formação congênita que lhe permita viver em sociedade; são homens primitivos. No desiderato de fundamentar tais argumentos, expõe que os criminosos se habituariam ao álcool do mesmo modo que os povos selvagens, quando introduzidos a tais usos²¹⁶.

uma série de subminocefalis maior do que no normal e menor do que no alienado; o índice do crânio, comparado em geral ao índice étnico, é mais exagerado; o delinqüente apresenta ainda assimetrias cranianas e faciais freqüentes, sobretudo nos estupradores e nos ladrões, mas mais raras do que nos loucos; tem sobre os últimos superioridade nas lesões traumáticas na cabeça e nos olhos oblíquos. Mas menos freqüentemente. O ateroma das artérias temporais, a implantação anormal das orelhas, a escassez da barba, o nistagmo [movimento do globo ocular]; a assimetria facial e craniana, a midriacal e craniana, a midríase; e ainda mais raramente a calvície precoce; em proporções iguais, o prognatismo, a desigualdade das pupilas, nariz torto, testa oblíqua; mais freqüentemente do que os loucos e sadios, o delinqüente tem a face mais longa, desenvolvimento maior das apófises zigomáticas e das apófises zigomáticas e da mandíbula, o olhar sombrio, cabeleireira espessa e negra, sobretudo nos salteadores; os corcundas, muito raros entre os homicidas, são mais freqüentes entre estupradores, falsários e incendiários. Os últimos, e mais ainda os ladrões, têm sempre estrutura, peso e força muscular inferiores às dos bandidos e homicidas; os cabelos louros são abundantes nos estupradores, os negros nos ladrões, matadores e incendiários” (LOMBROSO, Cesare. Op. cit., pp. 185-6).

²¹³ Ibid, p.191.

²¹⁴ Ibid, p. 392.

²¹⁵ Ibid, pp. 318-9.

²¹⁶ Ibid, p. 278. Lombroso, equiparando o criminoso nato ao selvagem, confirma o seguinte: “O maior número das características do homem selvagem encontram-se no malfeitor: a escassez dos pêlos, a estreiteza da fonte, o desenvolvimento exagerado dos senos frontais; a maior freqüência das suturas médio-frontais, cavidade occipitalmediana, ossos vórmios, sobretudo os epactais; as sinostes precoces, particularmente da fonte, a saliência da linha, arqueada do temporal, a simplicidade das suturas; a maior espessura da caixa craniana, o desenvolvimento desproporcional da mandíbula e dos zigonmas, o prognatismo; a obliquidade, a maior capacidade orbital e a maior área da cavidade occipital; o predomínio da face sobre o crânio, paralelo ao dos sentidos sobre a inteligência; a pele mais escura, os cabelos mais espessos e eriçados, as orelhas de abano ou volumosas, os braços mais longos, os cabelos mais negros; a ausência de barba nos homens, a pelugem na fonte; maior acuidade visual; a sensibilidade consideravelmente diminuída (o que explica a invulnerabilidade); a ausência de reação vascular; a precocidade, um dos caracteres essenciais dos selvagens; maior analogia entre os dois sexos, maior uniformidade fisionômica, o mancínismo, a maior incorrigibilidade na mulher; a sensibilidade

A teoria de Lombroso assume feição perigosa ao reconhecer o crime como fenômeno natural, a exemplo do nascimento e da morte²¹⁷; argumentos que prestam a alicerçar posições dramáticas pelo encarceramento ou recrudescimento de sanções e, mais proximamente, pela aplicação de políticas de tolerância zero ou de separação dos *inimigos da comunidade*, punindo severamente pequenos infratores reincidentes. Inicia-se, deste modo, um processo de classificação dos homens menos sociais, sobrepondo-se razões à superioridade de uns sobre outros²¹⁸. Os homens honestos se separam dos criminosos, e estes se subdividem em natos, loucos, habituais, de ocasião ou por paixão etc. Os tipos variam segundo a teoria de cada pensador da Escola. Em poucas palavras, as ciências criminais esboçam os valores primordiais do Direito Penal do autor, cultivando temas simpáticos à discriminação dos *estranhos*.

Muito antes de Lombroso, Kant já havia desconfiado de que algumas pessoas, mesmos as que receberam educação, apresentavam uma maldade ínsita, a ponto de serem consideradas perversos natos, incorrigíveis. Porém, o filósofo alemão avaliava mesmo assim que o homem possuía o livre arbítrio para cometer maldades²¹⁹. Em larga escala, a Escola Positiva firma a convicção de que o criminoso nato não tem vontade própria diante do impulso de cometer crimes.

Com o tempo, a Escola Positiva segmenta-se em um ramo crítico, também apontado como uma Escola Crítica. Para os críticos, que se opõem ao conceito de criminoso nato, ninguém nascia com as características de criminoso, mas as adquiria, como um profissional que assimila certos hábitos comuns ao seu labor diário. Aqui pousa a grande diferença: enquanto os positivistas clássicos defendiam um criminoso que já nascia com os caracteres que determinam sua predisposição ao crime, os dissidentes críticos sustentam que a vida em sociedade proporciona a aquisição desses caracteres²²⁰. No entanto, o ramo crítico, por

física pouco pronunciada, a completa insensibilidade moral e afetiva, a preguiça, a absoluta ausência de remorso; a imprevidência que, às vezes, se assemelha à coragem, e a coragem que se alterna com a covardia, a vaidade extrema, a paixão pelo sangue, pelo jogo, pelas bebidas alcóolicas e seus sucedâneos; as paixões tão fugazes quanto violentas, o espírito muito supersticioso, a suscetibilidade exagerada do “ego” e, por fim, o conceito relativo da divindade e da moral” (LOMBROSO, Cesare. Op. cit., pp. 496-7).

²¹⁷ Cf. LOMBROSO, Cesare. Op. cit., p. 501.

²¹⁸ Michel Foucault di-lo: “A criança, o doente, o louco, o condenado se tornarão, cada vez mais facilmente a partir do século XVIII e segundo uma via que é a dos mecanismos de disciplina, objeto de descrições individuais e de relatos biográficos, esta transcrição por escrito das existências reais não é mais um processo de heroificação; funciona como processo de objetivação e de sujeição” (“Vigiar e Punir: histórias da violência nas prisões”. 22ª ed., Trad. Raquel Ramalhe. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 159).

²¹⁹ “Crítica da Razão Prática”. Trad. Afonso Bertagnoli. Rio de Janeiro: Edições de Ouro, 1980, p. 164.

²²⁰ Cf. ARAGÃO, Antonio Moniz Sodré. “As Três Escolas Penais: clássica, antropológica e crítica”. Rio de Janeiro, São Paulo: Freitas Bastos, 1955, p. 247.

guardar muito mais semelhanças com as linhas gerais da Escola Positiva, pode ser estimado, simplesmente, como um segmento teórico dela.

A prevenção individual como função da pena ganha destaque mesmo a partir dos positivistas, muito embora Platão (428/27–347 a.C.) já dispusesse sobre ela. Devido aos estudos de sociologia criminal, a Escola Positiva traz a indicação de outras medidas – não somente jurídicas – necessárias ao tratamento do crime, mediante o emprego, ações na educação, política, família e economia (prevenção remota). Somente em não surtindo efeito a prevenção remota, ou seja, em ocorrendo o crime, é que cabia a sua repressão, que levará em conta o criminoso não como um homem médio, tal qual faziam os clássicos, mas sim como um indivíduo dotado de caracteres orgânicos e sociais próprios²²¹.

Para a Escola Positiva, a pena deveria ser dosada conforme as necessidades de defesa social²²². Porém, aqui, ainda não há uma política criminal autônoma de defesa social, o que, de fato, somente acontecerá a partir dos estudos de Adolfo Prins, Liszt e Hamel. Em um primeiro momento teórico, a pena deve objetivar, precipuamente, a *prevenção individual (especial)*, ou melhor, deve agir diretamente sobre o homem criminoso, evitando que ele volte a delinquir. Logo em um segundo instante, os teóricos críticos desviam o ponto central da discussão do criminoso para a sociedade, de modo que a pena, como defesa social, seja útil à sociedade, refletindo muito mais os interesses da *prevenção geral*²²³. Noutras palavras, a pena também deve evitar a delinquência de outros indivíduos submersos em condições iguais às do criminoso.

Em linhas gerais, não se credita muito ao poder da educação na recuperação dos criminosos²²⁴. A partir desta Escola, a pena não resulta apenas do crime, mas deve adaptar-se à personalidade do criminoso. Os manicômios judiciários, as medidas de segurança resultam desse período²²⁵. Logo, legislações de todo mundo se reorientam segundo os novos valores.

²²¹ FERRI, Enrico. “Princípios de Direito Criminal: o criminoso e o crime”. Trad. Paolo Capitano. Campinas: Bookseller, 1996, pp. 63-4.

²²² Elysis de Carvalho afirma o seguinte: “A penalidade mais conforme com os verdadeiros principios do Direito é aquella que é inflingida ao criminoso em dose estrictamente necessaria á segurança social” (“A Policia Carioca e a Criminalidade Contemporanea”. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1910, p. 11. Disponível em <http://bdjur.stj.gov.br/dspace>. Acesso em 31/7/2007).

²²³ ARAGÃO, Antonio Moniz Sodré. “As Três Escolas Penais: clássica, antropológica e crítica”. Rio de Janeiro, São Paulo: Freitas Bastos, 1955, p. 303.

²²⁴ Ibid, p. 589.

²²⁵ FERRI, Enrico. Op. cit., pp. 66 e 68.

No Brasil, Enrico Ferri afirma, expressamente, que Vieira Araújo e Viveira (sic) de Castro difundiram as novas idéias antropológicas na Universidade de São Paulo²²⁶.

Sem dúvida, o prócer da Escola Positiva foi Enrico Ferri, que alia a sociologia criminal à antropologia lombrosiana, esquadrinhando os fins da defesa social contra o crime, especialmente pelo relevo dos aspectos de prevenção indireta do crime, e não apenas pela repressão.

Na inter-relação de conhecimentos – biologia, psicologia, estatística, sociologia, antropologia etc. –, o juiz opera a partir de ampla margem discricionária, produzindo uma pena que responda à personalidade do agente, o que mitiga, substancialmente, o exercício da garantia de defesa. O processo penal, pois, não apenas percorre o crime, mas vai além do fato para colher vestígios da personalidade do infrator, sobre os quais se montará o mosaico da sanção. A ampla discricionariade judicial margeia a arbitrariedade, reduzindo, gravemente, as possibilidades defensivas. O crime, por si só, já é um julgamento desfavorável à personalidade de quem o comete. O processo penal daquela época volta-se ao relevo da personalidade como núcleo central da produção probatória²²⁷ e, assim, torna-se um rigoroso instrumento de defesa social²²⁸. Perquire-se também a personalidade da vítima e da testemunha, o que ceifa as derradeiras condições de acontecer uma efetiva defesa. Depois da Revolução Francesa, que realizou uma ampla asepsia penal para favorecer a aplicação mecânica da lei, finalmente toma lugar o arbítrio das penas no momento em que se busca ajustar a sanção à pessoa do acusado, dando-se forma à justiça subjetiva e desigual²²⁹.

²²⁶ Ibid, p. 116. Ferri deve referir-se a João Vieira de Araújo (1844–1922) – professor da faculdade de Recife – e a Francisco José Viveiros de Castro (1862–1906). Não pode ser ignorado que, mesmo antes de Castro, João Vieira de Araújo já havia despertado para os estudos da Escola Positiva (CASTRO, Viveiros de. "A Nova Escola Penal". 2ª ed., Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1913, p. 13). Vieira de Araújo foi autor do projeto do Código Criminal, de forte influência positiva, apresentado em 1893, mas que acabou sendo rejeitado pelo Congresso (SOUZA, Moacyr Benedicto de. "A Influência da Escola Positiva no Direito Penal Brasileiro". São Paulo: Leud, 1982, p. 63). De outro lado, a primeira obra sobre sociologia criminal em língua portuguesa foi A Nova Escola Penal, escrita por Viveiros de Castro (CASTRO, Viveiros de. Op. cit., p. 13). Sobre estes autores, cf. ALVAREZ, Marcos César. Apontamentos para uma História da Criminologia no Brasil. In: KOERNER, Andrei (Org.) "História da Justiça Penal no Brasil: Pesquisas e Análises". São Paulo: IBCCRIM, 2006, p. 137. Para uma visão específica da doutrina criminológica no Brasil (Tobias Barreto, Nina Rodrigues, Evaristo de Moraes, entre outros), cf. LYRA, Roberto. "Direito Penal Científico (Criminologia)". Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1974. Ricardo Freitas também analisa o pensamento positivista radical brasileiro, tratando de Viveiro de Castro, João Vieira de Araújo, entre outros ("As Razões do Positivismo Penal no Brasil". Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 297 e ss).

²²⁷ FERRI, Enrico. Op. cit., pp. 112 e 114.

²²⁸ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. "Teoria Constitucional do Direito Processual Penal: limitações fundamentais ao exercício do direito de punir no sistema jurídico brasileiro". Tese de Doutorado. Recife: Faculdade de Direito/UFPE, 2005, p. 95.

²²⁹ CRUET, Jean. "A Vida do Direito e a Inutilidade das Leis". Sem tradutor mencionado. Salvador: Progresso ed., 1956, p. 158.

Numa página clara, Luigi Ferrajoli afirma que a Escola Positiva muda o foco do Direito Penal *do fato* para o *do autor*, em função de que tanto o Direito Penal como o Processo Penal voltam-se à finalidade de prevenção, agora baseada “na periculosidade e liberado de garantias penais processuais”²³⁰. Nesse aspecto, as teorias consagradas com a Escola Positiva deram suporte científico para a estruturação de um Direito Penal do inimigo. O inimigo, no caso, compreenderia todo aquele que preenchesse condições fisiológicas ou sociais, a justificar uma presunção de periculosidade incompatível com os princípios penais clássicos. Como assinala Ricardo Freitas, “o positivismo penal, cientificamente ‘avançado’ pelos padrões da época, constituiu-se uma rigorosa forma de controle social e justificação da repressão desencadeada contra as massas”²³¹.

No entanto, o Direito Penal *do fato* não passou a salto para o Direito Penal *do autor*. Será, então, tarefa do capítulo seguinte demonstrar como a transformação da conjuntura política no final do séc. XIX favorece a reorquestração das idéias penais.

3.4. Teorias punitivas ecléticas: a suplantação dicotômica das Escolas

No final do séc. XIX, as teorias justificadoras do poder punitivo estão em efervescência. A Escola Histórica concebida por Friedrich Karl von Savigny (1779–1861) faz uma crítica aos Códigos; fomenta a necessidade de se recuperarem os valores dos costumes nacionais como conteúdo das fontes do direito. Pedro Lessa explica que esta Escola combate a onipotência do legislador²³², preparando assim o terreno para a transição dos sistemas racionalistas (próprios dos teóricos neoclássicos) à teoria científica do Direito (própria dos teóricos positivistas).

Contudente, Savigny nega a capacidade de se mudar um povo por meio de um método racionalista. O direito não nasce da razão, mas da observação dos fatos e pela indução. Para ele, os racionalistas – como Maquiavel, Hobbes, Locke e Beccaria – não foram capazes de oferecer nenhuma teoria concreta, tampouco apontaram princípios ou leis fundamentais²³³, de modo que suas idéias subjetivas e abstratas não poderiam mudar a

²³⁰ “Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal”. Trad. Ana Paulo Zomer et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 406.

²³¹ Op. cit., p. 302.

²³² “Estudos de Filosofia do Direito”. Campinas: Bookseller, 2000, p. 289.

²³³ Ibid, p. 293.

sociedade. No entanto, Savigny também se equivocava quando acredita num direito produto de uma evolução natural, quase darwiniana²³⁴.

A Escola Histórica mostra que o direito atende às particularidades de espaço e tempo. O historicismo defende, perigosamente, não existirem governos ilegítimos ou legítimos; a obediência a qualquer governo dever ser igual²³⁵. Como se notará, a concepção do direito como produto da consciência nacional²³⁶ será fundamental às teorias penais engendradas durante o nacional-socialismo.

A partir do término do século XIX, exsurge na Europa um grande embate dogmático em torno dos fundamentos da sanção penal. O homem deve ser punido pelo que ele faz ou pelo que ele é? Deve prevalecer o Direito Penal do fato ou o Direito Penal do autor? Estas são as questões a serem respondidas pelos teóricos, a partir das quais, se posiciona a corrente retributiva (absoluta), que, inclinando-se pela primeira alternativa, reclama uma pena proporcional à culpa resultante do fato individual. No flanco antagonista, a corrente relativista elege a segunda opção, apregoando, assim, a resolução da pena também por fatores extrajurídicos.

As teorias utilitaristas, ou seja, que tratam da pena como um meio útil à sociedade, esvazia o conteúdo jurígeno do processo penal. O processo torna-se um modo de investigação da personalidade do agente²³⁷. Por tal motivo, o autoritarismo e o totalitarismo converter-se-ão, durante o século XX, nos maiores adversários da garantia de defesa²³⁸. No período, os estímulos trazidos pelas revelações da Escola Antropológica de Cesare Lombroso (1835–1909) ressoam o descontentamento para com a política criminal retributiva, incapacitada diante do aumento da criminalidade.

Rudolf von Iherig (1818–1892) foi um dos primeiros a confrontar a corrente retributiva. Ele acreditava que o bem e o mal eram relativos; dependiam de quem julga a

²³⁴ Ibid, p. 298.

²³⁵ Ibid, p. 301.

²³⁶ Criticando a escola, Franz Wieacker explica que o jurista orienta a sua decisão sob diversos pontos de vista (lei, convenções morais da sociedade etc), mas que em muitas situações estes pontos de vistas não são suficientes para resolver o caso jurídico, sendo que a história pouco pode ajudar, v. g., em processos de organização de comércio, segurança social ou direito das patentes (“História do Direito Privado Moderno”. Trad. A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967, p. 490).

²³⁷ LISZT, Franz von. “A Teoria Finalista no Direito Penal”. Campinas: LZN, 2003, p. 06.

²³⁸ Cf. HOYOS, Arturo. “El Debido Proceso”. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1998, p.19.

conduta²³⁹. O justo é o bem social – afirma –, enquanto a pena justa deve suscitar uma finalidade em favor da sociedade²⁴⁰.

Na Alemanha, Franz von Liszt (1851–1919) inaugura a Escola Moderna, separando Direito Penal da Criminologia²⁴¹. Crítico da corrente retributiva e simpático à sociologia criminal, Liszt admite que a pena pode ter o fim de retirar da sociedade “o delinqüente que se tornou inútil” a ela²⁴². O penalista, cômico de que a pena-defesa também deve punir o agente pelo que ele é, atribui à sanção um caráter instrumental, um esforço à procura de um fim. Em seu famoso programa da Universidade de Marburgo (1882), ele considera a “exigencia de una política criminal *adecuada a los fines sociales*”²⁴³, como escreve Mezger. Para tanto, toma como ponto de partida a *prevenção individual* (ou *especial*), propondo, assim, que o Direito Penal atue diretamente sobre o indivíduo transgressor da lei²⁴⁴. O problema, como se verá na época do predomínio do nacional-socialismo, é que tal fim se pautará por ameaçadoras contingências de espaço e tempo, não mais sendo possível distinguir o sentido do mal e do bem.

O fortalecimento das idéias utilitaristas, como a de Liszt, encoraja a política criminal conservadora do Império prussiano, conferindo à pena a tarefa de controlar delinqüentes habituais, não obstante fosse necessário empregar soluções severas para reprimir, até mesmo,

²³⁹ Espinosa (1632–1677) também defendia um conceito de ética relativizado, entendendo que algo pode ser ao mesmo tempo bom ou mau (“Pensamentos Metafísicos; Tratado da Correção do Intelecto; Tratado Político; Correspondência”. Trad. Marilena Chauí. São Paulo: Nova Cultura, 2000, p. 51).

²⁴⁰ IHERING, Rudolf von. “A Finalidade do Direito”. V. 2, Trad. José Antônio Faria Correia. Rio de Janeiro: Rio, 1979, p. 114 a 116. As palavras de Iherig devem ser reiteradas: “O que é válido para a justiça, o é, igualmente, para a pena. Caso não mais fosse necessária, seria inconseqüente se a sociedade dela continuasse a fazer uso. Com isso pronuncia-se a sentença contra a assim chamada teoria absoluta do Direito Penal. Em meu modo de ver, essa contém um dos maiores erros a que jamais incorreu uma insana especulação filosófica, divorciada da observância da destinação prática de todas as instituições humanas, uma negligência à história do Direito Penal, que constantemente preconiza a doutrina de que as penas se implantam atendendo a fins práticos. Querer substituir a finalidade prática da pena pelo imperativo categórico penal absoluto não é em nada melhor do que afirmar que um moinho não existe para moer farinha, mas por si mesmo, ou pela idéia de um moinho; que ele apenas realiza a idéia ou o imperativo categórico do moer. Se não fosse a fome que houvesse introduzido no mundo o moinho, nem a necessidade, ao Direito Penal, teríamos precisado de muito tempo até que a idéia os tivesse feito brotar de si! E como se a missão que cumprem já não fosse suficientemente ideal! Como se fosse mais ideal representarmos um processo lógico (a negação conceptual do crime através da pena) do que solucionar praticamente uma das primeiras e mais elevadas tarefas da humanidade: a manutenção e segurança da ordem social contra a criminalidade” (IHERING, Rudolf Von. Op. cit., p. 120).

²⁴¹ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. O Direito Penal e a Criminalidade. “Revista do Curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte”. Natal, v. 1, fascículo 1, p. 121-141, jul.-dez./1996, p. 127. Sobre a Escola Moderna alemã e a influência da Escola Positiva, cf. FERRI, Enrico. “Princípios de Direito Criminal: o criminoso e o crime”. Trad. Paolo Capitano. Campinas: Bookseller, 1996, p. 68.

²⁴² “Tratado de Direito Penal Alemão”. V. 1, Trad. José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2006, edição fac-similada, p. 100.

²⁴³ “Tratado de Derecho Penal”. T. I, 2ª ed., sem tradutor mencionado, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1946, p. 78-9.

²⁴⁴ Ibid, p. 80.

os delitos leves. Naquele tempo de crescente criminalidade urbana, a dogmática penal alemã volta atenções à “inocuidade da rale [Sippen] criminal”²⁴⁵.

Prepara-se, assim, o palco da *luta das escolas*, quando então se discute quais fins devem ser reservados para a pena²⁴⁶. Para os teóricos alinhados ao Estado Liberal e à Escola Clássica, a pena deveria buscar a retribuição e a *prevenção geral*, já que o critério de *prevenção individual* dava ensejo ao tratamento desigual das pessoas. Por outro lado, os pensadores engajados com o Estado Social e com a Escola Positiva davam prioridade à *prevenção individual*, motivo pelo qual reconheciam que a pena deveria agir sobre o criminoso de acordo com as suas características individuais, evitando que ele voltasse a cometer crimes²⁴⁷.

Em síntese, o conceito absoluto de que pena deveria ser uma aflição resultante de um fato ilícito passado (*punitur postquam peccatum est*) estava em atrito com o que atribuía à pena a função de impedir o delinqüente de cometer delitos no futuro (*punitu ne peccetur*)?²⁴⁸ Assim, temos que deitar vista no seguinte: a luta das escolas aponta caminhos opostos para a legislação que se pretende para o futuro. De um lado, os ideais clássicos valorizam a retribuição, a classificação dos crimes e a benignidade da lei penal e, por outro, o pensamento positivista imprime expectativa de uma reação penal enérgica, mediante a classificação dos criminosos, abrindo uma frente específica contra a doutrina de Carrara.

No entanto, não tem longa constância a tensão teórica no qual se desenvolvem as idéias penais na passagem para o séc. XX. O fim da *luta das escolas* ainda no início do séc. XX, entre outros aspectos, favorece a superação da divisão teórica entre as escolas penais e o

²⁴⁵ CONDE, Francisco Muñoz. "Edmundo Mezger e o Direito Penal de seu Tempo: estudos sobre o Direito Penal no Nacional-Socialismo". 4ª ed., Trad. Paulo César Busato, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 09 e 81. No início do séc. XX, é extenso o número de leis que se orientam pelos postulados da defesa social, visando proteger a sociedade contra aqueles indivíduos considerados ameaçadores. Uma lei da Noruega de 1902 determina que a pena possa ser aumentada caso o Júri reconheça o estado de perigoso do agente. Na Inglaterra, lei idêntica foi adotada em 1908. Na Bélgica, uma lei de 1891 admite que alguém seja detido por até sete anos em razão de mendicância ou vadiagem. (PRINS, A. "La Defensa Social y las Transformaciones del Derecho Penal". Sem tradutor mencionado. Madrid: Hijos de Reus, 1912, pp. 81, 80 e 82). Para consultar uma resenha sobre a obra de Muñoz Conde, cf. MACHADO, Maria Rodriguez de Assis. Edmundo Mezger e o Direito Penal do nosso Tempo (Resenha). "Revista Direito GV". V. 1, n. 1, p. 153-159, maio de 2005. Disponível em: www.direitogv.com.br.

²⁴⁶ Mezger afirma o seguinte sobre este período de transição: "La gran base de experiencia creada en el siglo XIX y principios del XX, en virtud de intenso trabajo, constituye ya un patrimonio seguro del Derecho punitivo del presente" ("Tratado de Derecho Penal". T. I, 2ª ed., sem tradutor mencionado, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1946, p. 82).

²⁴⁷ Ibid, p. 80.

²⁴⁸ Cf. BELING, Ernst von. "A Ação Punível e a Pena". Trad. Maria Carbajal. São Paulo: Rideel, 2007, p. 81.

reconhecimento dos fatores sociais como causa do crime, assim como principia uma crítica à pena, que somente tomará corpo, completamente, depois do segundo pós-guerra²⁴⁹.

De fato, também ganhará espaço uma doutrina técnico-jurídica, que, sem o status de Escola, não mais dá atenção às orientações filosóficas ou antropológicas²⁵⁰. Arturo Rocco é quem encabeça esta tendência, em função de que os códigos passam a ser dominados por estrutura formal e linguagem rigorosa²⁵¹. Como bem explica Rabenhorst, perde fôlego, entre os filósofos, a busca pelo um fundamento último da pena, capaz de encerrar, de uma vez por todas, a discussão em torno da justificativa do poder punitivo²⁵².

O fim da luta de escolas abriu caminho para que a sanção penal seja fundamentada por teorias mistas, isto é, baseadas na função de retribuição e prevenção. Estas teorias, pois, entendem que a prevenção deve atender à sociedade, mas isso acontece de maneira limitada pela retribuição. Dito de outro modo, a prevenção de crime deve ser alcançada com a máxima utilidade possível e o mínimo sofrimento necessário. No entanto, a abertura para teorias mistas esconde um risco. A pena está mais flexível à política pública, de tal modo que a sua função passa a depender diretamente do modelo do Estado que prevalece em cada momento histórico²⁵³.

3.5. *O Estado Social e seu reflexo sobre o sistema punitivo*

Na passagem para o séc. XX, a chamada era vitoriana ostenta uma representação simbólica da consciência política vigente antes do firmamento do Estado Social. O fim do reinado da Rainha Vitória (1837–1901) na Inglaterra demarca o início de uma nova consciência de superação do pensamento conservador. Nesse período, acreditava-se que a igualdade real dava-se pela oportunidade igual para todos (igualdade formal). Assim, os vitorianos julgavam nobre proteger a propriedade. Como vislumbravam a pobreza como um mero *fato social* e não um *problema social*, os vitorianos não se preocupam em instituir

²⁴⁹ NUVOLONE, Pietro. La Scienza Penale All'inizio del Secolo XX. "Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale". Milano, v. 25, p. 433-446, 1982, p. 445.

²⁵⁰ Ibid, p. 440.

²⁵¹ Ibid, p. 441.

²⁵² A Dignidade do Homem e os Perigos da pós-Humanidade. "Verba Juris. Anuário da Pós-Graduação em Direito". João Pessoa, v. 4, jan./dez., p. 105-126, 2005, p. 106.

²⁵³ MIR PUIG, Santiago. "Direito Penal: fundamentos e teoria do delito". Trad. Cláudia Vianna Garcia e José Carlos N. P. Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 79 e 80.

mecanismos para demovê-la²⁵⁴. Nessa linha, os pobres pertenciam a uma subclasse, limitada de participar politicamente da sociedade²⁵⁵.

A aproximação do final do século XIX demarca o encerramento do período de confiança da era vitoriana e a aproximação de novas idéias socialistas. A onda de desemprego que se alastra permite a revisão dos conceitos sobre quem são os indigentes. Conforme analisa T. H. Marshall, começa-se a pensar na classe dos pobres de forma diferenciada, notadamente porque, durante o reinado da Rainha Vitória, predominou um espírito discriminatório, segundo o qual somente os indigentes – como classe inferior – recebiam a assistência da lei dos pobres de 1834²⁵⁶. É importante frisar que, em muitos países, os pobres estavam agrupados aos vadios e delinquentes penais²⁵⁷, tendo havido, como no caso da Alemanha nazista, o predomínio de um modelo político-criminal de completa exclusão dos reconhecidamente indesejados.

No séc. XIX, durante o predomínio do liberalismo, o Estado colocava-se em oposição à sociedade, razão pela qual o legislador concentrava o poder de decisão contra o arbítrio do governo, que tanto tinha o poder de encarcerar, como o de exigir pagamento de tributos. Por isso, o parlamento cumpria a função de limitar o Estado em benefício da sociedade²⁵⁸.

Contudo, essas condições políticas mudam com a chegada do séc. XX, quando então desaparece a necessidade de se proteger do governo. Afinal, já não há oposição entre o Estado e a sociedade, razão pela qual o Estado Liberal – neutro e abstencionista – também começa a perecer. Dessa forma, o Estado une-se à sociedade e, para este efeito, os *problemas sociais* tornam-se *problemas políticos*²⁵⁹. Por isto, o Estado alemão evoluirá para o modelo Totalitarista, a envolver numa unidade o Estado e a sociedade²⁶⁰.

²⁵⁴ MARSHALL, T. H. "Política Social". Trad. Meton P. Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar, 1976, p. 18.

²⁵⁵ De fato, como expõe Rabenhorst, ainda há, hoje em dia, uma cínica preocupação com a atenuação indireta da pobreza, mas não existe uma manifesta vontade de eliminá-la, o que deixa transparecer a falsa impressão de que a pobreza não pertence ao mundo dos Direitos Humanos (A Pobreza no Direito e a Pobreza do Direito. "Direito e Liberdade". Mossoró, ano 2, n. 1, v. 4, p. 63-71, jul-dez/2006, p. 67).

²⁵⁶ MARSHALL, T. H. Op. cit., pp. 20 e 32.

²⁵⁷ Ibid, p. 42.

²⁵⁸ SCHMITT, Carl. "La Defensa de la Constitución". 2ª ed., Trad. Manuel Sanchez Sarto. Madrid: Tecnos, 1998, p. 135.

²⁵⁹ Ibid, p. 136.

²⁶⁰ Ibid, p. 137.

E isso não é tudo. O mais interessante é que o governo deixa de ser considerado uma ameaça. Vale dizer, o Estado e a sociedade passam a exigir garantias contra o arbítrio do legislador²⁶¹.

Resumindo. Durante o Estado Liberal, a separação entre Estado e sociedade situava aquele em oposição a esta. As garantias processuais, portanto, se justificam como uma defesa da sociedade contra o arbítrio do poder. No entanto, tudo isto muda com o advento do Estado Social. O Estado absorve a sociedade, tornando-se o seu regulador. Agora, como provedor de bem-estar, os problemas sociais tornam-se assunto de Estado e, como tais, são, de agora em diante, questões políticas²⁶². O crime, conseqüentemente, merece um tratamento político, mas o direito de defesa ainda não assume, claramente, uma feição de garantia.

De fato, neste ambiente de revisão de conceitos, o Estado incute a função de melhorar o homem e atender aos problemas sociais. Sob a inspiração da Escola Positiva, as idéias de defesa social surgem como *o novo* – uma ampla reação à crise do sistema penal (neo)clássico. Por conseguinte, no final do século XIX, quando os teóricos começam a compreender que a pena precisa destinar-se à defesa da sociedade contra o fenômeno crime, o movimento ganha conotação político-criminal, dissociada da concepção clássica de mera repressão.

Enfim, a pena deveria ser mesmo um mal pelo mal? Para Hegel (1770–1831), a pena somente compreendia uma negação da negação²⁶³, uma conseqüência natural do crime e, portanto, não uma questão de bem ou mal ou de justiça²⁶⁴. Por isso, o filósofo indicava a pena de morte para quem cometesse um homicídio. Ora, segundo entendia, a pena deveria ser determinada pelo ato criminoso; assim, cumpriria o papel de restabelecer o direito, sem demandar qualquer outra finalidade. Ou, noutras palavras, tampouco deveria a pena corresponder ao propósito de correção do criminoso ou mesmo decorrer de sua periculosidade²⁶⁵. Na concepção das teorias absolutas, a pena era um mal pelo mal e, do mesmo modo, a sua determinação não se subordinava a critérios estranhos ao fato (*quia peccatum est*), sendo, portanto, limitada à retribuição e à *prevenção geral*. Beccaria (1738–1794) apenas esperava que a conseqüência da punição não fizesse merecer o esforço pelo

²⁶¹ Ibid, p. 140.

²⁶² Assim, são as palavras de Schmitt: "todo cuanto es de interés público es político en cierto modo, y nada de lo que esencialmente interesa al Estado puede ser despolitizado del Estado. El apartamiento de la política es el apartamiento del Estado" (SCHMITT, Carl. Op. cit., p. 182).

²⁶³ "Princípios do Direito". 3ª ed., Trad. Orlando Vitorino. Lisboa: Guimarães, 1986, p. 96.

²⁶⁴ Ibid, pp. 91, 92 e 185.

²⁶⁵ Ibid, p. 92.

crime²⁶⁶. Nesse caso, como enfatiza Ernst von Beling (1866–1932), a pena devia representar um mal para quem comete o crime²⁶⁷.

O ponto fundamental é que, na passagem para o séc. XX, a pena passa a ser reconhecida utilitariamente. Os partidários das teorias relativas passam a entender que a pena deve atingir a *prevenção individual*. Estavam em ascensão pensamentos, como o do socialista Proudhon (1809–1865), que acreditava ser o homem "susceptível de educação e de aperfeiçoamento"²⁶⁸, enquanto ente naturalmente perverso²⁶⁹. Raymond Saleilles (1855–1912) é um dos que sugerem a pena como um “meio para o bem”²⁷⁰. Antes dele, Jeremy Bentham (1748–1832) havia mesmo percebido que a pena se justifica pela sua utilidade. Para Bentham, “todo delinqüente é inimigo público”²⁷¹, em função de que cabe à pena causar-lhe um mal, mas também, já num segundo momento, deixar-lhe um bem. Assim, os efeitos secundários da pena poderiam resultar num bem para o delinqüente²⁷², pois a sanção guarda uma tendência para o benefício moral do homem²⁷³. De modo geral, a sanção penal sempre cumpriu uma função histórica de defesa social, mas, a partir daquele século, este novo sentido será tomado como foco central da questão criminal.

A doutrina penal inclina-se em direção a uma ação mais enérgica do Estado Social. A partir daí está pavimentado o caminho para o surgimento das teorias ecléticas, as quais patrocinam que a pena deve ter por finalidade a retribuição e também a prevenção (geral e individual).

Na verdade, quanto mais a pena se inclina para a tarefa de mudar o homem – a pretexto de fazer-lhe um bem – mais arbitrário se torna o sistema penal e, por conseguinte, menores se tornam as oportunidades de defesa do acusado.

3.6. *A doutrina da defesa social: a reorientação da repressão penal*

²⁶⁶ “Dos Delitos e das Penas”, XV.

²⁶⁷ “A Ação Punível e a Pena”. Trad. Maria Carbajal. São Paulo: Rideel, 2007, p. 86.

²⁶⁸ PROUDHON, Pierre-Joseph. “Sistemas das Contradições Econômica ou Filosofia da Miséria”. T. I, trad. Antônio Geraldo da Silva, São Paulo: Escala, 2007, p. 359.

²⁶⁹ Ibid, p. 341.

²⁷⁰ “A Individualização da Pena”. Trad. Thais M. S. da Silva Amadio. São Paulo: Rideel, 2006, p. 30.

²⁷¹ “Teoria das Penas Legais e Tratado dos Sofismas Políticos”. Sem tradutor mencionado. São Paulo: Edijur, 2002, p. 20.

²⁷² Ibid, p. 22.

²⁷³ Segundo afirma, “a pena tem uma tendência para emendar o homem, quando é calculada de modo que pode enfraquecer os motivos enganosos e reforçar os motivos tutelares” (BENTHAM, J. Op. cit., p. 38)

A União Internacional de Direito Penal, fundada em 1889 por Liszt (Alemanha), van Hamel (Holanda) e Adolfo Prins (Bélgica), permite que as idéias de *defesa social* se apartem da Escola Positiva²⁷⁴. Os novos conceitos entram em ebulição até que, no início do séc. XX, aparece definitivamente um sentido autônomo para a noção de *defesa social*²⁷⁵.

Muito embora Liszt já defendesse a adaptação da pena à personalidade do agente, tem-se atribuído a Adolfo Prins a primeira doutrina de *defesa social*. Ao publicar em 1910 a obra intitulada *La défense sociale et les transformations du droit penal*, Adolfo Prins advoga que a pena não deveria ser a medida exata do crime, mas precisava proteger bens – como a pessoa, a vida, o patrimônio e a honra etc. Para tanto, o penalista se ocupa com a noção de periculosidade, com o tratamento dos deficientes, com os criminosos habituais, com aplicação de medidas de seguranças e com as penas indeterminadas²⁷⁶, tendo como único objetivo a prevenção da criminalidade.

O movimento de *defesa social*, que representa uma crítica à piedade humanitária da Escola Clássica, está mais interessado em aumentar a forma de reação do Estado, mesmo que à custa de garantias individuais²⁷⁷. O direito de defesa sofre um abalo significativo, na medida em que a incidência da pretensão punitiva sobre o agente pode ultrapassar os limites do crime por ele praticado.

Diante do declínio do positivismo penal, a doutrina da *defesa social* surge como uma crítica ao pensamento clássico. Adolfo Prins (Bélgica), professor da Universidade de Bruxelas e presidente da União Internacional de Direito Penal, foi o teórico magistral da *defesa social*; concebe para as ciências penais o conceito de estado perigoso como critério de punibilidade.

Os clássicos tomavam o criminoso como um homem médio (*bonus pater familias*), abstraído de todas as particularidades, o que estabelecia um tratamento penal uniforme, sem distinguir a periculosidade dos criminosos²⁷⁸. Impedia-se, assim, a ação preventiva do poder punitivo²⁷⁹. Em resposta a este modelo, considerado ultrapassado, a filosofia da *defesa social* oferta como opção o conceito de estado de perigo, pelo qual a pena deveria ser determinada segundo a ameaça que representa o agente para a ordem pública²⁸⁰. O Estado, portanto, teria a

²⁷⁴ ANCEL, Marc. "A Nova Defesa Social: um movimento de política criminal humanista". Trad. Osvaldo Melo. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 87.

²⁷⁵ Ibid, p. 61.

²⁷⁶ Ibid, pp. 93-94.

²⁷⁷ Ibid, p. 98.

²⁷⁸ PRINS, A. "La Defensa Social y las Transformaciones del Derecho Penal". Sem tradutor mencionado. Madrid: Hijos de Reus, 1912, p. 70.

²⁷⁹ Ibid, p. 29.

²⁸⁰ Ibid, p. 48.

finalidade de garantir o bem-estar social por meio do Direito Penal. Nesses termos, enquanto o Direito Penal clássico analisava a culpa no momento da infração, definindo a pena conforme o grau de responsabilidade, os teóricos da *defesa social* propõem, por outra parte, que se considere o criminoso como um violador da ordem social. Assim, a resposta penal não mais se limitaria ao critério clássico de responsabilidade, mas sim ao estado psíquico individual, entre outros fatores ambientais.

Para os teóricos clássicos, a pena deveria ser determinada segundo a medida da responsabilidade penal do agente, o que impedia o juiz de agir em defesa da sociedade. O juiz clássico não poderia garantir a segurança social e, ao mesmo tempo, definir uma pena proporcional à responsabilidade. Agora, com a *defesa social*, o magistrado se liberta. O juiz da *defesa social* assume uma postura ativa²⁸¹. Em garantia da proteção da sociedade, o Estado-Juiz poderia levar em consideração aspectos da personalidade do agente para determinar a pena; isso, a rigor, significa que não mais há correspondência entre crime e pena. Está no seio da doutrina da *defesa social* a idéia de que cabe ao juiz a função de, por meio do poder punitivo, garantir a segurança da sociedade. De fato, transfere-se para o juiz o encargo pela realização da política criminal²⁸².

Desde quando se instalou como uma doutrina, o que ocorre, propriamente, a partir de Adolfo Prins, a *defesa social* não deixou de ocupar os fundamentos do Direito Penal em nenhum momento. Ainda hoje, os seus postulados básicos continuam presentes sob a forma dos movimentos penais de *lei e ordem* ou mesmo como fundamento da legislação penal de emergência. A *defesa social* toma a sociedade como um bem que deve ser protegido pelo sistema punitivo; dedica pouco valor à responsabilidade penal e à relação de paridade entre crime-responsabilidade-pena, idéias estas consagradas pela Escola Clássica.

Em última análise, a *defesa social* apregoa firmemente que a sociedade deve reprimir, com vigor, o criminoso reincidente²⁸³, como também todos aqueles que ofertam perigo evidente, como loucos, desequilibrados, alcoólatras etc., isto é, todos os *estranhos à comunidade*, incapazes de compreender as normas de conduta social²⁸⁴. Para tanto, defende-se a diversificação do tratamento penal conforme o perigo individual representado à sociedade²⁸⁵. Assim, o Estado deveria preocupar-se não apenas com o criminoso, mas

²⁸¹ Ibid, p. 111.

²⁸² Ibid, p. 116.

²⁸³ Ibid, p. 71.

²⁸⁴ Ibid, p. 96-7.

²⁸⁵ De maneira geral, essas idéias são mantidas pelo movimento de *nova defesa social*.

também com o perigoso, mesmo que não cometesse qualquer crime²⁸⁶. Os desviados e os anormais, em geral, entram na mira do poder punitivo porquanto ameaçam a ordem social. Uma vez a salvo da vinculação com o fato, a *defesa social* volta-se ao agente, construindo a base teórica para o Direito Penal do autor e para o recrudescimento da pena privativa de liberdade. Nesses termos, exige-se que, em defesa dos interesses sociais, as penas devam ser mais severas ou mesmo indeterminadas, enquanto permanente o estado de perigo²⁸⁷.

Até o presente momento, é possível ao leitor uma conclusão inevitável: o direito de defesa foi inteiramente ignorado pela doutrina da *defesa social*. Ora, na medida em que se defendia a ruptura da relação crime-responsabilidade, o acusado já não precisa se defender do fato, mas de seu enquadramento como perigoso. Não mais existe qualquer equilíbrio entre o poder punitivo e o direito de defesa praticado no processo.

²⁸⁶ Adolfo Prins, assim, registra: "Para elegir las medidas á tomar, es preciso considerar el estado permanente el individuo más que su acto pasajero. Se trata de reaccionar contra la rutina de los tribunales, que debiendo juzgar á tal individuo por tal delito, se limitan á aplicar la fórmula jurídica que les ofrece el texto del código, sin preocuparse de los medios de existencia, del ambiente, de los instintos, de las predisposiciones, de la naturaleza psíquica del acusado" (PRINS, A. Op. cit., p. 79).

²⁸⁷ As penas indeterminadas eram judicialmente fixadas sem limites, ficando uma outra autoridade encarregada de especificá-la (MEZGER, Edmundo. "Tratado de Derecho Penal". T. II, Trad. José Arturo Rodriguez Muñoz, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1949, p. 421). Ainda sobre este tipo de penas, cf.: HUNGRIA, Nelson. "Comentários ao Código Penal: Arts. 75 a 101". V. III, 3ª. ed., Rio de Janeiro: Revista Forense, 1956, p. 21.

4. MODELOS POLÍTICO-CRIMINAIS DE REAÇÃO PUNITIVA

"Por conseguinte, meu amigo,
os homens contra quem se pratica o mal
tornam-se obrigatoriamente piores".

PLATÃO, *A República*.

4.1. Compreendendo a formação dos modelos. A consagração do vínculo entre garantias penais e política

Não se questiona a íntima conexão entre os regimes políticos e a efetividade das garantias processuais. Em si, mesmo as constituições dos regimes autoritários contêm garantias penais, não obstante sejam desprovidas de eficácia no mundo da realidade. De fato, não houve qualquer regime ditatorial que tenha primado pelas garantias da ampla defesa ou do contraditório²⁸⁸. De certa forma, não falta razão a quem afirma que o direito de defesa não se compadece com os estados autoritários²⁸⁹. Porém, cabe diferenciar a defesa material da meramente formal. Formalmente, mesmo os estados totalitários cederam a um processo penal calcado na defesa.

Muito embora tenha sido o Estado Moderno o berço da derrocada do anti-humanismo, dando vista ao firmamento da plena defesa²⁹⁰, esta garantia encontra grande resistência justamente na Alemanha, uma das nascentes do Estado Social, de onde se esperava a ação do governo para reduzir as desigualdades entre os homens.

Enquanto a defesa desvenda-se inerente a quem esteja suportando alguma imputação (administrativa ou judicial), é no processo penal onde ela recebe o maior destaque, porque somente a persecução penal faz exsurgir um complexo mecanismo normativo de resistência. No entanto, malgrado seu histórico reconhecimento humanista, a garantia de defesa ainda não

²⁸⁸ PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. Contraditório e Ampla Defesa: direitos humanos e principais garantias processuais. "Revista dos Tribunais". São Paulo, ano 90, v. 784, p. 459-482, fevereiro de 2001, p. 464. Pagliarini conclui: "Regimes totalitários ou ditatoriais dão pouca ou nenhuma autonomia aos seus Poderes Judiciários e, é sabido, sem um Judiciário forte e independente não há direitos individuais, quanto mais em contraditório e ampla defesa" (op. cit., p. 464).

²⁸⁹ BUENO FILHO, Edgard Silveira. "O Direito à Defesa na Constituição". São Paulo: Saraiva, 1994, p. 3.

²⁹⁰ PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. Op. cit., p. 465.

penetrou nos sistemas penais coerente e inteligivelmente. Nem todas as Nações que proferem a teoria da defesa, planeiam um caminho prático para o seu efetivo exercício.

Fatores políticos determinam os motivos pelos quais a letra da lei não coincide com o cotidiano. No Brasil, *v. g.*, a essencialidade das defensorias públicas, incumbidas da orientação jurídica e da defesa dos necessitados (arts. 134 e 5º, LXXIV, CF-88), não encontra nenhuma correlação com a prática habitual dos foros judiciais²⁹¹. Por esse motivo, como explica Luis Alberto Warat, a análise pragmática, vinculada à temática da ideologia, impõe a necessidade de realizar leituras ideológicas dos discursos da ciência, permitindo a compreensão de que a ideologia é um fato indissociável da estrutura conceitual explicitada nas normas. Não se pode fazer ciência social ou jurídica sem sentido histórico, sem nenhum compromisso direto com as condições materiais da sociedade e com os processos mediante os quais os sujeitos sociais são dominados e coisificados²⁹².

O esboço político da garantia de defesa importa à consideração do Direito Penal Geral, aí incluído o Direito Processual Penal, num contexto ideológico, ou melhor, extraído do mapeamento das raízes de uma dogmática que legitima o emprego da força dominante do momento sobre o mais fraco. Assim, a lei penal, quando observada sob este aspecto, revela uma aplicação que remete consecutivamente a um contexto político-social, no qual os significados verdadeiros, muitas vezes, se apartam daqueles que seriam obtidos a partir de uma leitura neutra. O Direito Penal encontra-se dentre os ramos do Direito que mais se acomodam aos interesses ideológicos do governo²⁹³, admitindo, inclusive, afirmar que a evolução (ou involução) dos conceitos penais caminha *pari passu* com os golpes de Estado. Logo, é mister sintomatizar que as leis penais – mesmo as menos pretensiosas – serviram historicamente de abrigo aos mandos mais despóticos.

E por que os Direitos Humanos ainda não conseguiram lograr o êxito esperado? Hannah Arendt (1906–1975) responde afirmando que tais direitos somente atuam efetivamente se e quando acobertados por um governo. Sob tal perspectiva, sem um comando que os execute, a dimensão humana das garantias historicamente consagradas não passam de texto oco, inteiramente desprovido de significado, porque dirigidas “a um ser humano

²⁹¹ Em dados do Ministério da Justiça, para cada grupo 100.000 habitantes, existem no Brasil apenas dois defensores, quando no mínimo seria necessário haver correspondência entre o número de defensores e o de juízes (Cidadão sem Defesa. “Veja”, São Paulo, edição n. 1.919, ano 38, n. 34, p. 50, 24.ago.05).

²⁹² “O Direito e sua Linguagem”. 2ª ed., Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1995, p. 47.

²⁹³ Segundo afirma Francisco Muñoz Conde, Hans Welzel (1904–1977) reconhecia o Direito Penal como o “setor mais ideologizado de todos os ramos do Direito” (“Edmundo Mezger e o Direito Penal de seu Tempo: estudos sobre o Direito Penal no Nacional-Socialismo”. 4ª ed., Trad. Paulo César Busato, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 51).

‘abstrato’, que não existe em parte alguma”²⁹⁴. Hoje, o comando da execução desses direitos está em mãos próprias; cabe ao Estado-Juiz o cumprimento da tarefa de realizar, acima de tudo, os direitos fundamentais e, dentre eles a garantia de defesa se sobressai, porquanto não existe um Estado de Direito sem que se assegure aos cidadãos o acesso a ela. A defesa é a quintessência do garantismo.

Por isto, ao sabor de nossa exposição, impõe conjugar-se o fim cardeal da garantia de defesa a certa análise política, desde o Estado Liberal até o Estado Democrático, arrematado pelas tendências atuais do modelo penal da contemporaneidade. Neste desiderato, descabe enfrentar o direito à defesa como um tópico isolado do processo penal constitucional, mas sim com a capacidade de encontrar confluência marcante no Direito Penal, cujos conceitos teóricos formam a base da dilatação ou retração do poder de justificação da conduta do réu.

Logo, não há como negar a íntima relação entre a garantia de defesa e a política criminal, subespécie da política social do Estado. Convém sublinhar que a política social abrange todas as ações governamentais que buscam o bem-estar da sociedade. De maneira específica, a política criminal versa sobre a resposta organizada pelo Estado aos problemas relacionados com os comportamentos indesejados. Porém, é preciso ter na devida conta que esta resposta politicamente estruturada ao crime estabelece relação íntima com a ideologia do governo.

Dessarte, para compreender a garantia de defesa, é preciso antes investigar os modelos político-criminais que lhe emprestam feição ideológica.

Assim, não se pode ignorar que o direito de defesa ultrapassa o campo estrito do procedimento penal. Cumpre, acima de tudo, verificar que esse direito-garantia-princípio, inerente à essência do *devido processo legal*, relaciona-se diretamente com a política criminal.

Desde o séc. XVII, a evolução do conceito de *devido processo legal* estabeleceu o direito de defesa como um valor político inerente ao Estado de Direito. No séc. XVIII, com o advento da sistematização do Direito Penal, a garantia de defesa é definitivamente absorvida pelo sistema normativo penal, perdendo o colorido filosófico (tão evidente em Beccaria) para adquirir um aspecto mais tecnicista (patente em Carrara). Desse modo, o direito de defesa se

²⁹⁴ "Origens do Totalitarismo: anti-semitismo, imperialismo, totalitarismo". Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p. 324 e ss. Por tal razão, sempre pareceu discutível falar em direitos humanos universais, porque suscitam que os direitos estão "abstraídos de seus contextos sociais" [FREEMAN, Michael. Direitos Humanos Universais e Particularidades Nacionais. In: PINHEIRO, Paulo Sérgio; GUIMARÃES, Samuel Pinheiro (Org.). "Direitos Humanos no Século XXI: Parte I". Trad. Janete Ferreira Carneiro. Brasília: Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais; Fundação Alexandre de Gusmão; Senado Federal, 1998, p. 306]. Sobre a discussão em torno da universalidade dos direitos humanos, cf. CASSESE, Antonio. "I Diritti Umani nel Mondo Contemporaneo". 7ª. ed., Roma: Laterza, 2002, pp. 51 e ss.

desenvolve, até que, na passagem para o séc. XX, é inserido num contexto político-criminal, como parte da ação política do Estado contra a criminalidade.

Cabe notar que, a partir da Escola Positiva se abrem espaços para o surgimento das idéias de *defesa social*. Assim, já se atribui ao Estado o poder de voltar-se para políticas públicas destinadas ao tratamento do fenômeno crime e à defesa da sociedade.

Na prática, a incorporação do direito de defesa aos preceitos da Escola Clássica não significou nenhuma garantia de cumprimento efetivo desse direito. Como se observa, depois da Escola Positiva, o séc. XX inicia uma torrente de idéias voltadas mais à maneira como o Estado deve desenvolver sua política criminal, sem haver uma dedicada preocupação com a efetivação do direito de defesa. Tal ambiente será propício ao esvaziamento do direito de defesa, cujo ápice se dará durante o predomínio do nacional-socialismo.

O fim da Segunda Grande Guerra será, então, a marca do ressurgimento do direito de defesa. De certa forma, representa um retorno moderado aos ideais humanistas, emblematicamente consagrados desde a Escola Clássica. A partir da segunda metade do séc. XX, os movimentos de política criminal humanista avançam, porém encontram uma reação adversa inesperada.

Em face das circunstâncias, presencia-se, no séc. XXI, um palco de atrito entre movimentos garantistas e as políticas criminais destinadas ao restabelecimento das idéias de *defesa social*, com reclamo de maior intervenção punitiva e menor preocupação com a efetivação do direito de defesa ou com a intervenção mínima do poder punitivo. Tudo isso será objeto de nossa consideração a partir de agora.

Na efervescência da primeira metade do século XX, abrem-se alguns modelos de política criminal. No entanto, antes de nos dirigirmos a eles, é oportuno examinar, aprioristicamente, as três correntes de pensamentos que dominavam a política social de então. Uma primeira corrente, *socialista em sentido amplo*, acreditava na correção do sistema econômico capitalista vigente, mas o Estado precisava intervir para reparar as desigualdades sociais produzidas, transformando o limitado modelo vitoriano num padrão de assistência amplo e irrestrito (Estado Social). A segunda linha de pensamento defende o modelo socialista de cunho marxista, segundo o qual a desigualdade seria debelada por meio de uma revisão dos postulados da economia, não havendo como se sustentar o modelo vitoriano de proteção à propriedade e à igualdade formal (Estado Socialista). Por fim, uma terceira

corrente (diga-se, minoritária) abonava a continuidade do modelo vitoriano, sob o argumento de que as ações socialistas do Estado desestimulavam a classe trabalhadora²⁹⁵.

Como se percebe, a política criminal recebe forte influência das mencionadas correntes, sendo possível determinar, de maneira genérica e abstrata, que o Estado orienta a resposta ao fenômeno crime segundo esses estímulos ideológicos básicos. Por outro lado, não se apresenta contraditório que o nacional-socialismo ou outros regimes autoritários apareçam e coexistam com modelos socialmente intervencionistas. Como esclarece Paulo Bonavides em boa hora, o Estado Social pode sobreviver com regimes totalitários²⁹⁶.

À vista dessas idéias formadoras elementares, será mais fácil absorver o processo de formação dos modelos político-criminais. Neste campo específico, o escólio de Mireille Delmas-Marty demarca que as políticas criminais se orientam segundo correntes ideológicas que seguem obediência aos eixos da liberdade, da igualdade e da autoridade.

Para entender a formulação abstrata dos modelos, também é preciso distinguir a (I) *infração penal* propriamente dita e o (II) estado de *marginalidade*. Enquanto a *infração* sugere uma violação das normas do grupo, a *marginalidade* pressupõe apenas um estado de não-conformidade com as normas. O modelo de política criminal, portanto, diferencia-se conforme a reação do Estado à *marginalidade* ou à *infração*, ou seja, a partir destas relações e suas respectivas derivações.

Convém advertir que inexistente uma classificação objetiva dos marginalizados (*estranhos à comunidade*). Conforme condições de tempo e espaço, tal ordem pode aplicar-se indistintamente aos mais diversos agentes; loucos ou mesmo as mães solteiras ou divorciadas podem ser assim classificadas²⁹⁷.

Nunca entenderemos a amplitude da garantia de defesa mediante o mero relato de textos normativos. Cabe desenvolver uma compreensão a partir de como se dá o modelo de resposta penal ao fenômeno crime, de modo a, somente assim, captar o alcance efetivo da defesa penal. Para tanto, cumpre compreender o que são efetivamente modelos. Neste contexto, faz-se importante abranger a defesa penal como elemento de modelos normativos e hermenêuticos.

²⁹⁵ MARSHALL, T. H. "Política Social". Trad. Meton P. Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar, 1976, p. 38.

²⁹⁶ "Do Estado Liberal ao Estado Social". 6ª. ed., São Paulo: Malheiros, 1996, pp. 184 e 203. O mesmo autor confirma que a Alemanha nazista e o Brasil de Vargas foram "Estados Sociais", não obstante o autoritarismo (op. cit., p. 184).

²⁹⁷ DELMAS-MARTY, Mireille. "Modelos e Movimentos de Política Criminal". Trad. Edmundo Oliveira. Rio de Janeiro: Revan, 1992, p. 27.

Para isso, será necessário o estudo histórico. Como já enfatizou Auguste Comte, os fatos históricos não deveriam ser estudados segundo uma singela ordem cronológica, mas de acordo com uma classificação, de modo que "a divisão principal das épocas deve apresentar o apanhado mais geral da história da civilização"²⁹⁸. A classificação dos fatos ainda hoje guarda sua relevância para o conhecimento político. Assim, fatos passados e presentes podem integrar uma mesma categoria, quando, do contrário, se fossem observados apenas cronologicamente, não seriam vistos como integrantes de uma unidade. As categorias ou os modelos ajudam a explicar os fatos e a compreender o presente ou mesmo prever o futuro²⁹⁹.

É assim que, nos tópicos seguintes, tomaremos como preocupação central a relação entre modelos e a garantia de defesa, tendo como ponto de partida o modelo liberal até alcançarmos, já no segundo pós-guerra, o modelo garantista.

4.2. O modelo liberal: a defesa formal

Em busca dos modelos políticos da garantia de defesa, pautemos o panorama instituído pelo modelo liberal. A declaração americana do Estado de Virgínia de 1776 e a dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 foram precursoras do Estado Liberal. Valorizam a importância da liberdade infiltrada nos direitos políticos e civis – hoje concebidos como direitos de primeira dimensão³⁰⁰. Mesmo depois da eliminação do absolutismo, imbuía-se muita desconfiança para com o Estado, versado como inimigo³⁰¹ a ser dominado, razão de tanta ansiedade para com as liberdades individuais, freios ao que antes não tinha limites. No entanto, a igualdade não encontrara a sua concretização no Estado Liberal. Direitos, o homem sabia que os possuía, mas não os encontrava em lugar nenhum.

O Estado Liberal, fruto da superação do antigo regime, concentra o núcleo de decisão no Poder Legislativo, sendo a vontade do legislador o condão da interpretação judicial³⁰². As concisas constituições liberais ignoram a sociedade; enfatizam o indivíduo, como se ele não

²⁹⁸ "Reorganizar a Sociedade". Trad. Antônio Geraldo da Silva, São Paulo: Escala, s.d., p. 82).

²⁹⁹ Pelo conhecimento dos fatos passados é possível prever o futuro, diz Comte (op. cit., p. 91).

³⁰⁰ É preferível o emprego da terminologia *dimensão*, ao invés de *geração*. A designação *geração* transmite a falsa noção de que tais direitos precedem uns aos outros, à medida que decorre o tempo, o que não é verdade.

³⁰¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. "Curso de Direito Constitucional". 23ª ed., São Paulo: Saraiva, 1996, p. 249.

³⁰² STRECK, Lenio Luiz. "Hermenêutica Jurídica e(em) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito". 6ª. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 55.

estivesse inserido num contexto social, sobrepondo-o ao Estado³⁰³ – posição que somente se inverterá no Estado Social.

A liberdade nesse período é apenas formal; o indivíduo tem autonomia para realizar seus desejos, expressar-se, ir e vir, mas lhe faltam instrumentos que permitam o exercício efetivo de sua vontade. No processo penal, o acusado pode defender-se, contudo sem que o Estado lhe assegure os meios necessários.

O Estado Liberal acredita que o pensamento somente é capaz de progredir por meio do debate, em função de que se faz necessário que sejam criados mecanismo de discussão e de revisão dos juízos estabelecidos. Os direitos de defesa, de contraditório e de segundo grau vêm ao mundo no Estado Liberal com uma força característica, dando respaldo ao debate contínuo, porquanto o homem não adquire conhecimento sozinho, mas pela análise e estudo das opiniões em contrário³⁰⁴.

O formalismo jurídico, uma marca visível do processo judicial do período, dá-se principalmente em razão do modo como o Estado Liberal enfrenta o problema da verdade. O Estado Liberal respeita as opiniões discordantes por causa da importância outorgada à verdade. Como deixa entender Stuart Mill (1806–1873), cabe à história o papel de selecionar as opiniões verdadeiras. Assim, a liberdade de opinião decorre da crise da verdade. E isto fica evidente quando Mill afirma que "não podemos nunca ter certeza que a opinião que estamos nos esforçando para reprimir é uma opinião falsa"³⁰⁵.

Dessa forma, a política criminal do modelo liberal realça os aspectos formais da lei como mecanismo de liberdade, mas apenas institui uma democracia formal, ignorando as forças políticas dominantes³⁰⁶. Neste quadro, o Estado Liberal responde, de maneira mais direta, à infração, porém, menos preocupada com a defesa penal efetiva (material). No modelo liberal, deixa-se para a sociedade a resposta à marginalidade, de modo que a reação à marginalidade varia conforme as classes sociais³⁰⁷. Sem dúvida, a teoria sobre a liberdade

³⁰³ BONAVIDES, Paulo. "Curso de Direito Constitucional". 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 203.

³⁰⁴ MILL, Stuart. "Ensaio Sobre a Liberdade". Trad. Rita de Cássia Gondim Neiva, São Paulo: Escala, 2006, p. 41.

³⁰⁵ *Ibid*, p. 37. Stuart Mill é categórico: "A real vantagem que a verdade possui, consiste nisso, que quando uma opinião é verdadeira, ela pode ser extinta uma, duas ou mais vezes, mas no curso das épocas serão encontradas pessoas para descobri-la novamente, até que alguma de suas reaparições recaia sobre um tempo em que, a partir das circunstâncias favoráveis ela escape da perseguição até que tenha amadurecido a ponto de resistir a todas as tentativas subseqüentes de suprimi-la" (op. cit., p. 51).

³⁰⁶ DELMAS-MARTY, Mireille. "Modelos e Movimentos de Política Criminal". Trad. Edmundo Oliveira. Rio de Janeiro: Revan, 1992, p. 34.

³⁰⁷ *Ibid*, p. 62-3.

civil foi o legado mais expressivo do Estado Liberal contra o abuso de poder³⁰⁸. Mas, para entender como o liberalismo constrói o significado da liberdade civil é preciso explicar como a *liberdade* se sobressai vitoriosa de sua luta com a *autoridade*, ou melhor, mostrar como a liberdade se sobrepõe ao governo político, limitando-o.

Profilaticamente, o liberalismo propõe uma defesa contra os efeitos prejudiciais de um sistema político que se submeta à vontade da maioria. Para tanto, urge uma preeminente necessidade de se impor fronteira à *tiranía da maioria*. Como consequência, é preciso que se erga uma teoria da tolerância e do respeito às opiniões divergentes³⁰⁹, o que se tornará fundamental para a estruturação de uma teoria da defesa penal.

4.3. O modelo igualitário: a prometida defesa material

O rompimento do modelo de igualdade meramente formal cede com o reconhecimento da fisionomia social do Estado e, com isso, imprime-se outra direção aos fenômenos crime e processo penal, conferindo-lhes um novo condicionamento condizente com o sentido do novo paradigma. Ainda que sugestione algum paradoxo, é crível abordar o crime sob um prisma social, nada impedindo que se reconheça o direito à ampla defesa material, na concreta acepção de um Estado Social. A igualdade formal dá oportunidade à material, na dependência de que o delito também será reconhecido como um produto da inércia do Estado Social.

No Estado Social, o núcleo de decisão desloca-se do Poder Legislativo em direção ao Executivo, motivando o posicionamento do Estado sobre o indivíduo. Por isso, o paradigma hermenêutico passa a legitimar os anseios sociais³¹⁰, muito embora, nesta fase, as aspirações populares também tenham sido objeto da expressão máxima dos regimes totalitários.

A Constituição do México de 1917, a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado da então União Soviética de 1918 e a Constituição de Weimar de 1919 surgem como formas embrionárias do Estado Social³¹¹, carreando os direitos de segunda dimensão. A liberdade começava a ceder lugar à igualdade material. O Estado do bem-estar diferencia-se de qualquer outro porque os meios de assistência aos necessitados não provinham de um

³⁰⁸ A teoria da liberdade não deve ser confundida com a liberdade natural (pura e simples).

³⁰⁹ MILL, Stuart. Op. cit., p. 21.

³¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. “Hermenêutica Jurídica e(em) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito”. 6ª. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, pp. 55 e 98.

³¹¹ As expressões Estado de Direito e Estado Social não se confundem.

programa meramente beneficente, mas parte do reconhecimento dos direitos políticos do cidadão³¹².

Enquanto na primeira dimensão de direitos – a dos direitos civis e políticos – reclamou-se uma atuação negativa do Estado, sem a qual o indivíduo não poderia satisfazer sua liberdade ativa, agora, na dimensão dos direitos sociais, reivindica-se do Estado uma ação positiva³¹³. Mesmo a despeito de ser o crime um saldo negativo da antiga inércia estatal, espera-se do Estado do bem-estar um alargamento da legislação penal, “produto da multiplicação das providências salutareis ou sociais do Estado”³¹⁴.

A promoção da igualdade guia o elemento fundamental no verdadeiro Estado Social. Sem reticências, a efetivação da igualdade significa implantar a causa cujo efeito será a justiça social. Em resumo, a igualdade é o centro de gravidade do Estado Social³¹⁵. No entanto, a igualdade formal do modelo conservador não presta ao caso. De nada adianta a igualdade perante a lei, se é utópica a igualdade na lei³¹⁶. Deve ser perseguida a igualdade material, a conferida pelo Estado e, portanto, na lei, prevendo e compensando as diferenças.

A política criminal de cunho igualitário bifurca-se em dois submodelos. O primeiro (igualdade e liberdade) dá ênfase à igualdade pela liberdade absoluta. É a marca das políticas criminais anarquistas (abolicionistas), que rejeitam qualquer tipo de controle ou autoridade. São estas concepções que justificam os movimentos terroristas ou a ação de grupos revolucionários; sob tal ponto de vista, qualquer crime resulta de uma injustiça social³¹⁷.

O segundo submodelo (igualdade e autoridade) surge em torno das respostas penais planificadoras, presentes nas tendências penais autoritárias de matriz marxista. Acredita-se que o Direito Penal está a serviço da burguesia, cabendo ao Estado controlar a resposta ao fenômeno criminal em proveito do proletariado³¹⁸. Neste modelo, não é possível discorrer sobre paridade de armas, tampouco sobre a efetividade da defesa penal, dado que o sistema jurídico funciona parcialmente, ou seja, com o fim de proteger uma classe dominante.

³¹² Cf. BOBBIO, Noberto; MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. "Dicionário de Política". Brasília: Universidade de Brasília, 1997, v. 1, p. 416.

³¹³ BOBBIO, Noberto. "A Era dos Direitos". Trad. Carlos Nelson Coutinho. 8ª ed., Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 72.

³¹⁴ COSTA, Álvaro Mayrink da. "Direito Penal: Vol. I, tomo I – Parte Geral". 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 29.

³¹⁵ BONAVIDES, Paulo. "Curso de Direito Constitucional". 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 340.

³¹⁶ Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. "Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade", 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999, p. 10.

³¹⁷ O ponto positivo desse submodelo dá-se pela rejeição do conceito de marginalidade e pelas propostas de mediação em resposta ao crime (DELMAS-MARTY, Mireille. Op. cit., p. 35).

³¹⁸ Ibid, p. 36.

Em termos genéricos, o Estado Liberal clássico buscou, preferencialmente, limitar o poder punitivo, exigindo tratamento igualitário para as pessoas, mas o Estado Social acentua uma nova investida contra o fenômeno crime, desta vez criando tratamentos diferenciados para os acusados³¹⁹.

4.4. O modelo autoritário nacional-socialista: ápice do esvaziamento jurídico da garantia de defesa

Não compreenderemos a relevância da proteção dos direitos fundamentais, sem investigar a genealogia do modelo político-criminal autoritário, descendente das contingências políticas do movimento nacional-socialista europeu. Porém, antes de enfrentar a temática, é relevante antecipar que não pretendemos proceder a um estudo de direito comparado, mas tomar a leitura do modelo autoritário a partir dos traços encontrados durante o governo do nacional-socialismo alemão.

Depois do primeiro pós-guerra, passa a ter importância a defesa dos valores constitucionais. Era estratégica para o Estado a criação de um sistema que refreasse os abusos de uma maioria parlamentar, apta a instituir leis contrárias à Constituição³²⁰. Assim, há uma atenção dirigida para se conceber um órgão defensor da Constituição, que cumpra papel semelhante à Suprema Corte americana.

Na Áustria, Hans Kelsen (1881–1973) projeta a criação de um Tribunal Constitucional, o que causa, na Alemanha, a reação adversa de Carl Schmitt (1888–1985), para quem os tribunais jurisdicionais não poderiam cumprir a função de defensores constitucionais, porque haveria o risco de serem contaminados com a política e, dessa forma, se tornarem legisladores.

No lado alemão, há um temor de que o Judiciário se transforme num poder político, especialmente porque a Constituição de Weimar estava recheada de abstrações, que davam ampla margem ao decisionismo judicial³²¹. Dentro de tal quadro, Schmitt está seguro de que a defesa da Constituição deve tocar não a um Tribunal – órgão idealizado apenas para perigos

³¹⁹ Cf. MIR PUIG, Santiago. "Direito Penal: fundamentos e teoria do delito". Trad. Cláudia Vianna Garcia e José Carlos N. P. Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 79.

³²⁰ SCHMITT, Carl. "La Defensa de la Constitución". 2ª ed., Trad. Manuel Sanchez Sarto. Madrid: Tecnos, 1998, p. 62.

³²¹ Cf. SCHMITT, Carl. Op. cit., p. 93.

abstratos, mas ao Presidente do Reich, agente que está, acima da política dos partidos, preparado para perigos concretos³²².

Valendo-se de que o art. 48 da Constituição de Weimar permitia ao Presidente do Reich a edição de decretos com força de lei, Hitler arroga-se, legalmente, de poderes de exceção³²³, passando a legislar sobre tudo, inclusive sobre os assuntos penais³²⁴.

Corolário da derrota na Primeira Guerra, a crise econômica durante a República de Weimar promove a abertura dos princípios penais conservadores, os quais, sem resistência eficaz, se avolumariam até desaguarem no nacional-socialismo. Parece contraditório, mas foi no seio desse Estado do bem-estar que a garantia de defesa encontrara grande oposição, antes de ser derradeiramente digerida pelo imaginário totalitário do nazismo, em vigor na Alemanha a partir de 1933.

Depois da I Guerra Mundial, as idéias de *defesa social* são incorporadas às legislações de diversos países europeus³²⁵, até que, antes do início da próxima Guerra, estão bem expandidos os pensamentos em torno da profilaxia criminal, da classificação de delinquentes, da aplicação das medidas de segurança e dos manicômios psiquiátricos.

O aparecimento de regimes autoritários, ainda antes do começo da grande Guerra, traz para o palco as idéias de repressão penal absoluta como modo de *defesa social*³²⁶. Logo, durante o regime nazi-fascista, não houve preocupação com os métodos de prevenção da criminalidade ou de tratamento do criminoso, mas apenas uma política criminal repressora³²⁷, intimamente presa a um Direito Penal do autor. Na Alemanha nazista, a recuperação moral do condenado, como princípio de execução penal instituído pela República de Weimar, foi abolida em proveito da expiação penal³²⁸. Desse modo, o nazismo tratou-se de uma reação anti-humanista, antigarantista e desinteressado na defesa da sociedade por aplicação de medidas de recuperação³²⁹.

Historicamente, a Escola Positiva representou uma das maiores derrotas impostas ao princípio da presunção de inocência, mas, de fato, os efeitos deste revés foram sentidos com

³²² Ibid, p. 60.

³²³ Para Schmitt, “soberano é quem decide sobre o estado de exceção” (“Teologia Política”. Trad. Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 7).

³²⁴ Cf. SCHMITT, Carl. “La Defensa de la Constitución”. 2a. Ed., Trad. Manuel Sanchez Sarto. Madrid: Tecnos, 1998, p. 204. Depois do Holocausto, o modelo do Tribunal Constitucional como *defensor* da Constituição expande-se, finalmente, na Europa.

³²⁵ ANCEL, Marc. “A Nova Defesa Social: um movimento de política criminal humanista”. Trad. Osvaldo Melo. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 106.

³²⁶ Ibid, p. 108.

³²⁷ Ibid, p. 112.

³²⁸ Ibid, p. 110.

³²⁹ Ibid, p. 112.

maior intensidade durante o apogeu totalitário. Dentro de tal quadro, abriu-se espaço para o emprego de prisão preventiva obrigatória³³⁰, entre outras técnicas processuais inquisitivas. O certo é que, durante o predomínio do modelo totalitário, o princípio da não culpabilidade entra em colapso, levando consigo todas as outras garantias penais e processuais³³¹. A doutrina penal nazista consagra o tipo de autor (*Tätertyp*), segundo a qual o comportamento desviante está relacionado com a pessoa do agente e não como o crime por ele praticado³³². Vale dizer, nas palavras de Celso Lafer, o nacional-socialismo estabelece o conceito de inimigo objetivo³³³, em função de que se supõe o homem como supérfluo³³⁴ e, mais do que isso, a *solução final* é levada a cabo, de fato, como uma *seleção natural*. No nacional-socialismo, confirmam-se as palavras de Rousseau, para quem o ponto extremo da desigualdade é o regime onde todos se tornem iguais pela vontade de um senhor³³⁵.

No início do século XX, está em questão o que se deve fazer com os membros da sociedade considerados anormais e desviados. Cabe exterminá-los no interesse dos super-homens? Ou, ao contrário, deve-se conservá-los no interesse de todos? Não obstante Adolfo Prins tenha se inclinado pela segunda opção³³⁶, o nacional-socialismo marca uma política criminal que opta pela primeira alternativa, isto é, que se decide por instituir o Direito Penal do autor, sensível à justificativa evolucionista de que a seleção natural prefere os seres superiores aos inferiores. Como escreve Rabenhorst, a eugenia constitui um "projeto de natureza biopolítica"³³⁷, que emprega as leis genéticas com o fim de apurar a raça ariana.

Não somente a Alemanha, mas muitos outros países ocidentais chegaram a adotar políticas eugênicas específicas. Dessa maneira, na primeira quadra do século passado, Estados Unidos, Dinamarca, Noruega, Suécia e Finlândia possuíam leis que autorizavam a emasculação de criminosos como medida preventiva de eugenia³³⁸.

³³⁰ No Brasil, como explica Francisco Campos na exposição de motivos do Código de Processo Penal, adotou-se a prisão preventiva obrigatória, "dispensando outro requisito além da prova indiciária contra o acusado". Na Itália, o Código Rocco de 1930 chegou mesmo a abolir a presunção de inocência (FERRAJOLI, Luigi. "Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal". Trad. Ana Paulo Zomer et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 442).

³³¹ Ibid, p. 445.

³³² Ibid, p. 303.

³³³ "A Reconstrução dos Direitos Humanos: Um Diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt". São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 104.

³³⁴ Ibid, p. 117 e 283.

³³⁵ "Discurso sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens; Discurso sobre as Ciências e as Artes". V. II, Trad. Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultura, 2000, p. 113.

³³⁶ PRINS, A. "La Defensa Social y las Transformaciones del Derecho Penal". Sem tradutor mencionado. Madrid: Hijos de Reus, 1912, p. 151.

³³⁷ "Dignidade Humana e Moralidade Democrática". Brasília: Brasília Jurídica, 2001, p. 98.

³³⁸ HUNGRIA, Nelson. "Comentários ao Código Penal: Arts. 75 a 101". V. III, 3ª. ed., Rio de Janeiro: Revista Forense, 1956, p. 306. Nelson Hungria critica ferozmente a esterelização de criminosos sexuais como modelo de

Assim, a política criminal autoritária tende para o controle e rejeição aos marginalizados. O Estado deve responder, de maneira direta, à infração e à marginalidade, reservando à sociedade um papel secundário e indireto³³⁹. Diferentemente do modelo liberal, o autoritarismo reage direta e abstratamente contra os *inimigos da comunidade* (marginalidade)³⁴⁰. Por isso, o terceiro Reich adota uma política criminal voltada a uma finalidade peculiar, qual seja, o Direito Penal deve moldar-se à necessidade de purificar a raça ariana. Décadas atrás, a filosofia de Nietzsche (1844–1900) havia seguido esta mesma linha de pensamento ao equiparar o bem ao mal – cada qual com funções diferentes –, engatando o *progresso da humanidade* aos mais fortes e maldosos, porque o homem de bem é o antigo e adverso às mudanças³⁴¹. Adolf Hitler (1889–1945), assim como a *Gaia Ciência*, acredita que a verdade começa com a coesão nacional em torno de um objetivo³⁴².

Nietzsche volta-se contra a liberdade individual como causa do desenvolvimento humano. Crítico de Stuart Mill (1773–1836), o filósofo proclama o desenvolvimento da humanidade, mas por meio de super-homens. Enquanto Stuart Mill acreditava que a tendência seria o homem médio³⁴³, Nietzsche, ao contrário, espera um mundo de gênios, cuja limpeza do sangue devia ser mantida³⁴⁴. Ao seu modo, Mill nega que os seres humanos sejam como *carneiros* e, mesmo que fossem, seriam diferentes³⁴⁵; assim elogia o homem médio dizendo

melhoria genética (op. cit., p. 311). O Projeto de Lei n. 552/07, de autoria do Senador Gerson Camata (PMDB-ES), propõe a inclusão do art. 216-B no Código Penal para que seja admitida a pena de *castração química* para os autores dos crimes sexuais, quando considerado pedófilo. De fato, a pedofilia enseja um estado clínico possível de ser cientificamente constatado, razão pelo qual alguns países já adotam este tipo de medida. No entanto, tal modalidade de pena colide frontalmente com o princípio da integridade física e moral do preso.

³³⁹ DELMAS-MARTY, Mireille. "Modelos e Movimentos de Política Criminal". Trad. Edmundo Oliveira. Rio de Janeiro: Revan, 1992, pp. 39 e 57.

³⁴⁰ Ibid, p. 99.

³⁴¹ NIETZSCHE, Friedrich. "A Gaia Ciência". Trad. Antonio Carlos Braga, São Paulo: Escala, 2006, p. 43. Nesta linha de pensamento, Espinosa (1632–1677) já havia revolucionado a filosofia ao defender um conceito de ética relativizado, de modo que algo poderia ser simultaneamente bom ou mau ("Pensamentos Metafísicos; Tratado da Correção do Intelecto; Tratado Político; Correspondência". Trad. Marilena Chauí. São Paulo: Nova Cultura, 2000, p. 51). O debate filosófico sobre as funções do governo foi muito bem descrito por Platão. "A República" trata justamente deste conflito, pondo a questão se o governo deve preocupar-se com os interesses dos governados ou, pelo contrário, se se instaura em benefício apenas dos mais fortes e maldosos. Discípulo de Sócrates, Platão defende que o justo não atende aos interesses dos mais forte e, por este motivo, mesmo as leis desvantajosas devem ser respeitadas. Cf. "A República". Trad. Enrico Corvisieri. São Paulo: Nova Cultura, 2000, p. 21 e 28.

³⁴² O anti-semitismo parece encontrar todo o vigor em Nietzsche, para quem "um grande objetivo torna superior à própria justiça e não somente a suas ações e a seus juízos" (op. cit., p. 159). O seu desvariação filosófico justifica o controle das massas, quando afirma: "um só nunca tem razão; mas no dois começa a verdade. – Um só não se pode provar, mas quando são dois, já não se pode mais refutar" (op. cit., p. 158). Contudo, advirta-se, a proposta deste capítulo não pretende levantar uma posição irrefutável sobre a influência da filosofia de Nietzsche sobre o nacional-socialismo, assunto, diga-se, sobre o qual os estudiosos ainda hoje não assentaram como ponto pacífico.

³⁴³ Cf. "Ensaio Sobre a Liberdade". Trad. Rita de Cássia Gondim Neiva, São Paulo: Escala, 2006, p. 95.

³⁴⁴ Cf. DURANT, Will. "Nietzsche". Trad. Maria Theresa Miranda. Rio de Janeiro: Edições de Ouro, s.d., p. 84.

³⁴⁵ MILL, Stuart. Op. cit., p. 98.

que ele pode seguir as iniciativas nobres e sábias³⁴⁶. Na trincheira contrária, Nietzsche despeja crítica veementemente contra a massa e o que chama de moral de *rebanho*. O seu discurso corrosivo difunde a existência de um pacto entre religião e democracia, conduzindo o homem tal qual um *gado* – como se todos fossem iguais –, mas se todos os homens fossem idênticos, ninguém mais teria necessidade de direitos, anuncia³⁴⁷.

O nazismo instaura uma violência mitológica, contrária às conquistas do Direito, mas que, incrivelmente, se impõe mediante o Direito³⁴⁸. Contudo, isso somente foi possível porque houve amplo apoio acadêmico, notadamente dos novos professores³⁴⁹. No campo constitucional, Carl Schmitt desponta como um extraordinário colaborador. Filosoficamente, o nacional-socialismo estava ajustado ao pensamento de Nietzsche e Rosemberg. Na arena penal, a Universidade de Kiel – onde lecionavam Geor Dahm, Ernst Rudolf Huber, Karl Larenz, Karl Michaelis, Friedrich Schaftstein e Wolfgang Siebert³⁵⁰ – proclamou, em linhas gerais, o Direito Penal do autor e a restrição das garantias processuais, consagrando, dessa forma, a punição intimidatória, a severidade das penas, a analogia penal *in malan parte*, a retroatividade da lei penal, os tipos penais em branco e o fator raça como bem jurídico, de modo que a união de alemães com pessoas de outras *raças* era tipificada como crime de traição³⁵¹.

A política criminal nazista segue, de fato, o modelo igualitário-socialista, mas com base nacionalista³⁵². Sob uma perspectiva nietzschiana, ela se desenvolve à mercê de um nome: Edmund Mezger (1883–1962), professor da Universidade de Munique, cujas promíscuas ligações com o nacional-socialismo foram copiosamente evidenciadas por Munõz Conde em obra biográfica que resgata a verdade histórica. Mezger associa-se às idéias da

³⁴⁶ Ibid, p. 96.

³⁴⁷ NIETZSCHE, Friedrich. Op. cit., p. 114-5.

³⁴⁸ Cf. DERRIDA, Jacques. "Força de Lei: o fundamento místico da autoridade". Trad. Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.138.

³⁴⁹ Em 1933, para dar lugar a um novo quadro de docentes, houve a demissão de cerca de 30% dos professores de Direito do país (GODOY, Arnaldo Moraes. Notas em torno do Processo Penal no Nacional-Socialismo Alemão: *gleichstung e führerprinzip*. "Revista do Curso de Mestrado em Direito". Presidente Prudente, v. 1, fascículo 1, p. 59-67, 2000, p. 64).

³⁵⁰ Ibid, p. 63. Vejamos ainda o que afirma Ferrajoli sobre o assunto: "... para os juristas nazistas da Escola de Kiel, na perversidade do sujeito por ter desenvolvido, formado livremente, uma personalidade psíquica distinta. O conceito de culpabilidade dilui-se, assim, juntamente ao de ação, e deixa de referir-se ao ato, para orientar-se diretamente ao autor: se, de fato, o culpável é o homem e não a ação, é melhor deter-se no primeiro e não nesta, e considerá-la como 'um sintoma' não suficiente, mas, pelo menos, necessário da desviação daquele. De tudo isso resulta uma subjetivação ética e voluntarista do sistema, tanto penal quanto processual, já que a maldade subjetiva do réu não é perceptível, senão mediante a intuição subjetiva do juiz" ("Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal". Trad. Ana Paulo Zomer et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 397).

³⁵¹ Cf. SIQUEIRA, Galdino. "Tratado de Direito Penal". T. I, Rio de Janeiro: José Konfino, 1947, 4v, p. 66.

³⁵² BETTIOL, Giuseppe. "O Problema Penal". Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas/SP: LZN, 2003, p. 171.

Escola de Kiel e, logo após ascender ao governo em 1933, é conduzido, juntamente com outros juristas, à comissão de adaptação da lei penal, a fim de proteger a supremacia alemã como o único bem jurídico. O principal penalista do nacional-socialismo concebe a raça como um fator determinante do comportamento do sujeito na comunidade, em função de que deve o Direito Penal esmerar-se para assegurar a pureza étnica, mediante a eliminação dos *extranhos à comunidade* (*Gemeusehafts Fremde*), mesmo se o inimigo encontrar-se fora do território nacional³⁵³.

Já no prólogo de seu livro *Política Criminal sobre base criminológica* (*Kriminalpolitik auf Kriminologischer*), Mezger aponta que o Direito Penal foi afetado pelos princípios básicos do povo e da raça, de tal maneira que se ergue como uma nova ciência, que tem como ponto de partida "el pensamiento de la responsabilidad del individuo ante su pueblo y el de la reneración racial del pueblo como un todo"³⁵⁴. De fato, o jurista parece propor a substituição do velho conceito de *criminoso nato* pelo de *criminoso total*. Como ele mesmo reconhece, não seria possível comprovar, empiricamente, o conceito lombrosiano de *criminoso nato*³⁵⁵, razão pela qual – tomando caminho mais difícil – indica que a criminologia moderna não mais estudaria um único tipo de homem, como o fez Lombroso, mas todos os tipos de homens³⁵⁶. O Estado Totalitário reconhece, assim, um conceito total de criminoso, assentado na idéia de que existem vários tipos de criminosos natos.

Mezger volta suas preocupações para a higienização individual, social e da raça, estando em destaque a atenção pela esterilização dos psicopatas predispostos ao delito, como medida eugênica e de profilaxia criminal³⁵⁷. Para esse efeito, ele regeita todas as formas de identificação unitária do criminoso, preferindo entendê-lo sobre bases totalmente heterogêneas, não apenas corporais (somáticas, morfológicas, antropológicas), mas também anímicas (psicológicas, psicopatológicas)³⁵⁸. Nesse passo, lança mão da biologia criminal

³⁵³ CONDE, Francisco Muñoz. "Edmundo Mezger e o Direito Penal de seu Tempo: Estudos sobre o Direito Penal no Nacional-Socialismo". 4ª ed., Trad. Paulo César Busato, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 101 e ss.

³⁵⁴ "Criminologia". 2ª ed, Trad. José Arturo Rodríguez Muñoz, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1950, p. 3.

³⁵⁵ Ibid, p. 27.

³⁵⁶ Ibid, p. 30. Por outro lado, entede Mezger que o pensamento de Lombroso foi importante, porque estabeleceu pela primeira vez, de maneira clara e precisa, uma teoria científico-causal do delito, que deu base para o tratamento político-criminal do delito (op. cit., p. 29). Também são suas palavras: "La concepción antropológico-criminal de Lombroso, verbigracia, y su teoría del delincuente 'nato' es precisamente el punto de partida revolucionador de los 'nuevos horizontes' en el moderno Derecho penal" (op. cit., p. 12).

³⁵⁷ Ibid, p. 31.

³⁵⁸ Ibid, p. 33.

para investigar os diversos tipos de personalidade humana, a serem empregadas na orientação do tratamento penal³⁵⁹.

A doutrina nazista, julgando aprioristicamente a culpa pela linhagem *genética e social* do homem, reduz a zero as possibilidades do exercício de defesa, assim como também transforma definitivamente o processo penal em um instrumento de investigações antropológicas e psicológicas. Não somente judeus, mas os *inimigos da comunidade*, aqui abrangidos comunistas, ciganos, inimigos de guerra, maçons, testemunhas de Jeová ou mesmo os arianos classificados como inferiores (*Lebensunwert*), além dos doentes mentais, dos viciados, dos criminosos sexuais (aí abrangidos os homossexuais e as prostitutas), dos pequenos infratores, dos desocupados, dos mendigos e toda sorte de párias estavam no alvo central do delírio eugênico do Terceiro Reich³⁶⁰.

Os teóricos do nacional-socialismo negavam a existência de relação processual penal, "exatamente por entender que ao acusado não assiste qualquer faculdade de defesa ligada ao direito de liberdade"³⁶¹. O nazismo recusa a subordinação do Estado ao direito com a possibilidade do triunfo da força e da raça³⁶². Por conseguinte, rompe com o princípio da legalidade, ao admitir a analogia penal, e opta, em linhas gerais, não pelo Direito Penal do fato, mas pelo Direito Penal do autor³⁶³.

Portanto, buscavam-se como valores a pureza da raça, do território, do partido único etc. No modelo autoritário, a resposta à marginalidade é estatizada, de modo que são realçados os traços do marginal e não da infração praticada por ele. Diversas leis deram suporte jurídico a este desiderato nazista, a começar pela lei de delinquentes habituais e pela lei de prevenção de enfermidades hereditárias, ambas de 1933.

Nesse sistema, o advogado deveria submeter a sua defesa técnica aos interesses do Estado e não aos interesses do acusado. Com isso, o nacional-socialismo reconstrói uma idéia

³⁵⁹ Ibid, p. 97.

³⁶⁰ CONDE, Francisco Muñoz. Op. cit., p. 85 e 108.

³⁶¹ TORNAGHI, Hélio Bastos. "A Relação Processual Penal". Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, s.d., p. 11-12.

³⁶² DELMAS-MARTY, Mireille. "Modelos e Movimentos de Política Criminal". Trad. Edmundo Oliveira. Rio de Janeiro: Revan, 1992, p. 38. Esta autora explica o seguinte: "A Alemanha nacional-socialista tinha adotado, através da lei de 28 de junho de 1935, o princípio inscrito no Código Penal segundo o qual: 'será punido todo aquele que cometer um delito declarado punível pela lei ou que merecer uma pena em virtude dos princípios fundamentais da lei penal e segundo o instinto são do povo" (op. cit., p. 117).

³⁶³ ANCEL, Marc. "A Nova Defesa Social: um movimento de política criminal humanista". Trad. Osvaldo Melo. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 169. Mezger explica que a pena está sujeita ao *dogma do ato* e ao *dogma do autor*, conforme a fase de seu emprego. Assim, para fixar a pena em abstrato, o legislador utiliza somente o *dogma do ato*. Já o juiz sentenciante aplica a pena de acordo com um mistura de ambos os dogmas, enquanto ao executor da pena aproveita unicamente o *dogma do autor*, ou seja, para fins de fixação da pena em abstrato, as particularidades da personalidade não são consideradas. O jurista tedesco acredita que a pena deve ser adequada à personalidade do autor, tanto na fase de fixação, como no momento de execução ("Tratado de Derecho Penal". T. II, Trad. José Arturo Rodríguez Muñoz, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1949, p. 383-4).

depreciativa em relação à defesa realizada por terceiros³⁶⁴, concebendo o defensor técnico como um mero auxiliar da justiça. O III Reich chegou a editar, em 21 de fevereiro de 1936, uma lei que subjuga a defesa técnica ao interesse supremo do Führer. Proibia-se, inclusive, que o advogado suscitasse contra o Estado a reserva de sigilo profissional. Na Itália fascista, o defensor também era reconhecido da mesma forma como um mero auxiliar dos interesses do Estado, podendo ser impedido de defender os reconhecidamente culpados³⁶⁵.

Este modelo totalitário influenciou muitos outros ordenamentos. Na Argentina, antes da reforma de 1988, a defesa penal exercia um papel de auxiliar dos interesses do Estado³⁶⁶. Na Espanha, antes da reforma de 1983, a legislação reserva à defesa técnica um papel relativamente despidendo³⁶⁷.

Nos últimos anos de guerra, o nacional-socialismo redobra forças para ultimar o inimigo interno. Edmund Mezger (1883–1962) participa da maturação de um projeto de lei sobre tratamento de *extranhos à comunidade*, que, em sua última versão de 1944, outorga poderes à polícia para restringir a liberdade do indivíduo, mesmo sem lhe conferir a possibilidade de defesa. Segundo o projeto, que também previa o emprego de pena de morte, são *extranhos à comunidade* os que descumprem as exigências mínimas da comunidade, levam a vida com tendência à mendicância ou vagabundagem ou a outros delitos menos graves, vivem em estado de embriaguez, perturbam a paz pública e, por sua personalidade ou forma de vida, revelam predisposição para cometer delitos graves. No entanto, a iminência da derrota militar impede a vigência do texto legal, mas não evita que seu conteúdo fosse usado como prova de acusação no Tribunal de Nüremberg³⁶⁸.

³⁶⁴ Na França, as ordenações de 1498 e 1539 eliminaram do processo penal a defesa técnica, a partir de quando somente se admitiu a autodefesa. A situação somente foi superada depois da Revolução Francesa, quando então se passa a aceitar a defesa por terceiros (TINEDO FERNÁNDEZ, Gladys. La Defensa en el Proceso Penal. “Capítulo Criminológico. Revista de las disciplinas del control social”. Maracaibo/Venezuela: Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad del Zulia, v. 22, p. 185-206, 1994, p. 189). A proscricção da defesa técnica também foi objeto de pensamentos revolucionários no séc. XVIII. Dessa forma, o filósofo pré-marxista Morelly condena quem ousa interceder em defesa de culpados (“Código de la Naturaleza o el Verdadero Espiritu de sus Leyes”. Trad. R. Garzaro, Salamanca: Cervantes, 1985, p. 164). Para alguns, Morelly seria um pseudônimo de Diderot.

³⁶⁵ TINEDO FERNÁNDEZ, Gladys. Op. cit., p. 193.

³⁶⁶ LÓPEZ PULEIO, Maria Fernanda; GONZÁLEZ ESPUL, Estela; SARA PEÑA, GUZMÁN et al. Los cuadenos de la defensa: la defensa oficial en el nuevo código procesal penal de la Provincia de Buenos Aires, Argentina. “Periódico Pena y Estado”. Buenos Aires, v. 5, fascículo 5, p. 243-265, 2002, p. 246.

³⁶⁷ MONTES REYES, A. Problemática del Derecho de Defensa en el Proceso Penal Español. “Periódico Actualidad Penal”. Madrid: Actualidad Editorial, fascículo 2, p. 2039-2046, 1989, p. 2044.

³⁶⁸ CONDE, Francisco Muñoz. Op. cit., pp. 110; 113 e 118. Apesar de tudo, devido a um processo deficientemente instruído, a comissão de classificação do pós-guerra reconheceu Mezger como colaborador de segunda ordem (*Miläufer*), ou seja, dentre aqueles que não apoiaram decisivamente o movimento nazista, limitando-se a infligir-lhe uma simbólica pena de multa. Favorecido por essa categorização, o professor pôde enfim retornar a sua cátedra na Universidade de Munique, a partir de onde, surpreendentemente, restaura seu

Em linhas gerais, o modelo nacional-socialista interferiu na legislação brasileira, especialmente no Código Penal (1940) e Processual Penal (1941), sem ignorar, entretanto, a influência advinda do Código Rocco. Como investigaremos mais adiante, a estruturação da política criminal no Brasil toma ânimo durante o Estado Novo, dando forma a um paradigma autoritário, cujos resquícios ainda hoje podem ser percebidos.

4.5. O modelo da nova defesa social: despenalização ou a sobrevida do Direito Penal do autor?

Neste e no capítulo seguinte, trataremos dos modelos político-criminais que tiveram ascensão depois do segundo pós-guerra, ou seja, quando as atrocidades do nacional-socialismo põem em dúvida a legitimidade do positivismo jurídico. Assim se favorece o surgimento de movimentos humanistas e a repaginação das idéias de *defesa social*³⁶⁹. Abertos os espaços para o retorno da efetivação das garantias processuais, o direito de defesa ressurgiu com vigor nas teorias político-criminais a partir de então. De modo geral, as correntes doutrinárias que se tornam mais visíveis tentam restabelecer os valores humanos e as garantias processuais.

Depois do fracasso da experiência totalitária, vem em seguida o processo penal democrático, orientado em favor da liberdade do indivíduo e pela igualdade entre acusação e defesa³⁷⁰. O Direito Penal passa a ser entendido como um *minimum*³⁷¹. Dessa forma, surgem vários movimentos reformistas das leis processuais penais, em busca de uma reorientação humanista evidente. Na Alemanha, desenvolve-se uma teoria crítica dos bens jurídicos, de modo a justificar a limitação do poder punitivo, afastando do Direito Penal a proteção dos valores políticos, morais, religiosos, ideológicos ou contrários aos princípios fundamentais³⁷². É dizer, a sociedade deve eleger valores (bens jurídicos), que se tornam bens jurídico-penais quando recepcionados pelo Direito Penal³⁷³. Segundo esta tendência que se instaura, o bem

prestígio acadêmico, integrando tempos depois a vice-presidência da comissão de elaboração do Código Penal de 1959 (CONDE, Francisco Muñoz. Op. cit., pp. 91, 96, 254 e 259).

³⁶⁹ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. O Direito Penal e a Criminalidade. "Revista do Curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte". Natal, v. 1, fascículo 1, p. 121-141, jul.-dez./1996, p. 128.

³⁷⁰ BETTIOL, Giuseppe. Op. cit., p. 54.

³⁷¹ Ibid, p. 56.

³⁷² ROXIN, Claus. "A Proteção de Bens Jurídicos como função do Direito Penal". Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 12.

³⁷³ É possível encontrar a expressão *bem jurídico* como sinônima de *bem jurídico-penal*. Sobre a distinção das expressões, cf. CAVALCANTI, Eduardo Medeiros. "Crime e Sociedade Complexa: uma abordagem interdisciplinar sobre o processo de criminalização". Campinas/SP: LZN, 2005, p. 232.

jurídico-penal não é apenas o que a lei assegura proteger, mas apenas o que, efetivamente, seja útil à convivência social (princípio da fragmentariedade), uma vez frustrados os outros mecanismos de controle social (princípio da subsidiariedade). Seguindo este norte, outros países, como Polônia, Japão, Colômbia, Espanha, Austrália e Itália, incorporam os influxos da tendência humanista³⁷⁴. Nesse ambiente, despontam os movimentos político-criminais humanistas fortalecidos por diversas entidades não governamentais que surgem com fins de proteger os direitos humanos.

Dada à importância e influência desses movimentos, importa destacar os traços da *nova defesa social* e do garantismo, a fim de, no limiar do Estado Constitucional de Direito, finalmente apresentar a colisão entre estes valores e as novas exigências esperadas do poder punitivo na contemporaneidade.

O movimento da *nova defesa social* não se confunde com a doutrina da *defesa social*, que surge a partir do início do séc. XX, conferindo ao Direito Penal uma função (utilitarista) de proteger a sociedade por intermédio de uma política criminal que julga o indivíduo segundo o seu estado perigoso. Já a *nova defesa social* ocupa-se do exame da personalidade do agente, mas com o propósito de instituir a humanização do sistema penitenciário.

O movimento da *nova defesa social* aparece logo depois da segunda guerra, graças aos novos estudos penais favorecidos pela criação do Centro de Estudos de Defesa Social e pela instituição da Sociedade Internacional de Defesa Social. Disto deriva que a doutrina revigora a idéia de pena-utilidade, ou seja, começa a considerar a pena como medida de ressocialização. Por seu turno, em 1954, a obra de Marc Ancel (1902–1990) ganha destaque ao apresentar proposta mais moderada para o que chama de *nova defesa social* (*la défense sociale nouvelle*), atenuando as idéias extremadas de Gramática, defensor da abolição do sistema penitenciário³⁷⁵. Nesse passo, vamos analisar os conceitos elementares desse movimento a partir do posicionamento intermediário e aglutinador de Marc Ancel, sem que nos arrisquemos por meio de correntes isoladas ou extremadas.

³⁷⁴ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. Op. cit., p. 122. No pós-guerra, alguns países da Europa remodelaram o seu sistema penitenciário segundo a ótica da *nova defesa social*, instituindo assim benefícios penitenciários, a serem concedidos conforme o condenado demonstrava a sua ressocialização (cf. FERRAJOLI, Luigi. “Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal”. Trad. Ana Paulo Zomer et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 579).

³⁷⁵ Sobre o movimento, cf. MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. “Fundamentos da Pena”. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, p. 93-95; DELMAS-MARTY, Mireille. “Modelos e Movimentos de Política Criminal”. Trad. Edmundo Oliveira. Rio de Janeiro: Revan, 1992, p. 78; FERNANDES, Fernando. “O Processo Penal como Instrumento de Política Criminal”. Coimbra: Almedina, 2001, p. 91; SILVA, Evandro Lins e. História das Penas. “Consulex”. Brasília, ano V, n. 104, 15.maio.01. Wacquant explica que as penas na Europa voltam-se mais à defesa social (clássica) do que à ressocialização (“As Prisões da Miséria”. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 119).

Também é preciso advertir que não se advoga que esse movimento penal pertença à criatividade de Marc Ancel e seus correligionários. Essas novas idéias penais estão conectadas ao espírito de um momento e, portanto, torna-se injusto tratá-las hermeticamente, como se concernissem a um círculo acadêmico, desconsiderando a plêiade de influências externas. Com efeito, não nos esquivamos dessas advertências, mas, pelo contrário, temos que este movimento reproduz a efervescência de uma época, cujas idéias centrais exibem a premente necessidade de se reformular o sistema penitenciário. Depois da segunda grande guerra, outros movimentos penais perseguiram objetivo semelhante ao da *nova defesa social*, ainda que mediante o emprego de métodos diferenciados. Todavia, em qualquer ângulo de visão, a uma conclusão chegaremos: no final do séc. XX, a pena privativa de liberdade suporta a sua derradeira crise³⁷⁶.

Para os adeptos das teorias absolutas, a pena definia-se como uma resposta ao mal causado pelo crime, independentemente da personalidade do agente. Para tal efeito, Ernst von Beling (1866–1932) sustentava que a pena devia representar um mal para quem a suporta³⁷⁷. Assim, o exame das características subjetivas do réu estava dispensado; o cômputo da pena dava-se apenas objetivamente. No início do séc. XX, quando essa visão tecnicista exercia forte influência sobre os ordenamentos jurídicos europeus, Raymond Saleilles (1855–1912) alia-se àqueles que retratam a pena como um “meio para o bem” e não um mal pelo mal³⁷⁸. Como já destacado, Adolfo Prins também concebe a pena como um meio, isto é, como instrumento de *defesa social*.

Nesta linha de raciocínio, o movimento político-criminal de *nova defesa social* procura distinguir o aspecto construtivo da sanção. Para tanto, decreta a pena-utilidade como uma combinação de esforços em favor do apenado. Este movimento recupera parte das idéias consagradas com a Escola Positiva, mas sem abdicar da defesa dos direitos inerentes à dignidade da pessoa humana. Vale dizer, propõe a defesa da sociedade não pela expiação pura e simples, mas por políticas de tratamento humanitário do delinqüente. Para este efeito, sugere

³⁷⁶ As inferências às quais chega Claus Roxin somente provam a crise da pena na contemporaneidade: (I) a criminalidade não está associada à pobreza; (II) as penas privativas de liberdade não decidem a questão da criminalidade; (III) inexistem garantias de ressocialização pela aplicação da pena privativa de liberdade; (IV) é preciso dedicar maior atenção às políticas sociais como meios de prevenção do crime; (V) a certeza de punição, e não a pena, inibe a criminalidade (Problemas Atuais da Política Criminal. “Revista Ibero-Americana de Ciências Penais”. Porto Alegre, v. 2, fascículo 4, p. 11-18, set.-dez./2001, pp. 12-14).

³⁷⁷ Este autor define a pena como “um mal infligido a alguém em razão de um comportamento antijurídico precedente (“A Ação Punível e a Pena”. Trad. Maria Carbajal. São Paulo: Rideel, 2007, p. 86). Mais abrangente, Mezger percebe que a pena não somente é um mal para quem a suporta, mas também para quem a fixa e faz executá-la (op. cit., p. 428-9).

³⁷⁸ “A Individualização da Pena”. Trad. Thais M. S. da Silva Amadio. São Paulo: Rideel, 2006, p. 30.

que haja uma completa modificação do sistema penal, a fim de se permitir o estudo da personalidade do agente, sem que isso represente o regresso do Direito Penal do autor.

O movimento, que chegou a ser denominado de *neopersonalismo*³⁷⁹, busca uma reaproximação com as ciências humanas, tanto que leva em consideração o homem na sociedade, ao mesmo tempo em que o reconhece como um sujeito de direitos³⁸⁰. Sob este aspecto, defende-se o direito à ressocialização e o dever do Estado de ressocializar. Com urgência, reconhece que a sociedade "tem deveres para com o cidadão"³⁸¹ ou, para melhor dizer, assegura-se ao acusado o direito à pena³⁸². Acima de tudo, a *nova defesa social* entende necessária a classificação dos delinquentes, mas não no modo da Escola Positiva, que dividiu as pessoas independentemente da culpa³⁸³.

Na seara do processo penal, indica uma profunda reformulação, de modo a reduzir a sua característica de duelo³⁸⁴, mais favorável a uma função voltada à aferição da personalidade do agente. Com tal predisposição, Ancel patrocina que, facultativamente, exista a possibilidade de divisão do processo penal, separando-o em duas fases. Na primeira, a instrução determinaria a culpa, condenando ou absolvendo o agente. Caso sobrevenha a comprovação do fato, a segunda fase seria destinada à instrução do autor, mediante exame científico multidisciplinar de sua personalidade, com vista à aplicação da pena.

No campo penal, repudia-se o apego exagerado às penas tradicionais, abrindo espaço às medidas alternativas à prisão, em função de que a liberdade se torna um dos componentes necessários ao tratamento do agente. Para tanto, é preciso uma reforma geral no sistema penitenciário, preparando a execução para a ressocialização do agente³⁸⁵. Com efeito, a *nova defesa social* não apregoa que todos os delinquentes sejam recuperados, mas que todos tenham o direito a um tratamento de recuperação³⁸⁶. Com esse propósito, o 1º Congresso da Organização das Nações Unidas (Genebra, 1955) apresenta as regras mínimas para

³⁷⁹ ANCEL, Marc. Op. cit., p. 419.

³⁸⁰ Ibid, p. 281.

³⁸¹ Ibid, pp. 126 e 240. O reconhecimento do apenado como sujeito de direitos não enseja uma nova proposta deste movimento. Beccaria já havia defendido que "se cada cidadão tem deveres a cumprir com respeito à sociedade, esta igualmente tem obrigações a cumprir com respeito a cada cidadão" ("Dos Delitos e das Penas". Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus, 1983, p. 115). Ernst von Beling (1866-1932) também desaprovada a total perda de direitos pelo condenado ("A Ação Punível e a Pena". Trad. Maria Carbajal. São Paulo: Rideel, 2007, p. 90).

³⁸² Para Giuseppe Bettiol (1907–1982), "o homem tem direito à pena, assim como tem direito ao reconhecimento de sua dignidade de pessoa" ("O Problema Penal". Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas/SP: LZN, 2003, p. 145).

³⁸³ ANCEL, Marc. Op. cit., p. 239.

³⁸⁴ Ibid, p. 292.

³⁸⁵ Ibid, p. 350.

³⁸⁶ Ibid, p. 355.

tratamentos de reclusos, o que influencia o estabelecimento de alternativas à prisão em diversos países³⁸⁷. Mantém-se, assim, a escolha política pela humanização no tratamento de presos, cujas primeiras regras foram aprovadas pela Liga das Nações em 1934³⁸⁸.

Na verdade, a *nova defesa social* nunca foi uma escola penal, mas se caracterizou como um movimento de política criminal humanista³⁸⁹, que visou preparar uma (re)ação penal ocupada com a concretização do direito à ressocialização³⁹⁰. Mesmo trazendo novas propostas para o processo e para o sistema penitenciário, não se pode intitular o movimento de garantista, porém muito mais um movimento humanista, isto é, uma reação ao modelo autoritário prevalente na Europa durante a Segunda Grande Guerra. Com efeito, ainda que existissem propostas direcionadas à proteção da dignidade humana, a preocupação com a determinação da personalidade do agente comprometera a valorização das garantias processuais.

Nesses termos, cumpre observar que a *nova defesa social* consagra uma faceta do Direito Penal do autor, cuja pretensão de imunização não consegue esconder a sua essência autoritária, uma vez que está para a correção e para a aplicação de princípios utilitaristas a partir do estudo da personalidade do agente³⁹¹. Assim, muitos movimentos penais contemporâneos somente conferem uma sobrevida às idéias penais autoritárias, de maneira geral buscando proteger a sociedade pela eliminação ou neutralização dos perigosos.

É preciso considerar que a pena pode ser refletida como uma reação ao crime ou como um instrumento utilitário à prevenção (pena-utilidade) ou mesmo como uma combinação dessas duas características (teorias mistas). Em última análise, depois do segundo pós-guerra, cresce o apelo à pena-utilidade, destinada à correção do sujeito (*prevenção individual*). Foi assim com o movimento da *nova defesa social* e com várias outras doutrinas que seguiram o norte da chamada *prevenção individual positiva* (ressocialização). Em sentido oposto a estes postulados, o garantismo repudia a pena-utilidade, pondo abaixo uma gama de

³⁸⁷ As resoluções n. 8 e 16, expedidas respectivamente no 6º e no 7º Congresso das Nações Unidas, tratam de medidas alternativas à prisão. Finalmente, o 8º Congresso da ONU (1990) aprovou a denominação Regras de Tóquio, composta de um conjunto de preceitos orientados para a despenalização. Cf. GOMES, Luiz Flávio. "Penas e Medidas Alternativas à Prisão: interpretação da Lei 9.714/98, as novas penas alternativas à prisão, comentários às regras de Tóquio, do sistema penal clássico ao sistema penal alternativo, perspectivas do novo modelo de justiça criminal". São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 90.

³⁸⁸ FRAGOSO, Heleno; CATÃO, Yolanda; SUSSEKIND, Elisabeth. "Direitos dos Presos". Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 17.

³⁸⁹ ANCEL, Marc. Op. cit., p. 193.

³⁹⁰ Cf. ANCEL, Marc. Op. cit., p. 301.

³⁹¹ Para Bettiol, a *nova defesa social* fala em retribuição, mas dentro de um sistema inteiramente positivista, notadamente porque se funda na idéia básica de defesa e periculosidade, que obrigatoriamente exigem a busca pela personalidade do agente (op. cit., pp. 217-218).

doutrinas estruturadas sobre o conceito de ressocialização. No entanto, deixamos essa questão para capítulo seguinte.

4.6. O modelo garantista no limiar do séc. XXI: a primazia da garantia de defesa

4.6.1. Os fundamentos primeiros da teoria garantista

O garantismo não se trata apenas de um movimento penal, como foi a *nova defesa social*, mas compreende uma reação teórica às várias crises pelas quais passa o Estado contemporâneo e, mais do que isso, espelha uma resposta às crises da legalidade, do Estado Social e da soberania³⁹². Num sentido abrangente, o garantismo reage à crise do Estado de Direito mediante a ampla revisão dos postulados clássicos, em função de que abre diversas frentes de batalha. Dessa forma, na seara da teoria do direito, contrapõe-se a validade à vigência da norma, propondo a forma e também o conteúdo das decisões produzidas pelo Estado de Direito. No plano da teoria política, a democracia meramente procedimental passa a se comportar também como democracia substancial. No nível hermenêutico, vem a cabo a redefinição do papel do juiz, agora sujeito a novas maneiras de submissão à lei. E, finalmente, no âmbito da metateoria do Direito, sugere a ciência jurídica revestida de função não apenas descritiva, mas crítica e prospectiva em relação ao seu objeto³⁹³.

Sem dúvida, o garantismo não é uma teoria exclusiva do Direito Penal, uma vez que pode tomar parte em qualquer área do Direito. No entanto, esta identificação com o Direito Penal dá-se porque o garantismo se ocupa da racionalização do poder punitivo. Sem neutralidade ou tecnicismo exagerado³⁹⁴, toma como ponto central o subjetivismo do juiz para estabelecer um sistema que reduza ao máximo as chances do decisionismo. Em contrapartida, confere ao juiz a tarefa específica de tutelar os direitos fundamentais, mesmo que para tanto tenha que contrariar a *vontade do legislador*³⁹⁵. Por esta razão, o

³⁹² FERRAJOLI, Luigi. "Derechos y Garantías: la ley del más débil". 2ª. ed., Madrid: Trotta, 2001, p. 15.

³⁹³ Ibid, p. 20.

³⁹⁴ Cf. BINDER, Alberto M. Relaciones entre Dogmática Penal y la Política Criminal. In: CÓPPOLA, Patricia (Comp.). "Derechos Fundamentales y Derecho Penal". Córdoba: INECIP, 2006, p. 50.

³⁹⁵ SANTORO, Emílio. "Estado de Direito e Interpretação: por uma concepção jusrealista e antiformalista do Estado de Direito". Trad. Maria Carmela Juan Buonfiglio e Giuseppe Tosi. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 101.

juiz deve ser a boca da Constituição e não a boca da lei, retirando do ordenamento as leis incompatíveis com valores constitucionais³⁹⁶.

De certo modo, o garantismo penal exprime uma crítica à doutrina de *defesa social*. Nesta linha, defende-se o abrandamento da pena privativa de liberdade por não ser incumbência do Direito Penal custodiar a segurança pública. Também propõe que não existam tratamentos penais diferenciados e que o bem-estar da sociedade esteja assegurado por meio da limitação do poder punitivo. Para a teoria garantista, o juiz não se submete à vontade da maioria democrática. Noutras palavras, o garantismo não sucumbe à idéia de Estado bom – predominante nos modelos totalitários –, mas, pelo contrário, julga o Estado um instrumento de opressão, motivo pelo qual, nem mesmo diante de um consenso, será admissível a condenação de alguém sem obediência das garantias. Enquanto o Direito Penal representa, historicamente, a violência institucionalizada, o garantismo significa uma reviravolta, ou seja, proclama o Estado como o responsável pelo fim da violência.

No âmbito penal, o garantismo revela, precisamente, uma teoria que recobra os valores iluministas³⁹⁷. Nesses termos, o Iluminismo não compõe uma visão de mundo acabada, mas, muito mais do que isso, extrapola os limites do séc. XVIII, representando, assim, um modelo de reconstrução teórica dos valores humanos, tendo, nas garantias penais, a sua principal ferramenta para lograr o êxito contra o obscurantismo. Está certo Pontes de Miranda (1892–1979) quando afirma que "ainda não decantamos todo o séc. XVIII que há em nós, nem tampouco atravessamos todo o séc. XIX",³⁹⁸.

A teoria garantista submete uma rigorosa revisão crítica da concepção clássica do Estado de Direito. Para tanto, segundo o escólio de Luigi Ferrajoli, separa-se o princípio da mera legalidade do princípio da estrita legalidade. Assim, pela estrita legalidade, como garantia de liberdade e igualdade do cidadão, não se justifica qualquer norma penal constitutiva, isto é, que exerça juízo de valor depreciativo sobre os considerados inimigos³⁹⁹. Enquanto que para a mera legalidade o delito é o que o legislador afirma que é, a estrita legalidade exige do legislador uma postura lingüística taxativa na formação dos tipos penais.

³⁹⁶ Ibid, p. 104.

³⁹⁷ CARVALHO, Salo de. "Pena e Garantias: a crise do direito e do processo penal; o garantismo jurídico; as teorias da pena; os sistemas de execução; a lei de execução penal; os conflitos carcerários; os direitos (de resistência) dos presos". Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, pp. 79-80. Cf. FERRAJOLI, Luigi. "Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal". Trad. Ana Paulo Zomer et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 111.

³⁹⁸ "Democracia, Liberdade e Igualdade (os três caminhos)". Rio de Janeiro – São Paulo: José Olympio, 1945, p. 521.

³⁹⁹ FERRAJOLI, Luigi. "Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal". Trad. Ana Paulo Zomer et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 31.

Desse modo, dá-se fundamento ao Direito Penal mínimo, uma vez que a lei penal deve pressupor o cumprimento das garantias da materialidade lesiva e da culpabilidade, além de todas as garantias processuais (da presunção de inocência, do ônus da prova e do direito de defesa etc.)⁴⁰⁰.

Ainda na esteira iluminista, o garantismo separa o direito da moral para dar-se validade às normas jurídicas⁴⁰¹. Diante do esquema inicial, o modelo garantista estabelece, principalmente, limites aos poderes do legislador e do juiz, reduzindo ao máximo a margem de decisionismo e arbitrariedade; aparta-se da função educadora da pena e dos conceitos relativos à periculosidade ou à personalidade do réu, tanto que contesta as categorias subjetivas, como periculosidade, reincidência, tendência para delinquir, imoralidade, deslealdade ou outras do Direito Penal do autor⁴⁰².

Antes ainda, o garantismo desaprova sentenças ou leis constitutivas, isto é, que reconheçam privilégios ou discriminações em razão do status racial, social, político, religioso ou jurídico de uma pessoa⁴⁰³. A partir daí, desconstrói-se a doutrina secular de defesa social. Os conceitos de reincidência ou de perigoso, tão caros para os positivistas, não comportam espaços para refutação e, portanto, não se submetem ao rigor da nova cognição penal. A reincidência ou do estigma de perigoso são obstáculos à refutação e à defesa, porquanto o seu caráter constitutivo já implica uma punição antecipada.

No campo penal, o garantismo se satisfaz com o rigor do princípio da taxatividade, definindo tipos em sentido estrito, possivelmente refutáveis no campo processual. Nesse caso, rejeita os tipos abertos, menos taxativos e, igualmente, frágeis à refutação. Como explica Ferrajoli, o garantismo ocupa-se de uma verdade mínima e, por conseguinte, de um Direito Penal mínimo, ao passo que o substancialismo volta-se à verdade máxima, conseqüentemente orientada por um Direito Penal máximo, repleto de valores incontestáveis⁴⁰⁴ e orientado para a punição de todos os crimes⁴⁰⁵.

4.6.2. O processo penal garantista: a dupla finalidade de punir os culpados e absolver os inocentes

⁴⁰⁰ Ibid, p. 306.

⁴⁰¹ Ibid, p. 177.

⁴⁰² Ibid, p. 400.

⁴⁰³ Ibid, p. 405.

⁴⁰⁴ Ibid, p. 434-5.

⁴⁰⁵ Ibid, p. 450.

No plano processual, o garantismo fundamenta a independência judicial por meio da igualdade e da averiguação da verdade processual. Nesse caso, não franqueia espaço para as doutrinas consensualistas (Kuhn) e discursivas da verdade (Habermas) ou, em outras palavras, o garantismo não negocia com a verdade. Por conseguinte, rejeita penas transacionadas, porquanto, como não vale o discurso do consenso para a obtenção da verdade, reputa-se idônea para o processo a pluralidade de (contra)provas e a refutabilidade da hipótese acusatória⁴⁰⁶.

A teoria garantista assegura o cognitivismo por meio do *princípio da estrita jurisdicionalidade*, o qual compreende (I) a verificabilidade (ou refutabilidade) e (II) a comprovação empírica. Desse modo, estabelece-se um modelo processual cognitivo amplamente desimpedido para as refutações da parte acusada⁴⁰⁷. Embora isso não signifique um projeto teórico para se alcançar a justiça, é possível por ele dificultar a condenação de inocentes. A fim de precisar este desiderato, institui-se a legitimação do sistema por meio da sua proteção de valores e interesses individuais ou coletivos. Rompe-se, definitivamente, com as doutrinas autoritárias.

Assim, dentre as garantias processuais, a principal é a de submissão à jurisdição, a qual representa a segurança contra a vingança privada. Em sentido estrito, a submissão à jurisdição denota o cognitivismo, muito aproximado do que se entende por processo acusatório, contendo, assim, três elementos essenciais: a acusação, a prova e a defesa⁴⁰⁸.

A revisão dos mecanismos de obtenção da verdade vem do rigor que se exige para comprovação empírica da culpabilidade, dada a força que se confere à presunção de inocência. A presunção de inocência, aliás, radica a ossatura do garantismo, não somente se interligando com direito de defesa, mas com todos os aspectos do processo, restringindo, v.g., os pronunciamentos antecipados ou o emprego de prisão preventiva. Assim, critica-se não apenas o emprego da delação premial, técnica considerada de caráter totalitário⁴⁰⁹, mas também a deturpação da prisão preventiva como elemento de aquisição de confissões e acordos processuais em geral, à custa de prêmios e privilégios, fatores estes de inibição da vontade de defesa⁴¹⁰. Em última análise, o garantismo concentra uma severa crítica aos modelos de verdade consensual e de abreviação procedimental, os quais, v.g., foram

⁴⁰⁶ FERRAJOLI, Luigi. “Derechos y Garantías: la ley del más débil”. 2ª. ed., Madrid: Trotta, 2001, pp. 27-8.

⁴⁰⁷ FERRAJOLI, Luigi. “Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal”. Trad. Ana Paulo Zomer et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 135.

⁴⁰⁸ Ibid, p. 433. Por outro lado e na direção oposta, o modelo decisionista apenas consagra uma submissão à jurisdição em sentido amplo, mais aproximada do processo inquisitivo.

⁴⁰⁹ Ibid, p. 580.

⁴¹⁰ Ibid, pp. 189, 190 e 582.

incorporados pelo ordenamento pátrio nas transações penais e na suspensão condicional do processo (Lei n. 9.099/95).

Para compreender isso, teremos que entender que, dentre as diversas teorias a respeito da verdade, o garantismo filia-se ao modelo semântico, isto é, a verdade deve operar-se mediante processos de convenção, fazendo-se uma distinção entre a linguagem-objeto e metalinguagem. Dessa forma, quando dizemos que "A matou C", tomamos este enunciado como um objeto, sobre o qual a metalinguagem deverá agir. Como explica Nicolás Guzmán, para o garantismo é necessário que a linguagem-objeto descritiva da conduta do agente deve corresponder, estritamente, à linguagem objeto da norma penal⁴¹¹, adotando-se como critérios a coerência e a aceitação fundamentada⁴¹².

A par disto, percebe-se o motivo pelo qual o garantismo rejeita uma teoria da verdade consensual (Habermas). Em primeiro lugar, isto ocorre porque o princípio garantista da estrita legalidade exige que a conduta descrita no processo se ajuste à conduta descrita na norma, abstraída completamente das expressões valorativas ou ambíguas⁴¹³. Assim, o princípio da ampla defesa se relaciona diretamente com o da estrita legalidade, de modo que somente serão admitidos os enunciados passíveis de serem refutados, não se aceitando aqueles que são ambíguos ou valorativos, com ampla margem decisionista. No entanto, advirta-se, os julgamentos sem qualquer juízo de valor apresentam-se apenas como um ideal – inalcançável, é verdade – mas que, nem por isto, dispensa a busca pela precisão dos textos legislativos⁴¹⁴.

As garantias procedimentais – que tocam a formação da prova, o desenvolvimento da defesa e o convencimento judicial – definem, especificamente, o cognitivismo, ou seja, fazem referência à jurisdição em sentido estrito⁴¹⁵. Portanto, o modelo processual garantista ou de cognição está para a estrita submissão à jurisdição, assim como modelo processual substancialista ou decisionista está para mera submissão à jurisdição. Rigorosamente, o processo acusatório não é idêntico à estrita submissão, tampouco o processo inquisitório torna-se igual à ampla submissão, muito embora devam ser notadas as respectivas semelhanças entre esses modelos.

⁴¹¹ "La Verdad en el Proceso Penal: una contribución a la epistemología jurídica". Buenos Aires: Del Puerto, 2006, p. 66.

⁴¹² Ibid, p. 64.

⁴¹³ Ibid, pp. 67-8.

⁴¹⁴ Ibid, pp. 88-9.

⁴¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 434.

Sem sombra de dúvida, a teoria garantista realça os traços das garantias da presunção de inocência e do contraditório, ambas obscurecidas durante ápice do Totalitarismo. Ao acusado não se deve impor qualquer sanção, nem mesmo processual, sem o trânsito em julgado.

Enquanto o modelo garantista tem como fim a satisfação de uma verdade empírica, controlada pelas partes, o modelo antigarantista (autoritário) pretende alcançar a verdade substancial, aberta às valorações. O método autoritário teve expressão máxima nos sistemas penais totalitários (nazismo, fascismo, stalinismo), orientando a adoção de tipos penais abertos, vagos ou valorativos, sem limites para as interpretações destinadas à eliminação do inimigo. O processo autoritário, por estar submetido à jurisdição apenas num sentido amplo, filia-se ao modelo de Direito Penal máximo para, somente assim, alcançar a *verdade útil* ao poder punitivo⁴¹⁶, mesmo que seja o convencimento judicial formado à custa de argumentos incontestáveis pela defesa. Neste caso, o papel da defesa “é visto como um obstáculo ao bom andamento do juízo”⁴¹⁷.

Em sentido oposto, o processo garantista se ajusta à verdade tolerável, visto que as garantias procedimentais obstam a perseguição da *verdade útil*. Mais do que isso, o garantismo resume uma verdadeira teoria processual da refutação, em razão de que o direito de defesa em sentido amplo toma posição de destaque. O contraditório e a defesa tornam-se método de obtenção da verdade por meio da prova; são elevados à categoria de mecanismos garantidores do equilíbrio da tensão entre os interesses da sociedade (interesse punitivo) e os interesses individuais do acusado⁴¹⁸.

A garantia de defesa institucionaliza o poder de refutar a acusação. Desse modo, a acusação não apenas deve provar o que alega, mas é preciso que a sua prova não seja contrariada. Assim, tão importante quanto a prova será a contraprova⁴¹⁹. Em pé de igualdade com a necessidade da prova (verificação), está a possibilidade da contraprova (refutação) e a imparcialidade da decisão⁴²⁰. Em atenção ao critério da estrita legalidade, a verdade processual funda-se na verificação e na refutação de provas. A verdade somente será alcançada se existir a possibilidade de refutação, do contrário, onde inexistem meios de refutação – como nos juízos valorativos – não se constitui a decisão imparcial. Assim, como

⁴¹⁶ No Estado Totalitário, não prevalece uma verdade processual neutra, mas pragmática, útil aos interesses do Estado. Como explica Nicolás Guzmán, "Nietzsche describe la concepción de la verdad 'útil'" (op. cit., p. 67).

⁴¹⁷ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 435.

⁴¹⁸ Ibid, p. 589.

⁴¹⁹ Ibid, p. 121.

⁴²⁰ Ibid, p. 122.

explica Ferrajoli, os juízos do tipo "Ticio é perigoso"; "Caio é subversivo"; "tal objeto é obsceno", por não admitirem a refutação, devem ser deixados de fora do garantismo⁴²¹.

Ao tempo em que o substancialismo justificou os meios para a obtenção de um fim, o garantismo justifica os fins para a realização dos meios. Dentro deste quadro, o processo acusatório encena o modelo que mais se afina ao garantismo, isto porque, para haver refutação legítima, é preciso, antes de qualquer coisa, que se separe a função das partes, ou melhor, que se (re)conheça, enfim, o papel de contrariar exercido pela defesa⁴²². Sendo assim, continua válida a lição de Joaquim Canuto de Almeida que, em sua clássica dissertação sobre o assunto, é exato ao representar o contraditório como o "complemento e o corretivo da ação da parte"⁴²³.

Na seara da prisão cautelar, o garantismo propõe a liberdade processual com condição de eficácia do direito de defesa. Para tanto, a aplicação da prisão cautelar deve ser reduzida à hipótese de preservação das provas, como garantia de respeito ao princípio da presunção de inocência⁴²⁴. A fuga ou a personalidade do agente não deveriam justificar a medida extrema⁴²⁵. Com efeito, como se defende a redução do limite máximo da pena privativa de liberdade, por conseguinte se diminui significativamente o perigo de fuga. Em compensação, realçam-se os aspectos da condução coercitiva, medida menos hostil que poderia substituir a necessidade do recolhimento cautelar em muitos casos⁴²⁶.

E isso não é tudo. Para o garantismo, cabe ao processo o papel de minimizar a violência, conter a vingança privada, sem que isso queira dizer que se deva buscar punição para todo crime. Muito pelo contrário, a redução da violação também se dá pela redução das hipóteses sobre as quais incide o processo. Resumidamente, Ferrajoli aponta o processo com a dupla finalidade de punir os culpados e absolver os inocentes, sendo esta a justificativa para todas as garantias. Neste contexto, expõe-se o processo a uma tensão, devendo ser instrumento do poder punitivo e da liberdade. Como reconhece o juspenalista, "a história do

⁴²¹ Ibid, p. 135.

⁴²² Por isto, Ferrajoli afirma: "Geralmente, num sistema do tipo cognitivo, todos os atos nos quais se exprime o contraditório – contestações, declarações de inocência, depoimentos, confissões, intimações, testemunhos, reconhecimentos, acareação, requisições, sustentações orais, impugnações, exceções e assim por diante – equivale a momento de um conflito entre verdades jurídicas contrapostas, isto é, entre asserções que prenunciam ou sustentam hipóteses acusatórias e asserções que as contradizem, contestando assim não apenas sua veracidade como também para a validade dos preceitos que as fundamentam " (op. cit., p. 436).

⁴²³ "A Contrariedade na Instrução Criminal". São Paulo: sem editor mencionado, 1937, p. 105.

⁴²⁴ Ferrajoli justifica a abolição da prisão, pelo menos na primeira instância, em razão do princípio da dignidade, da presunção de não culpabilidade e também para que se respeite o princípio da igualdade, a fim de que o acusado " possa organizar eficazmente sua defesa " (op. cit., p. 449). No entanto, deve ser compreendido que a proposta de abolição da prisão preventiva dá-se num plano ideal, tomando-se como padrão um processo célere.

⁴²⁵ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., pp. 446 e 448.

⁴²⁶ Ibid, p. 449.

processo penal pode ser lida como a história do conflito entre essas duas finalidades, logicamente complementares, mas na prática contrastantes⁴²⁷.

Portanto, acredita Ferrajoli que as garantias são instrumentos capazes de reduzir a violência institucional, preparando o Estado para tolerar os comportamentos desviados, resultado natural das tensões sociais. Segundo acredita, muitas das tensões sociais deveriam ser resolvidas segundo mecanismos não penais, e muitos dos comportamentos ilícitos poderiam ser evitados por meio do combate das causas materiais⁴²⁸. O crime e a reação do Estado ao crime são violências. De fato, quanto maior a violência causada pelo crime, mais enérgica tende a ser a reação do Estado, o que só vem a dificultar a adoção de mecanismos garantista num Estado como o brasileiro, onde os índices de criminalidade, em algumas regiões, concorrem com os patamares de uma guerra. Esses aspectos criam uma atração recíproca entre Estado e Direito Penal máximo.

Com efeito, não se contesta que o modelo garantista puro consagra alguns elementos de utopia⁴²⁹, notadamente tomando como referência as circunstâncias da realidade brasileira.

4.6.3. O novo papel da pena no garantismo: a pena como mal menor

O garantismo também reage à crise da pena privativa de liberdade. Para tanto, a pena deve limitar-se a uma consequência jurídica do crime, de tal modo que somente seja possível punir segundo o modelo de estrita legalidade e estrita submissão das penas à jurisdição. Portanto, somente a lei pode prescrever a quantidade e a qualidade das penas e somente o juiz pode determinar a sua aplicação⁴³⁰. No âmbito penitenciário, não se admitem regimes diferenciados, em desrespeito aos princípios da defesa e da estrita legalidade⁴³¹, como se rejeitam, além disso, as sanções processuais ou mesmo penitenciárias sem a garantia do contraditório⁴³².

De modo geral, a doutrina de defesa social e a sua variante (*nova defesa social*) consagraram a pena-correção como uma utilidade à sociedade. Julgando que vem da tradição autoritária a aspiração para impor ao homem uma maneira de ser, o garantismo não aceita a pena-correção, porque entende impossível corrigir alguém num ambiente criminalizante por

⁴²⁷ Ibid, p. 483.

⁴²⁸ Ibid, p. 276.

⁴²⁹ Ibid, p. 296.

⁴³⁰ Ibid, p. 577.

⁴³¹ Ibid, p. 581-2.

⁴³² Ibid, p. 585.

natureza como o sistema penitenciário⁴³³. Logo, a pretensão de correção do homem viola a sua liberdade de ter uma individualidade⁴³⁴. Assim, o garantismo propõe que se alcance o máximo bem-estar dos membros da sociedade por meio da intervenção penal mínima, com a qual de fato se alcança o mínimo mal-estar àqueles que cometem crimes⁴³⁵.

Toda essa representação teórica manifesta uma fórmula simples: o máximo de liberdade e de satisfação adquire-se com o mínimo de punição. Por conseguinte, a pena não mais é recebida como um *mal equivalente* ou como *um mal para o bem*, mas sim como um *mal menor*. A pena, conseqüentemente, provém da diminuição do poder punitivo exercido pelo Estado. Com isso, ela não deixa de interessar à sociedade, mas também interessa ao réu e, como tal, não pode ser ilimitada, impessoal ou severa demais⁴³⁶. A respeito do ponto em causa, é preciso que a pena seja limitada ao máximo. Portanto, entende Ferrajoli que, para qualquer delito, a pena máxima de prisão seja de até dez anos⁴³⁷. Como alternativa, destaca a importância das restritivas de direitos, que poderiam ser designadas como penas exclusivas⁴³⁸, independentemente de conversão para pena privativa de liberdade⁴³⁹.

Logo, não se justifica a pena de morte, a pena perpétua ou a pena pecuniária. Desde a formação do Estado moderno, a trilogia *vida-propriedade-liberdade* esteve protegida por penas correspondentes (*morte-multa-prisão*), mas, destas três modalidades, somente ainda se legitima a privação de liberdade, mesmo com sérias restrições. No programa de pena mínima, devem ser abolidas as penas capitais, perpétuas e pecuniárias. Esta última por ultrapassar a esfera da pessoa do condenado e aquelas outras duas em razão do princípio da dignidade da pessoa. Este princípio e, ao mesmo tempo os princípios da pessoalidade, da culpabilidade e da necessidade reorientam a teoria garantista da pena.

Entendida nesses termos, a sanção penal deve guardar obediência a três características elementares: igualdade, legalidade e pessoalidade. Tais princípios impedem execuções diferenciadas, as quais, sob pretexto de ressocializar, ajustam a pena às condições pessoais do condenado, o que torna o seu regular cumprimento uma moeda de troca de privilégios⁴⁴⁰. A execução da pena não deve depender de critérios subjetivos, abertos à

⁴³³ Ibid, p. 219.

⁴³⁴ Ibid, p. 220.

⁴³⁵ Ibid, p. 267-8.

⁴³⁶ Ibid, p. 272.

⁴³⁷ Ibid, p. 332-3. Bonini já defendia que pelo fato a pena não deveria ultrapassar os 10 anos (Apud BETTIOL, Giuseppe. “O Problema Penal”. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas/SP: LZN, 2003, p. 170).

⁴³⁸ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 335.

⁴³⁹ No Brasil, o art. 28 da lei de tóxico (Lei n. 11.343/06) já prevê a fixação direta de pena restritiva de direito.

⁴⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi. “Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal”. Trad. Ana Paulo Zomer et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 319.

interpretação decisionista. O modelo de execução penal conferido ao custo de privilégios e concessões torna incerta a pena efetivamente executada. Ora, como segue o garantismo o padrão da taxatividade, nada mais acertado do que reduzir o espaço de manipulação das penas concretas e, por certo, a carga simbólica oculta nesse modelo.

Deduz-se, com efeito, que o direito de defesa deve ser reacendido na fase de execução. De fato, assiste razão a Aury Lopes Jr. quando afirma que "os pontos de maior ineficácia das garantias processuais residem nos dois extremos do processo penal: no inquérito policial e na execução penal"⁴⁴¹. Como são estas fases dirigidas por órgãos administrativos, leva-se a pensar que elas não estão acobertadas pela garantia de defesa de nenhuma forma. Se pararmos para pensar, o preso não perde a presunção de inocência em relação aos fatos ocorridos durante a execução⁴⁴². Para esse efeito, a execução penal também implica cognição, afirma Carnelutti (1879–1965)⁴⁴³. A condenação não destitui a defesa penal de sua imprescindibilidade. Nesta mesma linha de raciocínio, o Tribunal Constitucional da Espanha, aliado à jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, tem expandido o direito à tutela judicial efetiva à fase de execução penal, de modo que a restrição da liberdade na fase executiva depende da abertura de procedimento contraditório⁴⁴⁴. Em verdade, o direito de defesa deve agir em benefício da certeza da inflexibilidade da pena, ou seja, atuar contra o arbítrio da pena no momento crucial de sua execução⁴⁴⁵. É justamente este o propósito do garantismopenal no plano da pena.

No plano prático, não se admite que conceitos, como o de personalidade, interfiram na aplicação da pena. Já não se questiona que o homem deve ser punido pelo que ele fez e não pelo que ele é⁴⁴⁶. No entanto, os resquícios autoritários do Código Penal, sob influxo do ideal nacional-socialista dos anos quarenta, ainda estão presentes em conceitos penais construídos a partir dos traços biológicos do autor. A circunstância judicial da personalidade do agente é um

⁴⁴¹ "Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional)". Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 250.

⁴⁴² *Ibid.*, p. 257.

⁴⁴³ "El Problema de la Pena". Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1956, p. 75.

⁴⁴⁴ ESPANHA. Tribunal Constitucional. Sentença n. 248 de 20/12/2004, primeira sala. Nesta decisão, rejeitou-se restrição de liberdade apenas com fundamentos estereotipados, ou seja, exclusivamente calcados em folha de antecedentes. Disponível em: www.tribunalconstitucional.es/jurisprudencia/jurisprudencia.html. Acesso em 16/08/2007.

⁴⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Op. cit.*, p. 178.

⁴⁴⁶ Cf. LISZT, Franz von. "A Teoria Finalista no Direito Penal". Campinas: LZN, 2003, p. 39.

desses conceitos inspirados na velha biologia criminal que vem recebendo um significado distante do contexto científico⁴⁴⁷.

No Brasil, a doutrina dominante deixa claro que, para o Código Penal, a acepção da personalidade deve ser compreendida em sentido vulgar, não científico. Assim, Roberto Lyra (1902–1982) analisa a personalidade do agente fora do ambiente clínico, sem pesquisa psicológica, unicamente perquirindo sobre a participação do réu no círculo cívico, isto é, sobre a sua conduta como pai, filho, esposo, amigo, profissional etc⁴⁴⁸. Anibal Bruno também atribui ao magistrado o dever de situar a personalidade no “ambiente físico e sócio-cultural (sic) em que vive o homem”⁴⁴⁹, razões pelas quais, como concorda Guilherme Nucci, o magistrado “não precisa ser um técnico para avaliar a personalidade”⁴⁵⁰.

Para o finalista Hans Welzel (1904–1977), a personalidade compreende um conjunto de ações pré-programas, para as quais o indivíduo não precisaria parar para decidir. Como explica o professor da Universidade de Bonn, o homem não necessita decidir-se a cada ação que realiza, porque muitas de suas ações já integram o seu semi-inconsciente ou o inconsciente⁴⁵¹.

Deste modo, o Código Penal prescreve a personalidade dentre as circunstâncias que autorizam a fundamentação da pena-base (art. 59), razão pela qual comumente deparamos com expressões judiciais que infligem ao agente – sob o comando de uma falsa retórica da personalidade – o estado de personalidade desvirtuada⁴⁵², personalidade distorcida⁴⁵³, personalidade desviada⁴⁵⁴, personalidade voltada para a prática delitiva⁴⁵⁵ ou de infrações⁴⁵⁶,

⁴⁴⁷ Como observa Bettioli, "a personalidade criminológica do agente é, precisamente, em grande parte, fruto de um artifício, daquele artifício de que a escola positiva usou e abusou largamente nas suas indagações: a estandardização dos tipos de delinqüente e, de igual modo, da personalidade criminológica" (op. cit., p. 187).

⁴⁴⁸ LYRA, Roberto. “Comentários ao Código Penal”. V. 2, 2ª. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 211.

⁴⁴⁹ “Das Penas”. Rio de Janeiro: Rio, 1976, p. 95. A lição de Nelson Hungria não deixa dúvidas de que a pena deveria estar sujeita a avaliações desta mesma monta. Assim ele escreve: “No averiguar a capacidade de delinqüir, para o efeito da medida individualizada da pena, o juiz tem de investigar o agente como vontade livre (do ponto de vista empírico-cultural) a evoluir entre as influências endógenas (disposição psíquica, índole, temperamento) e exógenas (mundo circundante) e a decidir-se na ação criminosa” (“Comentários ao Código Penal: Arts. 75 a 101”. V. III, 3ª. ed., Rio de Janeiro: Revista Forense, 1956, p. 27).

⁴⁵⁰ A Análise da Personalidade do Réu na Aplicação da Pena. “Boletim IBCCRIM”. São Paulo, n. 153, p. 02-03, agosto. 2005, p. 02-03.

⁴⁵¹ “O Novo Sistema Jurídico-Penal: uma introdução à doutrina da ação finalista”. Trad. Luiz Regis Prado, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 105.

⁴⁵² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 36686/MG, 5ª T., Rel. Min. Laurita Vaz, DJU 20/09/2004, p. 320.

⁴⁵³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 19678/RJ, 5ª T., Rel. Min. Laurita Vaz, DJU 02/08/2004, p. 437.

⁴⁵⁴ BRASIL. MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça. Ap. crim. n. 2004.002666-8/0000-00, São Gabriel do Oeste, 2ª T. Crim., Rel. Des. João Carlos Brandes Garcia, j. 30/06/04.

⁴⁵⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal. 3ª Região. Ap. cr. n. 2003.60.04.000001-1, 2ª T., Rel. Des. Fed. Cecilia Mello, DJU 17/09/04, p. 570.

personalidade perigosa⁴⁵⁷, personalidade anti-social⁴⁵⁸, personalidade comprometida pela falta de valores éticos e morais⁴⁵⁹, personalidade voltada para o mal⁴⁶⁰ etc. Todas estas expressões, extraídas da jurisprudência e muito semelhantes à legislação penal do início do século passado, exprimem a retórica da personalidade distorcida, cuja fórmula-padrão empresta importância a um modelo de perversidade e predisposição do acusado para praticar más ações.

Hoje, impõe renegar-se a legitimidade da personalidade como circunstância capaz de determinar a valoração negativa da pena-base, uma vez que o agente não a tem voluntariamente. O magistrado, com avigora Amilton Bueno de Carvalho, não detém capacidade técnica para levantar juízos de cunho psicológico ou assemelhado, tampouco se reveste o processo de mecanismo apto a operacionalizar a formação de tais juízos⁴⁶¹. Em sua acepção vulgar, a personalidade desprovida dos elementos técnicos que a compõem, somente pode ser determinada para abrandar a pena-base, nunca para aumentá-la. A usual retórica judicial esvazia-se diante da incapacidade teórica para reconhecê-la cientificamente.

Ao contrário do que entende a doutrina dominante, o caráter não se confunde com a personalidade; enquanto esta é dinâmica, aquele possui natureza estática. O caráter admite representação por meio de traços comuns a um grupo de pessoas, enquanto a personalidade recusa a sistematização por modelos preconcebidos. Todo indivíduo possui a sua personalidade, sendo irrealizável determinar traços comuns a um grupo de pessoas. Com discernimento, Ingenieros afirmara que "não existem dous individuos cuja constituição physico-psychica seja identica"⁴⁶².

A personalidade é construída durante a história individual de cada ente⁴⁶³. Sempre será aleatória a tentativa de determiná-la a partir de um único fato ilícito – muitas vezes, vagamente construído (idealizado) a partir de meros testemunhos. O processo penal não

⁴⁵⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. APR. n. 20000110588097, 1ª T.Crim., Rel. Des. Mario Machado, DJU 09/09/04, p. 71.

⁴⁵⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 34151/SP, 5ª T., Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU 24/05/04, p. 321.

⁴⁵⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal, 3ª R., HC n. 2004.03.00.041854-0, 5ª T., Rel. Des. Ramza Tartuce, DJU 28/09/04, p. 400.

⁴⁵⁹ BRASIL. PARANÁ. Tribunal de Alçada. ACr. n. 0253541-7, Guarapuava, 4ª C.Crim., Rel. Juiz Lidio J. R. de Macedo, DJPR 20/08/2004.

⁴⁶⁰ BRASIL. ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça. ACr. n. 047040002264, 2ª C. Crim., Rel. Des. Sérgio Bizzotto Pessoa de Mendonça, j. 14/04/04.

⁴⁶¹ BRASIL. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Ap. n. 70.005.127.295, 5ª C. Crim., Des. Amilton Bueno de Carvalho. Boletim IBCCRIM n. 129, agosto/2003. Precedentes no TJRS: Ap. Crim. ns. 70.000.592.683 e 70.000.767.269, 5ª C. Crim., e acórdão n. 296.021.173, 4ª C. Crim. do extinto Tribunal de Alçada/RS, julgados n. 100/143.

⁴⁶² "Criminologia". 2a. ed., Trad. Haeckel de Lemos. Rio de Janeiro: Livraria Jacyntho, 1934, p. 189.

⁴⁶³ FILLOUX, Jean C. "A Personalidade". 4ª. ed., Trad. Eunice Katunda. São Paulo: Difel, 1983, p. 13.

permite que a história individual do agente seja inventariada; no máximo, logra investigar o fato criminoso, restando-lhe poucos meios capazes de permitir a constituição de um perfil psicológico do acusado.

Outrossim, fatores congênitos também são determinantes na formação da personalidade, não sendo proporcional que alguém tenha a pena elevada por força de circunstâncias para as quais não contribuíra. Para Donald Woods Winnicott, psicanalista inglês e inquestionável estudioso das raízes da personalidade transgressora, já surgem, na infância, as causas dos comportamentos anti-sociais, cuja ausência de tratamento apropriado converge à delinquência juvenil, permitindo-se a instalação – então na fase adulta – de estado de personalidade psicopática⁴⁶⁴.

Termos vagos ou valorativos não se submetem à confrontação dialética do processo, motivo pelo qual o seu emprego esvazia a descrição do fato e, desde modo, compromete o sistema de garantias penais. O juiz quase sempre atribui ao réu uma personalidade calcada em conclusões cientificamente indemonstráveis, dando guarita à suposição segundo a qual todo aquele que comete o crime detém uma personalidade anômala em relação à *personalidade* de certo grupo social. Como explica Ferrajoli, a verdade jurídica deve permitir a refutação mediante contraprovas, sendo que juízos potestativos do tipo *Ticio é perigoso* ou *Caio é subversivo*, por fugirem do processo de cognição, cerceiam a defesa. É por isto que – anota o autor – hábitos mentais do sujeito, os julgamentos subjetivos, as ideologias pessoais e os preconceitos não condizem com a conotação de um juiz(o) imparcial⁴⁶⁵.

O princípio da individualização, portanto, deve ser contemplado em consonância com os demais princípios que norteiam a pena, especialmente os princípios da motivação e da taxatividade. Conseqüentemente, impõe-se que a personalidade do agente seja considerada apenas para beneficiá-lo; caso contrário, também teremos de admitir a punição do homem pelo *que é* e não pelo *que fez*.

Também não é cientificamente viável determinar a personalidade do agente segundo o cumprimento de papéis sociais, tal qual preconizava Roberto Lyra. Na sociedade complexa da contemporaneidade, cada um de nós cumpre diversos papéis sociais⁴⁶⁶, mas nenhum

⁴⁶⁴ Cf. GORAYER, Raul. O Observador Engajado. “Viver Mente & Cérebro”. São Paulo: Duetto, n. 5, p. 78-83, s.d., p. 78-83.

⁴⁶⁵ “Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal”. Trad. Ana Paulo Zomer et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 132-5.

⁴⁶⁶ FICHTER, Joseph H. “Sociologia”. Trad. Hebe Guimarães Leme. São Paulo: Pedagógica e Universitária, 1973, p. 456.

processo penal pode inventariar elementos que conduzam o conhecimento do papel social do acusado ou de sua personalidade social.

Evidentemente um fato típico pode trazer elementos sobre o despenho de alguns dos papéis do acusado em sociedade, mas a admissão do julgamento desfavorável obsta as possibilidades de defesa substantiva e igualitária. Isto porque, como enfrenta Fichter, se fôssemos comparar os papéis sociais desempenhados pelos indivíduos, “todos os seres humanos seriam, em maior ou menor grau, aberrantes sociais”⁴⁶⁷. Sem contar que a própria sociedade institucionaliza desvios contrários aos valores por ela exaltados, tal como acontece com relação à tolerância para com o jogo ilegal, às infrações de trânsito ou à “intervenção política no processo penal”⁴⁶⁸.

Nos dizeres de Ferrajoli, a igualdade consiste num princípio complexo⁴⁶⁹, porque tanto *inclui* as diferenças pessoais como *exclui* as desigualdades sociais. A partir deste ponto de vista, a igualdade jurídica exige que as *diferenças* (tamanho, sexo, idade, religião, opinião, cor etc.) sejam respeitadas e as desigualdades (sociais e econômicas) abolidas⁴⁷⁰. Nesse mesmo passo, Pontes de Miranda percebeu que, embora sejam os homens aritmeticamente *diferentes* (altos, baixos, fortes etc.), é preciso demover as suas desigualdades por meio de um esforço duplo, capaz de excluir os juízos de valor depreciativos, substituindo-os por julgamentos que assegurem a igualdade⁴⁷¹.

Entretanto, o Direito Penal ainda não se acomodou a essa realidade e, muito pelo contrário, caminha em sentido inverso, assegurando, em alguns casos, a intolerância para com as *diferenças*. Refiro-me, especificamente, à personalidade do agente, a qual, embora seja uma *diferença* – um traço particular de cada pessoa –, ainda vem sendo abordada como uma *desigualdade*, a justificar tratamento e repressão penal.

Ainda, cabe entender que o garantismo estabelece novos parâmetros para a idéia de *prevenção individual* como fundamento para a reação punitiva. A ressocialização do condenado já não é vista como uma imposição ou fundamento penal, como o foi para o Estado Social. Afinal de contas, a ressocialização já não deve ser vista como a idéia *comtiana*

⁴⁶⁷ Ibid, p. 456.

⁴⁶⁸ Ibid, p. 457-8.

⁴⁶⁹ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 726.

⁴⁷⁰ Ibid, p. 727.

⁴⁷¹ “Democracia, Liberdade e Igualdade (os três caminhos)”. Rio de Janeiro – São Paulo: Livraria José Olympio, 1945, p. 492.

de progresso, segundo a qual tudo está em constante aperfeiçoamento⁴⁷² e, por isso, o homem também poderia suportar uma pedagogia em benefício de seu progresso moral.

De fato, o discurso jurídico dominante transmite a falsa convicção de que a pena (res)socializa. Sob a justificativa lingüística ressocializadora, operam-se os julgamentos dos direitos do preso, muitas vezes negados sob argumentos de que não se exercera o milagre da recuperação. Nesse jogo de linguagem, a periculosidade do agente explica condenações⁴⁷³, sob o engodo de que o sistema (res)socializa, a culpabilidade se confunde com a periculosidade, transmitindo para o Direito Penal não somente a análise da conduta ilícita, mas, além disso, o julgamento dos traços do autor, a partir da crítica de sua conduta social e personalidade. A crise do Direito traz consigo *uma crise da palavra*⁴⁷⁴; o sistema penal que se descortina desta tensão volta-se à natureza da pessoa do acusado.

Desse modo, percebe-se a coexistência de dois conjuntos de regras penais, sendo um (re)tornado aos *estranhos à comunidade*, mais severo (próprio da *lei e ordem*), e outro (humanista), destinado aos verdadeiros membros da sociedade. Conforme a natureza do transgressor, ofensas leves são punidas exemplarmente, enquanto delitos graves praticados por agentes públicos recebem tratamentos punitivos inadequados, que muito mais simbolizam uma *premiação* e não uma *punição*⁴⁷⁵. O Direito Penal do autor discrimina, porque divide a sociedade em castas, nas quais os indivíduos já socializados, ou seja, que não necessitam do tratamento penal, têm à disposição um leque de garantias não igualmente asseguradas àqueles nomeadamente etiquetados como carentes de recuperação.

Realmente, será que a pena ressocializa alguém no Brasil? Muitos juristas ainda acreditam que a execução penal proporciona – como ordena o art. 1º da lei de execuções penais – condições para a harmônica integração social do condenado e do internado. Esta é mais uma falácia que expõe as vísceras da crise da palavra no Direito, porque a tragédia da dogmática penal reside na falta de compromisso com a realidade das coisas⁴⁷⁶. Na sua época,

⁴⁷² Cf. BETTIOL, Giuseppe. “O Problema Penal”. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas/SP: LZN, 2003, p. 229.

⁴⁷³ A 6ª. T. do STJ já entendera que condenações anteriores justificam o reconhecimento da periculosidade do agente, para fins de acréscimo da pena: “1. A qualificadora prevista no artigo 10, § 3º, inciso IV, da Lei nº 9.437/97, não viola o princípio non bis in idem. 2. Anterior condenação por crime contra a pessoa, contra o patrimônio e por tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins faz com que o portador ilegal de arma de fogo cometa a figura qualificada prevista na Lei de Regência, fruto de sua maior periculosidade, não se estando a punir o mesmo comportamento duas vezes, mas sim a considerar a reiteração delituosa, nos limites em que incidente, como reveladora da necessidade de um apenamento mais rigoroso. 3. Recurso provido” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP. n. 370047/RS, 6ª T., Rel. Min. Paulo Gallotti, DJU 31/05/04, p. 369).

⁴⁷⁴ DIP, Ricardo. “Direito Penal: linguagem e crise”. Campinas: Millennium, 2001, p. 67.

⁴⁷⁵ CUNHA, Djason B. Della. “Sociologia Jurídica: direito, cultura e cidadania”. Natal: Ágape, 1998, p. 86.

⁴⁷⁶ DIP, Ricardo. Op. cit., p. 116.

Tobias Barreto (1839–1889) não acreditava no “melhoramento e correcção do criminoso por meio da pena”, deixando o debate do assunto à finalidade metafísica da sanção⁴⁷⁷.

Com efeito, todo um sistema teórico ergue-se em torno desta ressocialização utópica ou metafísica (Tobias Barreto), inconcebível para os padrões penitenciários nacionais. Respondendo à questão proposta, não que não seja possível a (res)socialização, mas esta ocorre muito mais pelo esforço individual do condenado do que propriamente pelo emprego de uma coerente metodologia estatal de reabilitação social. A curva crescente dos índices de criminalidade demonstra o colapso da pena quanto ao fim de *prevenção individual*.

Ninguém se (res)socializa aprisionado em uma coletividade alienígena estruturada sob códigos próprios, tal como ocorre com os presídios, microambientes onde imperam os (des)valores das pessoas que ali se encarceram. Engana-se o juiz que supõe deter atributos sobre-humanos, capazes de extrair de qualquer fórmula matemática a quantidade de dias, meses ou anos necessários para que o condenado esteja, instantaneamente, preparado para regressar ao seio social, onde, enfim, terá novas oportunidades de trabalho e convívio familiar.

Certamente, uma *instituição total* como a prisão não é capaz de ressocializar ninguém. Não há como encontrar equivalência entre as relações sociais e as que são, fragilmente, estabelecidas nas prisões⁴⁷⁸. Como explica Erving Goffman, as *instituições totais* são representadas por aqueles ambientes onde o indivíduo realiza grande parte de suas atividades sob o julgo de uma única autoridade, que impõe a disciplina pela vigilância permanente⁴⁷⁹.

Como forma de disciplinar, o poder se vale da tática de isolar corpos, separando-os, como se faz nos quartéis ou mesmo nas prisões. Assim, assinala Fábio Ulhoa, "o principal mecanismo da disciplina é a vigilância, intensa e permanente, através do qual o poder viabiliza a ducilização do corpo"⁴⁸⁰. Em última análise, a pena carcerária influencia-se pela classificação, pela separação, como instrumento de controle e vigilância, estando o panóptico de Bentham estruturado sobre este princípio básico⁴⁸¹.

Em tais condições, não será difícil perceber que a prisão, ao contrário de ressocializar, contribui para que o indivíduo perca a referência da auto-estima e dos valores do

⁴⁷⁷ "Estudos de Direito". Edição fac-similar. Brasília: Senado Federal, 2004, p. 179.

⁴⁷⁸ GOFFMAN, Erving. "Manicômios, Prisões e Conventos". Trad. Dante Moreira Leite, São Paulo: Perspectiva, 1974, p. 22.

⁴⁷⁹ Ibid, p. 18.

⁴⁸⁰ "Direito e Poder: ensaio de epistemologia jurídica". São Paulo: Saraiva, 1992, p. 55.

⁴⁸¹ Ibid, p. 56.

mundo exterior⁴⁸². Nelson Hungria também refletiu nesse mesmo sentido. Para o jurista, os sistemas penitenciários invertem os “processos lógicos de socialização: impõem silêncio ao único animal que fala; obrigam a regras que eliminam qualquer esforço de reconstrução moral para a vida livre de amanhã”⁴⁸³. E, por esta razão, o recluso obedece à disciplina, apenas aparentemente, porque, uma vez em liberdade, volta a delinquir⁴⁸⁴, mas, mesmo assim, não se pode decretar que a pena seja absolutamente ineficiente⁴⁸⁵.

A crítica à função ressocializadora da pena ou à busca da personalidade do agente como critério definidor da pena vai encontrar, em Nietzsche (1844–1900), fortes argumentos. De acordo com esse filósofo, o homem vive num litígio permanente, de tal forma que não se faz possível estabelecer critérios para determinar um novo modo de sua vida, porque a exigência dessa mudança requer “que tudo mude também, e mesmo retroativamente”⁴⁸⁶. Dessa forma, a rigor, a pena carcerária não detém o atributo de corrigir (aperfeiçoar) ninguém, porquanto prontamente representa em si uma *incorreção* para quem a experimenta.

Com efeito, o próprio sistema legal já instituíra oficialmente a sua inaptidão para ressocializar alguém. A Lei n. 10.792/03, que deu nova redação ao art. 112 da lei de execuções penais (Lei n. 7.210/84) sinaliza nesta direção. Antes desta reforma legislativa, a progressão penal para regime menos rigoroso dependia de parecer da comissão técnica de classificação e do exame criminológico, além do cumprimento de um sexto da pena no regime anterior e do mérito do preso. Depois da Lei n. 10.792/03, demanda-se do preso apenas a ostentação de bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, afora a satisfação de um sexto da pena. Tanto para a progressão de regime, como para a concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, a decisão judicial não mais se rende ao parecer da comissão técnica de classificação e ao exame criminológico, ou seja, o julgamento unicamente sobrevém à manifestação do Ministério Público e do defensor⁴⁸⁷.

Hipoteticamente, o exame criminológico deveria funcionar como um moderador do princípio da individualização (art. 8º, Lei n. 7.210/84), permitindo o exame do grau de

⁴⁸² Cf. GOFFMAN, Erving. Op. cit., p. 25.

⁴⁸³ “Comentários ao Código Penal: Arts. 75 a 101”. V. III, 3ª. ed., Rio de Janeiro: Revista Forense, 1956, p. 13.

⁴⁸⁴ Ibid, ibidem.

⁴⁸⁵ Ibid, p. 17.

⁴⁸⁶ MELO, Eduardo Rezende. “Nietzsche e a Justiça: crítica e transvalorização”. São Paulo: Perspectiva, FAPESP, 2004, p. 156.

⁴⁸⁷ A redação vigente do art. 112 da Lei n. 7.210/84 é a seguinte: “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”.

sociabilidade do preso, para que, somente assim, o juiz avaliasse a possibilidade de reingresso comunitário, mas, com efeito, nada disso tornava-se realidade na prática habitual do sistema; em grande parte dos casos, o exame significava um entrave burocrático intransponível, motivado, de certo modo, pela indiferença estatal para com as carências materiais e humanas da organização penitenciária. Logo, a dispensa legal do exame criminológico e do parecer técnico resultou desta constatação concreta (e burocrática) de que tais exigências retardavam, sobremaneira, a concessão de direitos.

Destarte, logo após a edição da lei, a jurisprudência firmou que o indeferimento da progressão de regime em razão da desfavorabilidade de exame criminológico viola o princípio da estrita legalidade. Assim, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça passaram a acolher a progressão penal mesmo por intermédio de habeas corpus, desde que comprovados os requisitos objetivos (cumprimento de um sexto da pena no regime anterior e bom comportamento carcerário devidamente atestado)⁴⁸⁸.

No entanto, não se cessaram as decisões reivindicando a obrigação de se realizar o exame criminológico⁴⁸⁹, por força da norma decorrente do art. 8º, da Lei n. 7.210/84⁴⁹⁰. Muitas decisões condicionaram a progressão do regime ao julgamento da capacidade pessoal do preso por meio de exame criminológico. De fato, a despeito da evidente intenção do legislador em abolir o exame criminológico, ainda assim continuava o sistema fazendo referência a esta avaliação subjetiva para a individualização da execução (art. 8º). Os tribunais superiores reorientaram a interpretação passando a entender que o exame poderia ser exigido por decisão fundamentada⁴⁹¹.

O exame criminológico compreende um resquício do Direito Penal do autor, instituído para promover a investigação da personalidade como condição para o exercício de

⁴⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 85.688/PR, 1ª T., Rel. Min. Eros Grau, j. 03/05/05. Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 38.602/PR, 5ª T., Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 09/11/04, v.u., DJU 17/12/04, p. 589.

⁴⁸⁹ Neste sentido: BRASIL. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça Militar. Ag. Ex. n. 319/05, 2ª Câmara, Rel. Juiz Lourival Costa Ramos, j. 22/9/05. É de se recordar que este mesmo Tribunal já havia decidido em sentido contrário, admitindo a discricionariedade do juiz para a concessão de benefícios ao preso, independentemente do exame criminológico (BRASIL. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça Militar. Ag. ex. n. 288/04, 2ª Câmara, Rel. Juiz Lourival Costa Ramos, j. 03/03/05, v.u.).

⁴⁹⁰ A redação do artigo é a seguinte: “Art. 8º: O condenado ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime fechado, será submetido a exame criminológico para a obtenção dos elementos necessários a uma adequada classificação e com vistas à individualização da execução”.

⁴⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 86631/PR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª T., 5/9/2006, inf. n. 439/06; HC-ED n. 85963/SP, Min. Celso de Mello, 03/10/2006, 2ª T., DJ 27/10/2006, p. 62, ement. 2253-02, p. 296.

direitos. Por isso, Aury Lopes Jr. critica a realização de exame de investigação da personalidade que restrinja a ampla defesa⁴⁹².

Não falta razão a Mireille Delmas-Marty quando afirma que, às vezes, as decisões judiciais não se posicionam por qualquer política criminal harmônica, mas estão ao sabor das contingências ou de algum acontecimento qualquer capaz de provocar reações miméticas⁴⁹³.

A teoria garantista assegura, justamente, que a pena não reclame qualquer função de causar um bem ao homem. Espera-se, unicamente, que o apenado não seja degenerado mais do que está. Portanto, muitos dos valores e conceitos engendrados à luz da ressocialização escondem de fato resquícios do Direito Penal do autor, que mitigam as possibilidades de real refutação por quem quer que seja.

O conceito de bom e o de mau é relativo, motivo pelo qual depende de múltiplas interpretações e jogos de linguagem. O que é bom para quem vê não é necessariamente para quem sente, escreve Kant (1724–1804)⁴⁹⁴. A filosofia kantiana traz outros fundamentos para a compreensão da questão. Não há sentido pretender que se queira um bem para alguém mediante o emprego de um instrumento coercitivo como a pena⁴⁹⁵.

Nesses termos, não podemos dizer que uma pena é um bem para quem a suporta. Se a pena é uma imposição – e disto não temos dúvidas –, a sua aplicação acontece fora da vontade do agente. A aceitação da pena vem por comando legal e, por isto mesmo, não podemos chamar a sanção de um bem ou de uma satisfação para quem a sofre. A não ser para os olhos de quem não a experimenta, a pena representa um bem. No entanto, não ignoramos que a resposta penal pode tornar-se um bem, desde que exista a vontade própria do condenado, aceitando-a independentemente da força da lei. Esta hipótese, contudo, escapa ao controle do Estado.

Como o homem está livre para fazer o mal, sujeitando-se as suas conseqüências, ninguém pode obrigá-lo a agir segundo o bem⁴⁹⁶ e, do mesmo modo, nenhuma pena será

⁴⁹² “Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional)”. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 259.

⁴⁹³ “Modelos e Movimentos de Política Criminal”. Trad. Edmundo Oliveira. Rio de Janeiro: Revan, 1992, p.174.

⁴⁹⁴ “Crítica da Razão Prática”. Trad. Afonso Bertagnoli. Rio de Janeiro: Edições de Ouro, 1980, p. 108.

⁴⁹⁵ Assim escreve Kant: “Um mandamento segundo o qual se deve fazer algo com satisfação é, em si mesmo contraditório, porque se já sabemos por nós mesmos o que devemos fazer e se, ainda, tivéssemos consciência de que o fazemos com satisfação, seria um mandamento inteiramente desnecessário; mas se, na verdade, o fizéssemos não com satisfação e sim apenas por respeito à lei, então um mandamento que torna esse respeito precisamente o móbil da máxima, agiria exatamente em sentido contrário à disposição ordenada” (op. cit., pp. 93-4).

⁴⁹⁶ BETTIOL, Giuseppe. “O Problema Penal”. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas/SP: LZN, 2003, p. 235. Em sentido diverso, Carnelutti entende que a liberdade não está na opção de escolher entre o bem e o mal, mas em escolher pelo bem. Por sua vez, o delito não é o exercício de uma liberdade, mas o não-exercício da

capaz de impor-lhe o bem (ressocializar). Ora, como adverte Bettiol (1907–1982), no rumo garantista, se a ressocialização fosse mesmo condição ou finalidade da pena, deveríamos admitir penas indeterminadas para os incorrigíveis⁴⁹⁷.

A constatação de que existem delinquentes incorrigíveis leva à ressocialização a uma crise, mas, mesmo assim, não se impede, por consequência, que a pena exerça alguma ação pedagógica⁴⁹⁸. Nessa linha de raciocínio, a pena pode atingir a reeducação, mas isto será apenas uma função executiva⁴⁹⁹, não um fundamento ou finalidade do sistema penal. O Estado deve esperar simplesmente que a pena não degrade o condenado, ou seja, não cabe ao poder público o dever de ressocializar – embora isto seja possível, a depender do propósito do condenado.

O caso alemão *Lebach* (BVerfGE 35, 202) dá-nos algumas pistas para apreender que cumpre, sim, ao Estado o dever de não intervir na dessocialização do condenado, ou seja, embora não se atribua à pena o papel de ressocializar, não se deve permitir que o contrário venha acontecer. Grosso modo, o caso em referência diz respeito à exibição de um documentário feito com base num assassinato de quatro policiais. Ocorre que um dos condenados pelo fato, que estava prestes a terminar o cumprimento da pena, entendeu que a exibição do filme desrespeitava os princípios da dignidade e da inviolabilidade da liberdade, razão pela qual requereu a proibição de sua transmissão.

O Tribunal local rejeitou o pedido, o que deu consequência a uma reclamação constitucional, julgada procedente. Como explica Alexy, diante da colisão entre a liberdade de informação e a garantia da personalidade, o Tribunal Constitucional Federal entendeu que não se deveria assegurar à emissora de televisão o direito à informação, em prejuízo da ressocialização do autor⁵⁰⁰. Na situação, ponderou-se que a informação prestada sobre o crime perdera a atualidade, a tal ponto que deveria prevalecer os interesses individuais do condenado. Como registrou a decisão, a descrição de todos os detalhes do crime em forma de documentário “significará em regra uma intervenção grave” na esfera da personalidade do

liberdade (CARNELUTTI, Francesco. “El Problema de la Pena”. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1956, pp. 37 e 38). Assim, sob forte influência cristã, considera este pensador italiano que a pena não serve para tirar a liberdade, mas para dar a liberdade (op. cit., p. 55). Em 1948, Francesco Carnelutti ajudou a fundar a União dos Juristas Católicos Italianos, fazendo oposição ao positivismo jurídico, que anos antes havia levado à experiência totalitária.

⁴⁹⁷ Op. cit., p. 240.

⁴⁹⁸ Ibid, p. 156.

⁴⁹⁹ Ibid, p. 240.

⁵⁰⁰ “Teoría de los Derechos Fundamentales”. Sem tradutor mencionado. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 97.

reclamante⁵⁰¹. Portanto, acerca do ponto em causa, assinalamos o direito à não degradação que assiste ao condenado, criando para o Estado e terceiros o dever de não concorrer para a degeneração de alguém.

Regressando a Kant, o homem não pode ser considerado um instrumento para um fim, mas ele próprio detém um fim em si mesmo e, como tal, pensa o filósofo, “não posso dispor do homem na minha pessoa para o mutilar, o degradar ou o matar”, salvo para o seu bem ou para proteger a minha vida⁵⁰². É nisto que reside a dignidade humana⁵⁰³. Ora, se a pena é um mal, não podemos esperar que ela também seja um caminho para o bem. Entendida a pena nesses termos, fica fácil reconhecer a relevância e o significado das palavras de Platão (428/27–347 a.C.), quando afirma que “os homens contra quem se pratica o mal tornam-se obrigatoriamente piores”⁵⁰⁴.

⁵⁰¹ MARTINS, Leonardo. “Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão”. Trad. Beatriz Henning et al. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005, p. 492.

⁵⁰² “Fundamentação da Metafísica dos Costumes”. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1997, p. 70.

⁵⁰³ Ibid, p. 77.

⁵⁰⁴ “A República”. Trad. Enrico Corvisieri. São Paulo: Nova Cultura, 2000, p. 16.

5. A NORMATIZAÇÃO DA GARANTIA DE DEFESA NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO

“Tens razão quanto ao fato de que me instruo com os outros,
mas estás enganado ao pretender que
não lhes pago na mesma moeda”.

PLATÃO, *A República*.

5.1. A sublimação internacional da garantia de defesa

Especialmente a partir da configuração do *devido processo legal* no direito norte-americano, a garantia de defesa espalhou-se pelos textos constitucionais contemporâneos, consagrando-se, finalmente, nos países de matiz romano-germana como uma garantia relacionada com o processo penal justo. Na América Latina, foi Eduardo Couture (1904–1956) quem primeiro difundiu a idéia de que o direito ao contraditório advém da idéia anglo-saxã do *devido processo legal*⁵⁰⁵.

Em muitos países, ainda que a cláusula do *devido processo legal* não esteja sequer expressamente manifesta, o seu sentido está presente, intimamente relacionado com a garantia do contraditório e da ampla defesa ou por meio de outras expressões designativas. Muitos textos constitucionais não se reportam diretamente ao *due process of law*, mas claramente citam os valores da vida, da liberdade, da propriedade, das posses e dos direitos, consagrados a partir da doutrina política de John Locke.

Não obstante as diferenças terminológicas empregadas pelos textos constitucionais, todos fazem alusão ao conjunto de garantias inseparáveis da defesa penal, formatando o arcabouço do processo penal moderno, pelo menos no âmbito formal, uma vez que a idéia do *devido processo legal* substantivo não teve a mesma acolhida internacionalmente⁵⁰⁶.

No Direito Internacional, a Declaração Universal dos Direitos Humanos ocupa-se do *devido processo legal* e do estabelecimento das garantias inerentes à proteção da vida, da

⁵⁰⁵ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Op. cit. "Processo Constitucional e Direitos Fundamentais". 5ª ed., São Paulo: RCS, 2007, p. 46.

⁵⁰⁶ Cf. QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. O Devido Processo Legal. "Revista dos Tribunais". São Paulo, ano 87, v. 748, p. 47-63, fevereiro de 1998, p. 53; HOYOS, Arturo. "El Debido Proceso". Santa Fe de Bogotá: Temis, 1998, p. 21.

liberdade e também da propriedade (artigos III, X e XVII). A Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 (Pacto de São José da Costa Rica), promulgado pelo Brasil desde 6 de novembro de 1992 (Decreto n. 678), também circunda o conjunto de garantias que colmatam o *due process of law*, notadamente no que diz respeito à proteção da liberdade, à vida e à propriedade privada (arts. 7º, 4º e 21). Esta Convenção assegura a garantia primordial de audiência dentro de um prazo razoável e por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, anteriormente estabelecido (art. 8º)⁵⁰⁷.

Prevalentemente, a defesa agrega-se como princípio norteador do processo penal contemporâneo. É neste sentido que a Constituição italiana de 1947 assegura para a defesa de direitos e interesses legítimos o acesso pleno à jurisdição, sendo de tal modo a defesa um direito inviolável em qualquer procedimento (art. 24).

Na chamada *pós-modernidade*, há uma crise entre o que deve ser considerado como verdadeiro e aceito. Vale dizer, sob este aspecto, que o texto constitucional já não mais se liga à verdade do passado, mas se acha confiado às perspectivas do futuro⁵⁰⁸. De tal modo, nessa luta pela harmonização de valores, pela busca de consenso entre segurança jurídica, efetividade e defesa, os textos constitucionais se apresentam “como uma ‘obra aberta’, cujo sentido é permanentemente construído e reconstruído por seus destinatários”⁵⁰⁹.

É de todo útil observar que essa tem sido a tônica constitucional do direito de defesa na contemporaneidade. Assim como o *devido processo legal*, a garantia de defesa não se submete aos conceitos fechados, prontos e acabados. Para tal compreensão, na perspectiva do Estado Democrático de Direito, propomos uma célere visão sobre como se encontra estabelecido este direito em alguns ordenamentos jurídicos e, especialmente, como ele está inserto no sistema jurídico pátrio.

Ainda que não seja a nossa intenção realizar um estudo de Direito Comparado, na acepção rigorosa do termo, será necessário expor um panorama da garantia de defesa no constitucionalismo contemporâneo, demonstrando a sua irrefutável compenetração nos ordenamentos jurídicos ocidentais. De maneira especial, submeteremos a jurisprudência do Tribunal Constitucional Espanhol a uma análise mais minuciosa, a fim de obter a compreensão do direito à tutela penal efetiva e a um processo com todas as garantias. Este

⁵⁰⁷ O art. 8º da Convenção exprime o rol das garantias necessárias a um processo penal justo.

⁵⁰⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Op. cit., p. 18. Sobre as origens doutrinárias da interpretação em perspectiva ou progressiva, cf. COUTURE, Eduardo J. “Interpretação das Leis Processuais”. Trad. Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, p. 7.

⁵⁰⁹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Op. cit., p. 21.

estudo será pertinente à busca de critérios para a efetivação da ampla defesa no modelo brasileiro.

5.2. *Panorama da garantia de defesa no constitucionalismo comparado*

Na Espanha, a garantia de defesa se destaca por meio do direito à tutela penal efetiva, que abrange um processo com todas as garantias. A Constituição espanhola (1978) assegura a ampla defesa por intermédio do direito à tutela efetiva, em função de que se afiança, em qualquer demanda, a plena garantia defensiva, abrangida pelo direito à assistência jurídica, ao conhecimento da acusação, à presunção de inocência, à duração razoável do processo e de acesso aos meios de provas necessários à defesa (art. 24).

A partir da jurisprudência do Tribunal Constitucional Espanhol, o art. 24 da Constituição deste País tornou-se um emblema em favor das garantias processuais, prevendo não somente a tutela efetiva, mas ainda trazendo, em seu bojo, a essência do *devido processo legal*⁵¹⁰. Nesta trincheira, a tutela efetiva e o *devido processo legal* (art. 24, CE) asseguram o direito à motivação das decisões, ao contraditório, ao segundo grau, ao juiz natural, à assistência jurídica⁵¹¹, à duração razoável do processo (sem dilações indevidas), ao princípio acusatório e, de modo geral, à plena defesa.

Sob esta perspectiva de vasta dimensão, reconhece-se ao acusado o direito a um processo com todas as garantias, abrindo-se como a primeira segurança de defesa, a possibilidade de se conhecerem os fatos imputados. Segundo uma Sentença do Tribunal Constitucional, ninguém “puede ser condenado si no se ha formulado contra él una acusación de la que haya tenido oportunidad de defenderse de manera contradictoria” (STC n. 19/00)⁵¹². Para alguém defender-se de algo, precisa primeiro conhecer aquilo de que o acusam. Para

⁵¹⁰ O texto original do art. 24 da Constituição espanhola está assim redigido: “1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. 2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”.

⁵¹¹ Muito embora o Tribunal Constitucional tenha dispensada a obrigatória intervenção do advogado em certos atos processuais. Cf. VALLEJO, Manuel Jaén. “Tendencias Actuales de la Jurisprudencia Constitucional Penal: las garantías del proceso penal”. Madrid: DYKINSON, 2002, p. 30.

⁵¹² Ibid, p. 31. Cf. ESPANHA. Tribunal Constitucional. RAmp., Sentença n. 19/2000, de 31/1/2000, BOE n. 54, Sala Segunda, Don Julio Diego González Campos. Disponível em: www.tribunalconstitucional.es/jurisprudencia/jurisprudencia.html. Acesso em 6/10/2006.

tanto, a parte somente poderá realizar suas objeções por intermédio do direito de acesso aos autos do processo. Como as partes têm direito a uma resposta jurisdicional, favorável ou não⁵¹³, a tutela efetiva pressupõe o direito de acesso aos autos, notadamente porque a publicidade do processo é regra que se impõe no Estado Democrático (art. 120.1).

Desta maneira, não obstante a Constituição refira-se à obrigatoriedade de motivação das sentenças judiciais⁵¹⁴, a tutela efetiva tem exigido uma fundamentação mais rigorosa para as sentenças penais condenatórias. Diante do que foi dito, o Tribunal Constitucional espanhol demanda das decisões congruência, de modo que cabe ao julgador rebater todas as teses apresentadas pela parte⁵¹⁵. Noutro caso, a Sentença n. 149/05⁵¹⁶ reconheceu a vulneração do direito de tutela judicial efetiva em virtude de fundamentação que se limitava a referências legais e jurisprudenciais, sem mencionar dados fáticos.

O contraditório e a ampla defesa integram o âmbito precioso da tutela efetiva. Conforme registra Manuel Jaen Vallejo, o Tribunal Constitucional esforça-se pelo que se chama direito a processo com todas as garantias, pressupondo exigência de quatro condições elementares: (I) presença do acusado; (II) imparcialidade do juiz; (III) proibição de provas ilícitas e (IV) direito ao segundo grau. A presença do acusado, que decorre do princípio da ampla defesa e do devido processo, também abrange a presença do defensor, preferencialmente escolhido pelo acusado, o qual somente pode renunciar os atos legais mediante expressa e inequívoca ciência dos efeitos de sua conduta⁵¹⁷.

Quanto à garantia de imparcialidade, o Tribunal Constitucional promove uma importante distinção entre a imparcialidade objetiva e subjetiva, tal qual a doutrina do Tribunal Europeu de Direitos Humanos⁵¹⁸. Objetivamente, evita-se que o julgador tenha tido funcionalmente contatos prévios com o caso (STC n. 11/00)⁵¹⁹. Na classe subjetiva, preserva-se o julgamento por magistrados que tenham interesses diretos ou indiretos, mas em regra não

⁵¹³ VALLEJO, Manuel Jaén. Op. cit., pp. 16-17.

⁵¹⁴ O art. 120, 3, assim expressa: “Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública”.

⁵¹⁵ VALLEJO, Manuel Jaén. Op. cit., p. 14.

⁵¹⁶ Cf. ESPANHA. Tribunal Constitucional. R.Amp., Sentença n. 149/1995, de 16/10/1995, BOE n. 269, Sala Segunda. Disponível em: www.tribunalconstitucional.es/jurisprudencia/jurisprudencia.html. Acesso em 07/09/2006.

⁵¹⁷ VALLEJO, Manuel Jaén. Op. cit., pp. 44 e 47.

⁵¹⁸ Ibid, p. 48.

⁵¹⁹ Cf. ESPANHA. Tribunal Constitucional. R.Amp., Sentença n. 11/2000, de 17/1/2000, BOE n. 42, Sala Primeira. Disponível em: www.tribunalconstitucional.es/jurisprudencia/jurisprudencia.html. Acesso em 6/10/2006.

se sucede a quebra da imparcialidade pela mera iniciativa probatória *ex officio* do juiz (STC n. 188/00)⁵²⁰.

O juiz, como ocupante da posição de garantidor dos direitos fundamentais, deve estar livre de juízos paralelos (*juicio paralelo*) ou pressões externas. Assim sendo, por meio da STC n. 138/99⁵²¹, o Tribunal reconheceu que a publicação de opinião pública ou mesmo a divulgação de opinião de agentes do Estado sobre a questão em julgamento pode exercer influência sobre a decisão judicial, até mesmo, justificando motivações baseadas em argumentos não depurados pela garantia defensiva. Invocando a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, o Tribunal Constitucional resolveu que o abuso de declarações predispõe a opinião pública a concluir, antecipadamente, pela culpabilidade do agente, justificando, logo, a restrição à liberdade de expressão, em proteção à autoridade e imparcialidade judicial. Mas isto não significa que seja proibida toda a forma de publicidade, razão pela qual caberia a solução pela proporcionalidade aplicada ao caso concreto⁵²².

Por fim, o contraditório e a ampla defesa justificam o direito ao segundo grau, cujas decisões estão estritamente protegidas pela proibição da *reformatio in pejus* e pela imutabilidade da coisa julgada, ressalvando-se os meios legais de modificação⁵²³. O direito ao segundo grau precisa ser devidamente assegurado pelos recursos legais, permitindo que se edite nova decisão, salvo quanto aos erros de forma⁵²⁴.

Em Portugal, a Constituição assegura em seu artigo 32.1 “todas as garantias de defesa”, assim como também no ordenamento italiano.

Para o Tribunal Constitucional Federal Alemão (*Bundesverfassungsgericht*), o processo penal tornou-se o “direito constitucional aplicado”⁵²⁵. Com efeito, os abusos praticados durante o regime nacional-socialista propiciam o surgimento da teoria da proporcionalidade, concebida com o fim de conter o excesso e assegurar a preservação da isonomia⁵²⁶. Com o término da Segunda Guerra, os ideais humanistas são novamente retomados. Isto é, proclamando a Lei Fundamental de 23 de maio de 1949 (Constituição de

⁵²⁰ Cf. ESPANHA. Tribunal Constitucional. RAmp., Sentença n. 188/2000, de 10/7/2000, BOE n. 192. Disponível em: www.tribunalconstitucional.es/jurisprudencia/jurisprudencia.html. Acesso em 6/10/2006.

⁵²¹ Cf. ESPANHA. Tribunal Constitucional. RAmp., Sentença n. 138/1999, de 22/7/1999, BOE n. 204. Disponível em: www.tribunalconstitucional.es/jurisprudencia/jurisprudencia.html. Acesso em 6/10/2006.

⁵²² Cf. VALLEJO, Manuel Jaén. Op. cit., p. 66.

⁵²³ Ibid, pp. 19 a 24.

⁵²⁴ Ibid, p. 86.

⁵²⁵ MARTINS, Leonardo. “Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão”. Trad. Beatriz Henning et al. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005, p. 99.

⁵²⁶ Ibid, pp. 76 e 80.

Bonn)⁵²⁷, a Alemanha Ocidental eleva a dignidade humana à condição de princípio e tutela os direitos fundamentais e as liberdades políticas⁵²⁸.

A garantia de defesa está historicamente consagrada no constitucionalismo latino-americano, largamente influenciada pela construção teórica do *devido proceso legal*. Vázquez Rossi afirma que na América Latina, a Constituição argentina de 1853 foi a primeira a reconhecer expressamente o direito de defesa⁵²⁹, firmando a sua inviolabilidade (art. 18)⁵³⁰. Segundo diversos julgados da Corte Suprema de Justiça daquela Nação, o art. 18 da Constituição tem produzido um sentido amplo e flexível à construção de vários outros direitos⁵³¹.

Na Argentina, o *devido proceso legal* existe tanto na modalidade substantiva (material) como na meramente procedimental (formal). Como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos foi incorporada à Constituição Nacional (art. 75, 22)⁵³², a inviolabilidade da defesa encontra previsão expressa no texto da Convenção (art. 8.2, CADH) e também na Constituição Nacional (art. 18) e na Constituição da Província de Buenos Aires (art. 15). No entanto, o destaque da jurisprudência da Corte Suprema advém da deferência inabitual à configuração do *devido proceso legal* substantivo, principalmente porque esta cláusula não está presente expressamente na Constituição do País. Adotando soluções em benefício da liberdade, esta Corte tem demovido do ordenamento leis consideradas desarrazoadas, ou seja, que ferem o *devido proceso legal* substantivo pela sobreposição do interesse privado⁵³³. Já com relação à conformação procedimental do princípio, de modo geral tem-se buscado evitar o excesso de formalismo em favor da saliência do caráter instrumental do processo⁵³⁴.

⁵²⁷ A Constituição de 1949 possuía caráter provisório, ante a previsão de ser substituída com a reunificação alemã. Porém, com a queda do muro de Berlim, a Lei Fundamental foi mantida, depois de modificações em seu texto.

⁵²⁸ BITTAR, Orlando. A Lei Fundamental de Bonn. In: SARAIVA, Paulo Lopo (Org.). “Antologia luso-brasileira de Direito Constitucional”. Brasília: Brasília Jurídica, 1992, pp. 280-1.

⁵²⁹ “La Defensa Penal”. 4ª ed., Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni Editores, 2006, p. 85.

⁵³⁰ Dentre outros direitos, art. 18 da Constituição argentina consagra: “Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos”.

⁵³¹ Cf. MARTÍNEZ, Stella Maris. Quién defiende a la Defensa: el derecho de defensa como requisito inexcusable de una administración de justicia respetuosa de los derechos humanos. In: MESSUTI, Ana; SAMPEDRO ARRUBIA, Julio Andrés (comps.). “La Administración de Justicia: en los albores del tercer milenio”. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2001, p. 166. Ainda cf. LÓPEZ PULEIO, Maria Fernanda; GONZÁLEZ ESPUL, Estela; SARA PEÑA, GUZMÁN et al. Los cuadenos de la defensa: la defensa oficial en el nuevo código procesal penal de la Provincia de Buenos Aires, Argentina. “Periódico Pena y Estado”. Buenos Aires, v. 5, fascículo 5, p. 243-265, 2002, p. 247.

⁵³² O texto emblemático do art. 75, inc. 22, da Constituição deve ser repetido: “Art. 75 - Corresponde al Congreso: (...) 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”.

⁵³³ HOYOS, Arturo. “El Debido Proceso”. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1998, p. 39.

⁵³⁴ Ibid, p. 41.

A Constituição do Chile (1980) também consagra a inviolabilidade da defesa e as condenações fundadas em leis anteriores, bem como reforça o conteúdo do princípio da igualdade (art. 19)⁵³⁵.

A Constituição colombiana (1991) é uma das poucas que expressamente se referem ao *devido processo legal*, dando-lhe contorno exaustivo (art. 29)⁵³⁶. Por meio da sentença proferida em processo de tutela, a Corte Constitucional registrou que “el derecho de defensa es, pues, un derecho fundamental autónomo, ligado inextricablemente al debido proceso, que permita garantizar la realización de otros derechos, como la libertad, la petición y la vida” (T-436, 1º/07/1992)⁵³⁷.

A Constituição do Peru (1993) aporta extenso rol de direitos e garantias individuais inerentes a uma defesa plena (art. 139)⁵³⁸. Semelhantemente, a Constituição do Uruguai (1966) perfilha que ninguém pode ser preso ou condenado senão segundo uma sentença oriunda de um processo formal (art. 12)⁵³⁹.

A Constituição mexicana (1917) exemplifica um dos documentos que manifestamente protege a irrestringibilidade desses valores acima citados, cuja restrição somente será admitida por meio de um juízo previamente estabelecido, em que se cumpram as formalidades procedimentais legais (art. 14)⁵⁴⁰. Esta Constituição consagra a garantia de audiência, segundo a qual ninguém poderá ser privado da vida, da liberdade ou de suas propriedades, posses ou direitos, senão mediante o juízo natural, no qual se cumpram as formalidades essenciais do procedimento e conforme as leis anteriores ao fato (art. 24). A garantia de audiência ou de defesa, segundo se entende nesse País, reproduz o *devido proceso legal* procedimental de origem norte-americana. Como explica Héctor Fix-Zamudio, a jurisprudência da Suprema Corte de Justiça mexicana inclina-se para que a garantia de defesa se imponha tanto ao legislador como também às autoridades administrativas, de tal

⁵³⁵ Dentre outros direitos, o texto original do art. 19 da Constituição chilena reconhece: “Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado, si hubiere sido requerida”.

⁵³⁶ O art. 29 expressa: “Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho”.

⁵³⁷ HOYOS, Arturo. Op. cit., p. 45.

⁵³⁸ Entre outras garantias, o texto original do art. 139 da Constituição peruana reconhece: “14. El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso”.

⁵³⁹ O art. 12 desta Constituição expressa: “Nadie puede ser penado ni confinado sin forma de proceso y sentencia legal”.

⁵⁴⁰ O texto do art. 14 descreve o seguinte rol de garantias: “A ninguna ley se dara efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna. Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho”.

maneira que sempre deve estabelecer-se a defesa, mesma que a lei não assegure tal oportunidade. Segundo o mencionado autor, o *devido processo legal*, em seu aspecto procedimental, equivale ao direito de defesa da tradição espanhola, aplicando-se a toda espécie de processo⁵⁴¹.

O art. 32 da Constituição panamenha (1971) traz a cláusula do *devido processo legal*, a qual inicialmente adquiriu um sentido estrito ao espaço das decisões penais, evoluindo em momento seguinte para abranger toda espécie de processo⁵⁴². Em sentença de 8/05/86, a Corte Suprema de Justiça, em função do direito de jurisdição, não apenas impôs o reconhecimento de um processo no qual se garanta a defesa, mas também que apresente uma resposta oportuna à pretensão, ou seja, dentro de um prazo razoável⁵⁴³.

A Constituição da Venezuela assegura o direito inviolável da defesa em qualquer grau ou estado de processo, consagrando, definitivamente, uma ligação íntima entre o direito de defesa e o devido processo⁵⁴⁴.

Na América Latina, mesmo países sem tradição democrática invocam cláusulas inerentes à ampla defesa. A Constituição cubana (1992) torna seguro o direito de defesa jurídica, proibindo julgamentos sem obediência às formalidades e garantias legais (art. 59)⁵⁴⁵.

5.3. A garantia de defesa no Brasil: o Estado Novo como origem do modelo autoritário brasileiro

O destino do ordenamento penal brasileiro tem sido a miscelânea de modelos. Incorporamos os valores da *nova defesa social*, sem mesmo operar qualquer mudança no sistema processual penal de estirpe autoritária, não obstante o advento da Constituição Federal garantista. Nos tópicos seguintes, acompanharemos a evolução do modelo de

⁵⁴¹ FIX-ZAMUDIO, Héctor. "Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (comentada). México: Instituto de Investigación Jurídica, Unam, 1985, p. 37. Apud HOYOS, Arturo. "El Debido Proceso". Santa Fe de Bogotá: Temis, 1998, p. 48. Efetivamente, atribui-se a Eduardo Couture a difusão da idéia de que o direito ao contraditório advém da tradição do *due process of law* (GUERRA FILHO, Willis Santiago. "Processo Constitucional e Direitos Fundamentais". 5ª ed., São Paulo: RCS, 2007, p. 46).

⁵⁴² HOYOS, Arturo. Op. cit., pp. 58 a 60.

⁵⁴³ Ibid, p. 62.

⁵⁴⁴ TINEDO FERNÁNDEZ, Gladys. La Defensa en el Proceso Penal. "Capítulo Criminológico. Revista de las disciplinas del control social". Maracaibo/Venezuela: Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad del Zulia, v. 22, p. 185-206, 1994, p. 196.

⁵⁴⁵ No art. 59 da Constituição cubana, lê-se o seguinte: "Nadie puede ser encausado ni condenado sino por tribunal competente en virtud de leyes anteriores al delito y con las formalidades y garantías que éstas establecen. Todo acusado tiene derecho a la defensa. No se ejercerá violencia ni coacción de clase alguna sobre las personas para forzarlas a declarar. Es nula toda declaración obtenida con infracción de este precepto y los responsables incurrirán en las sanciones que fija la ley".

inspiração nacional-socialista concebido desde o Estado Novo, passando pela influência da *nova defesa social* durante o pós-guerra e, finalmente, alcançando o sistema constitucional garantista.

O modelo nacional-socialista exerceu ação decisiva sobre a intelectualidade brasileira daquela época, sendo responsável pela introdução legislativa de vários princípios autoritários, muitos dos quais ainda encontrados na prática estatal⁵⁴⁶. A partir de 1930, o Brasil recebeu os ventos conservadores que sopravam da última fase da República de Weimar.

O jurista Francisco Campos (1887–1968) foi o estruturador jurídico do autoritarismo durante o Estado Novo, guardando, de certa forma, algumas semelhanças com Edmund Mezger (1883–1962), importante teórico do nacional-socialismo. Sem dúvida, Campos resume o perfil do grupo de teóricos idealizadores do autoritarismo nacionalista que dominou as instituições brasileiras durante o Estado Novo, tendo sido o Ministro da Constituição dos Estados Unidos do Brasil (1937), do Código Penal (1940) e do Código de Processo Penal (1941)⁵⁴⁷. Já durante o regime militar de 1964, foi ele também quem auxiliou – juntamente com Carlos Medeiros Silva⁵⁴⁸ – a redigir os insígnios atos institucionais⁵⁴⁹.

Explica Boris Fausto que o movimento autoritarista no Brasil não resultou no mesmo acaso nazista. Porém, mesmo que de maneira sutil e atenuada, obviamente em face das particularidades de nossa miscigenação, houve mesmo assim um desprezo para com determinadas categorias socialmente *inferiores*. Nessa época, alguns teóricos, como Francisco José de Oliveira Vianna (1883–1951) e Azevedo Amaral (1881–1942), chegaram a patrocinar a *arianização* do país⁵⁵⁰. Com efeito, a ideologia do Estado Novo congrega

⁵⁴⁶ A corrente autoritária está concretamente representada pela concepção fascista-nazista, mas também ainda pode ser encontrada na política criminal teocrática de alguns sistemas mulçumanos.

⁵⁴⁷ O Código Penal, de 31 de dezembro de 1940, e o Código de Processo Penal, de 3 de outubro de 1941, entraram em vigor no dia 1º de janeiro de 1942.

⁵⁴⁸ Carlos Medeiros Silva foi também o Ministro da Justiça que assinou a Lei de Abuso de Autoridade (Lei n. 4.898/65), durante o Governo Castelo Branco.

⁵⁴⁹ FAUSTO, Boris. “O Pensamento Nacionalista Autoritário (1920 – 1940)”. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 29. No mesmo sentido, cf. PAULO FILHO, Pedro. “O Bacharelismo Brasileiro: da Colônia à República”. Campinas: Bookseller, 1997, p. 622; FERNANDES, Fernando Augusto. “Voz Humana: a defesa perante os tribunais da República”. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 173.

⁵⁵⁰ FAUSTO, Boris. Op. cit., pp. 39 e 41. Quanto aos fatores de civilização de um povo, Francisco José de Oliveira Vianna (1883 – 1951) não aceita a explicação apenas em termos de cultura, ignorando a contribuição da raça, como o faz a escola culturalista americana, mas também não admite a explicação de tudo pela raça, como fizeram os alemães (“Instituições Políticas Brasileiras”. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 1999, p. 77). O pensamento de Oliveira Vianna pode ser resumido no seguinte excerto: “Em suma, o quadro clássico dos ‘fatores da Civilização e da História’ se está restaurando. Em vez de uma causa única – meio só (Buckle), ou raça só (Lapouge), ou cultura só (Spengler, Frobenius, Boas) – a ciência confessa que tudo se encaminha para uma explicação múltipla, eclética, conciliadora: Raça + Meio + Cultura. Com estes elementos é que ela está recompondo o quadro moderno dos ‘fatores da Civilização’” (VIANNA, Oliveira. Op. cit., p. 85). Como adverte

muitos nomes, cada qual numa área específica. Azevedo Amaral, por exemplo, pode ser retratado como o teórico político que propôs o reforço da autoridade do Estado na pessoa de um estadista, a fim de acelerar o progresso por meio de uma revolução capaz de submeter a vontade individual aos interesses superiores da nação⁵⁵¹.

No campo jurídico, a mais importante centelha do autoritarismo brasileiro descende, portanto, do Estado Novo, cujos influxos, anos mais tardes, alimentariam a prática ditatorial do regime militar. Responsável pela fecundação de um Código de Processo Penal com ranço antiquado aos ideais humanistas, Francisco Campos ocupou a pasta durante o quartel mais repressivo do Estado Novo (1937–1941), tornando-se, assim, o seu principal mentor institucional⁵⁵². O Ministro fez pouco caso das leis até então vigentes, as quais, conforme anota na exposição de motivos do citado Código, asseguravam aos réus tantas garantias que a repressão penal se tornara inócua. Efetivamente, o Código de Processo Penal, produto de um modelo político-criminal autoritário, não teve cuidado com a preservação do contraditório ou da ampla defesa⁵⁵³.

Com desfaçatez, Francisco Campos anima-se ao mencionar que o Estado Novo foi um empenho pela harmonia entre poder punitivo e defesa penal. Para ele, buscou-se um "equilíbrio entre o interesse social e o da defesa individual, entre o direito de Estado à punição dos criminosos e à segurança de sua liberdade"⁵⁵⁴. Ainda na exposição de motivos do Código de Processo Penal, o Ministro tenta justificar esta suposta harmonia, expressamente adiantando que o texto legal não se alimentara do “espírito de um incondicional autoritarismo do Estado ou de uma sistemática prevenção contra os direitos e garantias individuais” (XVIII). A superação da primazia dos “interesses individuais sobre os da tutela social” torna-se, conseqüentemente, o critério da elaboração da nova lei processual, sem deixar de abonar,

João Paulo Allain Teixeira, “não devemos, porém, atribuir única e exclusivamente a Oliveira Vianna e doutrinadores afins a responsabilidade pelas experiências antidemocráticas em nosso país”, embora também não se negue que a sua doutrina nacionalista tenha conferido legitimidade ao modelo autoritário brasileiro (Idealismo e Realismo Constitucional em Oliveira Viana [sic]: análise e perspectivas. “Revista de Informação Legislativa”. Brasília, a. 34 n. 135, p. 99-118, jul./set. 1997, p. 102-3).

⁵⁵¹ Cf. OLIVEIRA, Lúcia Lippi. O pensamento de Azevedo Amaral. In: OLIVEIRA, Lúcia Lippi; VELLOSO, Mônica Pimenta; GOMES, Ângela Maria de Castro. “Estado Novo: ideologia e poder. Rio de Janeiro: Zahar, 1982, pp. 55 a 57 e 62.

⁵⁵² PAULO FILHO, Pedro. “O Bacharelismo Brasileiro: da Colônia à República”. Campinas: Bookseller, 1997, p. 213.

⁵⁵³ LEÃO, Nilzardo Carneiro. “Princípios do Processo Penal”. Recife: Imprensa Universitária, 1960, p. 92.

⁵⁵⁴ CAMPOS, Francisco. “O Estado Nacional”. Brasília: Senado Federal, 2001, p. 124. Não obstante a defesa dos valores superiores, Francisco Campos deixa escapar a desconfiança autoritária para com a independência judicial ao afirmar que “aos juízes não será, em conseqüência, permitido, a pretexto de interpretação constitucional, decretar como única legítima a sua filosofia social ou a sua concepção do mundo, desde que essa filosofia ou concepção destrua os desígnios econômicos, políticos ou sociais do governo, em benefício da nação” (op. cit., p. 59).

segundo diz, o *respeito* aos direitos inerentes à defesa dos acusados⁵⁵⁵. O Estado Novo chama atenção para o predomínio dos interesses públicos⁵⁵⁶.

De fato, Francisco Campos admitia que o modelo processual anterior estimulava a criminalidade⁵⁵⁷. Por isso, na prática, houve um esforço pela instauração de uma autoridade vigilante e efetiva⁵⁵⁸, menos preocupada com a eficácia dos direitos fundamentais, especialmente porque a Constituição de 1937 não teve validade material, uma vez que não fora submetida ao plebiscito nacional referido por seu art 187.

Contudo, cabe diferenciar o totalitarismo, típico do nacional-socialismo europeu, do modelo autoritarista ascendente no Brasil. No totalitarismo puro, sobrevém o Estado-Partido representado por um líder carismático que manipula as massas em busca de objetivos revolucionários, menos ligado às tradições. Um pouco aquém está o autoritarismo, onde o Estado não se mancomunava dessa forma com um Partido, tampouco se amarra à necessidade de ampla mobilização popular⁵⁵⁹, razão pela qual adota espírito conservadorista.

Gabriel Tarde, teórico que influenciou o pensamento autoritário no início do século XX, separa o *público* e a *multidão*, destacando o *aspecto animal* desta última classe⁵⁶⁰. É sob tal consenso que justificam os conservadores a necessidade de controle sobre as massas irresolutas; na divisão das classes sociais, cabe aos membros do público superior o dever de impor meios de domínios coletivos, sendo, desta forma, o sistema penal o mais significativo dos remédios contra os inimigos da Nação.

Pode concluir-se que a essência autoritária do Estado Novo tornou impossível vislumbrar um fio de interesse governamental pela elaboração de um processo penal que assegurasse as garantias penais, dentre elas a da ampla defesa, bastando verificar que a legislação penal desde 1940 manteve-se essencialmente conservadora.

⁵⁵⁵ Sobre o projeto do Código de Processo Penal, Francisco Campos afirmou o seguinte: "sem deixar de assegurar, de forma sincera e eficaz, a defesa dos acusados, faz por não tornar ilusória a defesa da sociedade contra o crime, e oferece os meios necessários para a completa apuração da verdade nos processos criminais", adotando o princípio da iniciativa instrutória pelo juiz e o do livre convencimento (op. cit., p. 141).

⁵⁵⁶ Quanto ao predomínio dos interesses públicos no campo econômico do Estado Novo, cf. HUNGRIA, Nelson. "Dos Crimes contra a Economia Popular e das Prestações com Reserva de Domínio". Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1939, pp. 7 a 9.

⁵⁵⁷ "O Estado Nacional". Brasília: Senado Federal, 2001, p. 121. Já a partir da Constituição de 1934, a adoção do sistema processual penal único para todos os Estados foi fruto da necessidade de aumento do poder repressivo.

⁵⁵⁸ Ibid, p. 200.

⁵⁵⁹ FAUSTO, Boris. Op. cit., p. 47-8. Francisco Campos, por seu turno, escreveu que "os Estados autoritários não são criação arbitrária de um reduzido número de indivíduos: resultam, ao contrário, da própria presença das massas" (op. cit., p. 200).

⁵⁶⁰ "A Opinião e as Massas". Trad. Luís Eduardo de Lima Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1992, p. 30.

Logo na alvorada do Estado Novo, adveio o singular Decreto-Lei n. 88, de 20 de dezembro de 1937, que tratou do procedimento dos crimes contra a segurança nacional sem franquear chances de defesa efetiva. Invertendo o ônus da prova em prejuízo da defesa, o citado Decreto-Lei presumiu provada a acusação sempre que tenha sido o réu encontrado com instrumento ou documento do crime ou preso com arma na mão, por ocasião de insurreição. O texto legal, expressamente, mencionava que cabia ao réu o ônus de desfazer a presunção de culpa (art. 20, n. 5). E isso não é tudo. O juiz poderia dispensar o réu de ser conduzido até a sua presença, e o número das testemunhas arroladas pela acusação não se cingia a qualquer limite, ao passo que a defesa somente poderia arrolar até cinco testemunhas⁵⁶¹.

Hoje em dia, muitos dos detritos autoritaristas sobressaem-se às garantias individuais, tanto que algumas leis ainda continuam sendo interpretadas como se não tivessem sido alcançadas pela força da Constituição da República de 1988. Frequentemente, os tribunais, ao submeterem interpretações retrospectivas, promovem assíduas visitas aos ideais emblemados pelo período do Estado Novo, como se um bom vizinho fosse.

Em razão desta trajetória autoritária do Estado, a liberdade individual não é vista como um bem público. A proteção da coisa pública cinge-se apenas aos bens da administração⁵⁶². No Brasil, o sentimento de proteção não acontece quando os agentes públicos interferem, de maneira abusiva, na liberdade individual. O próprio Estado revela-se como um estimulador das violações dos direitos fundamentais. A lei de abuso de autoridade (Lei n. 4.898/65) subsiste como uma espécie de emblema representativo do Estado anacrônico em que se vive, não somente porque prescreve penas brandas (tolerantes), mas, principalmente, em razão de sua efetiva inaplicabilidade. A vítima de abuso – principalmente quando pobre e desinformada – quase nunca representa as autoridades que violam seus direitos fundamentais, porque não existe resguardo oficial contra eventual perseguição realizada pelo agente representado⁵⁶³, notadamente porque nem mesmo os programas de proteção existentes funcionam satisfatoriamente⁵⁶⁴.

⁵⁶¹ FERNANDES, Fernando Augusto. "Voz Humana: a defesa perante os tribunais da República". Trad. Edmundo Oliveira. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 107.

⁵⁶² Sobre a proteção da coisa pública, cf. PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Cidadania e Res Publica: a emergência dos direitos republicanos. "Revista de Informação Legislativa". Brasília: Senado Federal, ano 34, n. 136, p. 289-313, outubro-dezembro, 1997, p. 301.

⁵⁶³ GAMA, Ricardo Rodrigues. A Prisão no Brasil. "Revista de Informação Legislativa". Brasília: Senado Federal, ano 34, n. 136, p. 79-86, out.-dez., 1997, p. 80.

⁵⁶⁴ J. J. Calmon de Passos também trata do medo de se representarem as autoridades por abuso, especificamente porque o desestímulo parte do próprio governo (Cidadania Tutelada. "Revista de Processo". São Paulo, n. 72, ano 18, p. 126-145, out.dez./1993, p. 139).

Como se não bastasse, a existência de uma Justiça específica para julgar os atos dos militares não somente contribui para formar a imagem autoritária do Estado protetor das violações fundamentais⁵⁶⁵, mas funciona como um limitador à plena publicidade das decisões desta esfera judiciária. De tal modo, o efeito de confirmação da norma penal para os militares eventualmente condenados não se instala no sentimento coletivo (*prevenção geral* positiva). Embora a competência para os crimes dolosos contra a vida praticados por militar contra civil tenha sido modificada para o Tribunal do Júri, o sistema ainda mantém a investigação na esfera militar.

Já a partir da era Vargas, a modernização do Brasil acontece também de forma autoritária, sendo necessário destacar o grande movimento migratório ocorrido durante esse período desenvolvimentista como uma das razões do surgimento de bolsões de miséria nas grandes cidades, fomentando uma política institucional de *criminalização* da pobreza. O fato é que a partir desse governo (1930–1945) e no curso de todo o regime militar (1964 a 1984), o Direito Penal contribuiu para a marginalização dos pobres, muitos dos quais vítimas da política migratória do Estado⁵⁶⁶.

5.4. A influência do modelo da nova defesa social

A Escola Positiva, de onde procedem as primeiras centelhas da *defesa social*, teve forte ascendência sobre a ciência criminal brasileira⁵⁶⁷. No final do séc. XIX, Tobias Barreto (1839–1889) já preconizava as idéias de *defesa social*, ao advogar o direito de punir como um

⁵⁶⁵ Como já constatou uma organização de defesa de Direitos Humanos do Nordeste, dos crimes cometidos por policiais contra civis, julgados pelos tribunais especiais de 1970 a 1991, apenas 8% dos casos resultaram em condenação (Departamento de Estado dos Estados Unidos. Relatório sobre Prática de Direitos Humanos para 1996. “Revista Brasileira de Ciências Criminais”. São Paulo, ano 5, n. 19, p. 423-449, jul.-set./97, p. 432).

⁵⁶⁶ Sobre a formação dos bolsões de miséria a partir da era Vargas, cf. LOPES, José Reinaldo de Lima. Costume - redemocratização, pluralismo e novos direitos. “Revista de Informação Legislativa”. Brasília: Senado Federal, ano 33, n. 130, p. 69-75, abr/jun. de 1996, p. 71.

⁵⁶⁷ No início do séc. XX, é límpido o apelo que Elysio de Carvalho faz em favor das idéias da Escola Positiva: “Nesta phase luminosa da juricidade, em que o Direito deixou de ser uma entidade metaphysica para ser considerado um phenomeno social, todas as nações cultas estão empenhadas em reformar seus institutos juridicos, e até mesmo paizes como a Russia e a Hespanha. Todas são unanimes em reconhecer a utilidade da revisão de seus codigos como uma garantia contra as incertezas, os embustes, as falsidades, as injustiças inherentes ás organizações defeituosas. Sobretudo as noções scientificas da criminologia e as lições da experiencia quotidiana impuzeram uma nova orientação á administração da justiça penal em suas diferentes modalidades. Ninguem mais contesta a necessidade da remodelação do codigo penal de acôrdo com a antropologia criminal, a pathologia mental, a psychologia, etc., e da urgencia de modificar-se o regimen penitenciario segundo as categorias antropologicas dos delinqüentes” (CARVALHO, Elysio de. “A Policia Carioca e a Criminalidade Contemporanea”. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1910, p. 8. Disponível em http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/9549/1/A_Policia_Carioca_e_a_Criminalidade.pdf. Acesso em 31/7/2007).

direito de legítima defesa que tem a sociedade em relação a certos crimes⁵⁶⁸. Por seu turno, não inutilmente o Código Penal de 1940 reproduz a estrutura do “Código-Tipo da Escola Positiva” organizado por Ferri⁵⁶⁹.

Contudo, é preciso assinalar que os traços de um Direito Penal do autor já eram exaustivamente aplicados no Brasil em relação ao sistema punitivo vigente contra os escravos. A violação dos direitos humanos durante o escravismo constitui, de longe, um extenso episódio cujas conseqüências ultrapassam as de qualquer outro acontecimento ocorrido nos últimos séculos. Como explica Joaquim Nabuco (1849–1910), os crimes praticados por escravos eram punidos rigorosamente com o fim de garantir “segurança social” e “defesa da raça dominante”⁵⁷⁰.

Depois da Segunda Grande Guerra, a ciência penal no Brasil também foi influenciada pelo movimento de despenalização e humanização do sistema carcerário. Heleno Fragoso (1926–1985) foi um dos grandes arautos desses pensamentos, lançando, assim, as primeiras idéias em favor da prisão como *ultima ratio*⁵⁷¹. A proteção dos direitos dos presos culmina no Brasil com a edição da primeira lei de execuções penais (1984), reconhecendo que os presos preservam seus direitos individuais, exceto quanto àqueles incompatíveis com a execução da pena.

Esta lei sofre influência da teoria do *labelling approach*, que nos Estados Unidos refaz a velha idéia penal de que o próprio sistema penitenciário dificulta a regeneração do

⁵⁶⁸ BARRETO, Tobias. “Estudos de Direito”. Edição Fac-similar. Brasília: Senado Federal, 2004, p. 176. Discípulo de Tobias Barreto, Viveiros de Castro também foi pioneiro no assunto (“A Nova Escola Penal”. 2ª ed., Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1913, p. 8). Ricardo Freitas mostra que, de fato, Tobias Barreto não foi um positivista convicto, mesmo se preocupando com as causas do crime; é que o pensador sergipano esteve com os clássicos quando deu importância ao conceito de crime (“As Razões do Positivismo Penal no Brasil”. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 291). Antes ainda, devo consignar que Ricardo Freitas aponta o ineditismo de Tobias Barreto ao defender a ineficiência das teorias justificadoras da pena até então estabelecidas (op. cit., p. 295). Roberto Lyra (1902–1982) igualmente menciona que Barreto despreza as teorias que fundamentam a pena, por considerá-las abstraídas de critérios científicos (“Direito Penal Científico [Criminologia]”. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1974, p. 34).

⁵⁶⁹ SOUZA, Moacyr Benedicto de. “A Influência da Escola Positiva no Direito Penal Brasileiro”. São Paulo: Leud, 1982, p. 68. Antes da aprovação do Projeto Alcântara Machado, que resultou no Código Penal de 1940, foram rejeitados outros projetos apresentados em 1910, 1913 e 1930, os quais se inspiravam nos ideais da Escola Clássica. Em momento anterior, Vieira Araújo já havia apresentado três projetos de Código Criminal em 1893, 1896 e 1897, mas, dada a identidade com a Escola Positiva, foram igualmente recusados (SOUZA, Moacyr Benedicto de. Op. cit., pp. 63-4).

⁵⁷⁰ “A Escravidão”. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p. 37. O Brasil da escravatura adotava claramente um modelo de Direito Penal do autor, como se infere das palavras de Nabuco: “Entre nós não se pune a todos diretamente quando um comete um crime, mas pune-se a condição, a qualidade, o fato de se ser escravo: pune-se a raça em um só, porque à pena que ele mereceu como um delinqüente vulgar junta-se outra em ele incorre como escravo, por ser escravo, por ser da raça cativa” (op. cit., p. 38). Conforme explica Vaccaro (1854–1937), a reação punitiva do Estado não protegia os escravos, porque eles simplesmente não pertenciam à sociedade como membros, mas como coisas (“Origem e Funções das Escolas Penais”. Trad. Henrique de Carvalho. Belo Horizonte: ed. Líder, 2004, p. 67).

⁵⁷¹ Cf. FRAGOSO, Heleno Cláudio. “Direito Penal e Direitos Humanos”. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 43.

indivíduo. Assim, a teoria penal passa a focar atenção não apenas na ação do delinqüente, mas principalmente na maneira de reação punitiva à delinqüência, que precisa desestimular o efeito colateral da reincidência delitiva. A reforma de 1984 acolhe todas essas idéias, que dão fundamento ao regime progressivo, à despenalização e à desinstitucionalização penal⁵⁷².

No Brasil, também foi grande a influência da *nova defesa social*. De fato, a reforma penal concebida com o advento da Lei n. 6.416/77 já havia trazido para a parte geral do Código Penal muitos dos direitos apregoados pelo movimento⁵⁷³. Em linhas gerais, todos estes direitos foram mantidos com a lei de execução penal (Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984), a qual se tornou assim a maior depositária dos valores da *nova defesa social*. A lei chega a prever a existência de uma Comissão Técnica para determinar a classificação dos condenados, de acordo com os critérios de antecedentes e personalidade (arts. 5º e 6º), e a realização de exame criminológico como condição à classificação e individualização da execução (art. 8º). Também adota a possibilidade de sanções alternativas à prisão, permitindo ao juiz de execuções a aplicação de penas restritivas de direitos, desde que os antecedentes e a personalidade do condenado recomendassem a conversão (art. 180).

Sem dúvida, o movimento da *nova defesa social* colaborou com as políticas direcionadas à aplicação de alternativas à prisão e também chamou a atenção para uma postura ativa da magistratura em defesa do humanismo. Valorizou não somente a execução penal, mas igualmente a construção de um sentido amplo para a política criminal, de modo que o Estado passou a se empenhar por métodos de prevenção da criminalidade⁵⁷⁴.

A nossa lei de execuções penais claramente se volta aos valores de classificação e de determinação da personalidade, mas se apóia num modelo processual autoritário inadequado

⁵⁷² SHECAIRA, Sérgio Salomão. "Criminologia". São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 312-3.

⁵⁷³ Mesmo antes da reforma penitenciária operada em 1984 (Lei n. 7.209), a Lei 6.416/77 alterou a parte geral do Código Penal para adequá-la às idéias despenalizadoras então predominantes. Neste sentido, cf. COSTA, Cláudio Pinheiro da. "Sanção Penal: sua gênese e tendências modernas". Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 72. Dentre os direitos consagrados pela Lei n. 6.416/77, destacam-se: 1) cumprimento de pena em estabelecimentos especiais pelas mulheres; 2) análise do detento durante os três primeiros meses de cumprimento de pena, a fim de determinar a sua personalidade; 3) trabalho do preso conforme sua aptidão; 4) trabalho externo; 5) trabalho remunerado; 6) freqüência de cursos profissionalizantes; 7) regras para o regime semi-aberto; 8) prisão-albergue; 9) cumprimento da pena em prisão na comarca da condenação ou da residência do condenado; 10) licenças periódicas e licença para visitar a família, em datas ou ocasiões especiais; 11) escolha do trabalho; etc. (cf. antiga redação da parte geral do Código Penal: art. 29, § 2º; art. 30 e §§ 1º. a 7º; art. 31, parágrafo único, etc.). A Associação de Proteção e Assistência aos Condenados, situada em São José dos Campos/SP, foi fundada em 1972, adotando projeto pioneiro no tratamento humanitário de presos. A Lei n. 6.416/77 inspirou-se nas experiências da APAC, depois que um Ministro da Justiça visitou-a e constatou o sucesso da experiência no tratamento de presos (cf. LEAL, César Barros. "Prisão: crepúsculo de uma era". Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 134).

⁵⁷⁴ Para Marc Ancel, a política criminal merece um sentido mais aberto, devendo ser entendida "como o conjunto de meios destinados a prevenir o crime" ("A Nova Defesa Social: um movimento de política criminal humanista". Trad. Osvaldo Melo. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 422).

para determinação da personalidade como preconizado pelo movimento. Para Ancel (1902–1990), o processo penal deveria ser adaptado para o exame da personalidade⁵⁷⁵, sendo necessário que o estudo fosse operado antes da sentença⁵⁷⁶.

Talvez fosse desnecessário dizer que, a despeito das inovações penitenciárias, o processo penal não recebeu nenhuma alteração destinada ao exame científico do delinqüente, como defendido pelo novo movimento. Desde logo, podemos deixar assente que a incorporação dos valores da *nova defesa social* não significou mudança quanto às regras procedimentais, em função de que não houve expressivo incremento ao exercício do direito de defesa. Além disso, não existiu adoção de institutos que visassem à lealdade processual, atenuando o seu caráter de duelo e evitando que as partes ficassem a depender exclusivamente da astúcia de cada um.

Sem olvidar as inúmeras influências do movimento para o sistema penitenciário brasileiro, não se praticou a necessária adaptação da legislação para compreender a dimensão da determinação da personalidade do agente. Aliás, a personalidade foi o pecado do movimento de defesa social, em função de que se permitiu uma sobrevida aos fundamentos inerentes ao Direito Penal do autor. A ampla especulação da personalidade, mediante uma investigação do indivíduo em seu meio social, ainda continua motivando a fundamentação da pena em nosso ordenamento (art. 59, CP), mas, diga-se, o invólucro humanista da inquirição da personalidade com tamanha amplitude esvazia as chances defensivas. Numa palavra, desvia a análise do fato para o autor, o que constitui subterfúgio para a aplicação autoritária do Direito Penal.

À míngua de uma reforma processual penal condizente, a personalidade do agente segue baseada (I) no fato em si, (II) nos antecedentes criminais e (III) na prova testemunhal, elementos precários e inteiramente insuficientes à determinação da pena. A prova testemunhal é o critério mais duvidoso e menos científico para determinação da personalidade de um indivíduo. Em grande escala, também se leva em consideração o fato em si e a vida pregressa para determinar a personalidade em abstrato do agente, critérios igualmente ineptos às metas do projeto político criminal de Ancel.

Tais deficiências facilitaram o surgimento de uma política criminal aproximada do Direito Penal do autor, até certo ponto capitaneado por um corpo de magistrados não habilitados para o exame da personalidade. Contudo, ainda não podemos afirmar que o

⁵⁷⁵ Ibid, p. 287.

⁵⁷⁶ Ibid, p. 289.

sistema incorpore um autêntico modelo coercitivo do autor, como concebido durante o nacional-socialismo, em que se promoveu a aplicação da sanção à custa do exame da personalidade independentemente do caso concreto.

No ordenamento nacional, a tendência segue o sentido contrário ao proposto pelo movimento da *nova defesa social*. E isto está patente entre nós. Uma realidade que não se pode deixar de levar em conta é que a ressocialização já não é o tema central da política criminal dos governos, como também inexistente tanta preocupação política com a humanidade da pena ou com a idéia do detento como sujeito de direitos à recuperação. Não mais se valoriza com o mesmo vigor o exame criminológico. Tanto que a Lei n. 10.792/03 veio para dispensar o parecer da comissão técnica de classificação e do exame criminológico na progressão penal⁵⁷⁷. No mesmo passo, desponta uma jurisprudência, mesmo minoritária, que menciona a impossibilidade de agravação da pena por motivos decorrentes da personalidade⁵⁷⁸.

5.5. *O período constitucional anterior à Constituição da República Federativa de 1988*

A garantia de defesa penal está incorporada em nossa história constitucional. Desde a Constituição imperial de 1824 (art. 179), que assegurou a necessidade de prévia obediência aos procedimentos legais como um dos requisitos necessários à restrição de liberdade do indivíduo. Inegavelmente, esta Constituição foi ao mesmo tempo liberal e conservadora, dado que, embora mantivesse o sistema de exploração escrava, reconhecia, por outro lado, amplos direitos e garantias individuais (art. 179). De fato, as garantias constitucionais refletiram diretamente no Código Criminal Imperial (1830)⁵⁷⁹, tanto que não sobraram motivos para Carrara (1805–1888) elogiar este Código, que consagrava, pioneiramente, a presunção de inocência (art. 36)⁵⁸⁰.

⁵⁷⁷ Os tribunais superiores têm decidido que o exame criminológico pode ser exigido apenas por decisão fundamentada (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 86631/PR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª T., 5/9/2006, inf. n. 439/06; HC-ED n. 85963/SP, Min. Celso de Mello, 03/10/2006, 2ª T., DJ 27/10/06, p. 62, ement. 2253-02, p. 296).

⁵⁷⁸ BRASIL. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Ap. n. 70.005.127.295, 5ª C. Crim., Des. Amilton Bueno de Carvalho. Boletim IBCCRIM n. 129, agosto/2003. Precedentes no TJRS: Ap. Crim. ns. 70.000.592.683 e 70.000.767.269, 5ª C. Crim., e acórdão n. 296.021.173, 4ª C. Crim. do extinto Tribunal de Alçada/RS, julgados n. 100/143.

⁵⁷⁹ FREITAS, Ricardo de Brito A. P. "As Razões do Positivismo Penal no Brasil". Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 239.

⁵⁸⁰ "Programa do Curso de Direito Criminal". V. 2, Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2002, p. 449. A redação do art. 36 do Código Criminal de 1830 é a seguinte: "Nenhuma presunção, por mais vehemente

Claramente, já se observa a modelagem do *devido processo legal* a partir da Constituição de 1891, ao assegurar a todos que estejam em território nacional a inviolabilidade da liberdade, da segurança individual e da propriedade, reservando-se aos acusados a plena defesa e as garantias contra a arbitrariedade estatal⁵⁸¹.

Muito mais ampla do que o texto constitucional anterior, a Constituição de 1934 assegurou a inviolabilidade dos direitos de liberdade, subsistência, segurança individual e propriedade. Esta Constituição não somente provém o indivíduo de instrumentos contra o abuso do Estado – prevendo a ampla defesa – mas também garante o direito de acesso ao judiciário, à celeridade do processo, à publicidade e ao juiz natural⁵⁸².

A Constituição de 1937 menciona o direito de petição, de defesa e contraditório, sem prejuízo dos instrumentos essenciais ao resguardo da liberdade, como o habeas corpus⁵⁸³. Todavia, como visto anteriormente, foi durante o Estado Novo que surge o modelo penal autoritário, posteriormente desenvolvido durante o regime militar de 1964.

O notável é que os contornos de um processo penal justo ecoam na Constituição de 1946. Não apenas porque se garantiu o acesso ao judiciário ou a igualdade perante a lei, mas, principalmente, porque o texto já institui o direito à plena defesa, acompanhado de notáveis outros institutos limitativos do poder estatal. À luz da cláusula do *devido processo legal*, assegura-se a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade. Além de vedar processo ou julgamentos senão pela autoridade competente e na forma de lei anterior, a Carta Magna impõe limites às restrições de liberdade e assegura plena defesa aos acusados, com todos os meios e recursos inerentes, sem prejuízo de uma instrução criminal contraditória⁵⁸⁴.

que seja, dará motivo para imposição de pena” Cf. PIERANGELI, José Henrique. “Códigos Penais do Brasil: evolução histórica”. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 241.

⁵⁸¹ Não há dúvida de que o conteúdo incipiente do devido processo legal faz-se presente na Constituição de 1891: “Art. 72 - A Constituição assegura os brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: § 9º - É permitida a quem quer que seja representar, mediante petição, aos Poderes Públicos, denunciar abusos das autoridades e promover a responsabilidade de culpados. § 14 - Ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, salvas as exceções especificadas em lei, nem levado à prisão ou nela detido, se prestar fiança idônea nos casos em que a lei a admitir. § 16 - Aos acusados se assegurará na lei a mais plena defesa, com todos os recursos e meios essenciais a ela, desde a nota de culpa, entregue em 24 horas ao preso e assinada pela autoridade competente com os nomes do acusador e das testemunhas. § 22 - Dar-se-á o habeas corpus, sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder”.

⁵⁸² Cf. art. 113, §§ 21; 24; 37; 35; 26⁵⁸³. Cf. ainda art. 122, §§ 7; 11; 16.

⁵⁸³ . Cf. ainda art. 122, §§ 7; 11; 16.

⁵⁸⁴ Cf. art. 141, §§ 4º ; § 1º; 20; 21; 22; 23; 25; 27. Diferentemente, Miguel Reale (1910–2006) assinala uma crítica ao texto da Constituição de 1946, por ele tida como “um sistema anacrônico e falho” (“Da Revolução à Democracia”. 2ª ed., São Paulo: Convívio, 1977, p. 25).

Sob o pálio do regime militar autoritário, a Constituição de 1967 também se refere à ampla defesa no âmbito administrativo e judicial. Com relação aos acusados, o documento assegura não apenas a instrução criminal contraditória e a ampla defesa, com os recursos a ela inerentes, mas também veda o foro privilegiado e os tribunais de exceção. Como instrumento formal de controle, o texto da Constituição ainda prescreve o direito de representação e de petição aos Poderes Públicos, em defesa de direitos ou contra abusos de autoridade⁵⁸⁵.

Em todo caso, o advento dos atos institucionais pulverizou todas essas garantias, transformando-se a Constituição numa sombra⁵⁸⁶. De fato, o direito de defesa continuou sendo praticado nos processos judiciais sem qualquer intensidade constitucional, dependendo o seu sentido muito mais de interpretações infraconstitucionais.

O ponto alto do regime antidemocrático está marcado pelo Ato Institucional nº. 5/68, que, além de conferir ao Presidente poderes para legislar, suspende os direitos políticos e a garantia de habeas corpus (art. 10). E não apenas isso. O famigerado ato institucional impediu que seu conteúdo fosse questionado perante o Judiciário (art. 11), o que, para Sobral Pinto (1893–1991), caracterizou uma monstrosidade⁵⁸⁷. O Governo Militar dava fôlego às violações dos direitos humanos – de um lado porque os advogados estavam impedidos de impetrar habeas corpus e, de outro, porque os juízes não podiam conhecer das demandas que faziam objeção ao ato institucional⁵⁸⁸.

Numa carta dirigida a Arthur da Costa e Silva (1966), Sobral Pinto pergunta se este Marechal, quando na presidência, vai manter “o atual sistema de punir sem ouvir os acusados

⁵⁸⁵ Cf. art. 103, II; art. 150, §§ 15, 16 e 30. Miguel Reale está dentre os juristas que inicialmente justificaram o golpe militar. Ele chega a consignar um depoimento favorável ao que chamou de revolução de março de 1964. Diz que este movimento nasceu “para livrar a política desenvolvimentista de suas impurezas ideológicas, assim como de seu irracionalismo passional, para permitir, em suma, a afirmação daquela consciência crítica dos problemas que começara a se afirmar na ‘era Vargas’ e que, na realidade, só se tornou possível após 31 de março de 1964” (op. cit., p. 20). No entanto, confessa o jurista que, depois do advento da Constituição de 1967, faltou bom senso à revolução (op. cit., p. 55).

⁵⁸⁶ Cf. MARIA, Romeu Costa Ribeiro Bastos e; ROCHA, Elizabeth Guimarães Teixeira. Os Militares e a Ordem Constitucional Republicana Brasileira: de 1898 a 1964. “Revista de Informação Legislativa”. Brasília, a. 40, n. 158, p. 241 – 254, abr./jun. 2003, p. 249. Já nos primeiros meses, o AI n. 1 cassou e suspendeu os direitos políticos de mais de quatrocentas pessoas. O AI n. 2 possibilitou o fechamento do Congresso. Pelo AI n. 3 coube à Assembléia a eleição dos governadores e vices, em sessão pública e votação nominal (art. 1º). A Constituição do Brasil de 1967 também faz ressalvas ao voto secreto (art. 143). Assim, o Presidente elege-se por um “colégio eleitoral, em sessão pública e mediante votação nominal” (art. 76), o que remete a tempos de controle. A Emenda Constitucional n. 1 de 1969 também mantém a eleição presidencial por votação nominal em sessão pública (art. 74).

⁵⁸⁷ PINTO, Sobral. “Lições de Liberdade”. Belo Horizonte: Comunicação e Universidade Católica de Minas Gerais, 1977, p. 123.

⁵⁸⁸ Ibid, p. 146. Mesmo assim, Sobral Pinto entendeu que o art. 11 do AI n. 5/68 não seria motivo para impedir o Conselho Federal da OAB de recorrer ao Judiciário, a fim de questionar a Emenda Constitucional n. 7 (op. cit., p. 191). Em Carta ao Presidente Médici (18.6.1971), Sobral Pinto suscita a importância das garantias judiciais da seguinte forma: “Quem não tem garantias para si, Excelência, não pode, evidentemente, dar garantias aos outros” (op. cit., p. 252).

nem lhes permitir ampla e segura defesa"⁵⁸⁹. O direito de defesa não resiste à desumanidade do sistema em vigor. Ainda assim, em 1970, o então Ministro da Justiça Alfredo Buzaid consegue resumir o espírito de mentira em que vivia o governo militar⁵⁹⁰ quando afirma que “não há tortura no Brasil”⁵⁹¹.

5.6. O divisor de águas: a Constituição da República Federativa de 1988. A maior reforma penal

Toda essa inconstância institucional força o advento de uma Constituição que busca revirar todo o arsenal autoritário. É deste modo que a Constituição Federal de 1988 não somente reconhece o *devido processo legal*, mas também faz menção expressa aos diversos subprincípios que integram a sua base histórica. Sem dúvida, como destaca Walter Nunes da Silva Júnior, a maior reforma penal já vista dá-se, finalmente, com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Porém, a Constituição não confere significativa distinção para o tratamento da macrocriminalidade⁵⁹². De fato, a previsão constitucional de crimes hediondos inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia (art. 5º, XLIII) não tem sido suficiente para responder as novas contingências da macrocriminalidade no limiar do séc. XXI⁵⁹³.

Com efeito, para alguns setores sociais, prospera a idéia de que a indiferença da Constituição para com a macrocriminalidade não tem atendido aos interesses sociais voltados ao combate do crime organizado⁵⁹⁴. Assim, esta *distração* do legislador constituinte tem sido motivo de críticas ao modelo garantista, muitas vezes justificando o surgimento de legislações autoritárias, mesmo em desrespeito aos princípios constitucionais. Grosso modo, como observa Walter Nunes da Silva Júnior, "os instrumentos para enfrentar a macrocriminalidade"

⁵⁸⁹ Ibid, p. 91.

⁵⁹⁰ Sobre a importância da mentira no Totalitarismo: LAFER, Celso. "A Reconstrução dos Direitos Humanos". São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 246.

⁵⁹¹ EDITORA ABRIL. "Brasil. Dia-a-Dia". São Paulo: Editora Abril, 1990, p. 66.

⁵⁹² SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. O Direito Penal e a Criminalidade. "Revista do Curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte". Natal, v. 1, fascículo 1, p. 121-141, jul.-dez./1996, pp. 132-3.

⁵⁹³ A Lei n. 11.464/07 revogou o inc. II, art. 2º, da Lei n. 8.072/90, permitindo a concessão da liberdade provisória sem fiança nos crimes hediondos.

⁵⁹⁴ Cf. SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. As Correntes Filosóficas na Formação do Direito Penal Moderno. Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos. Bauru, fascículo 25, p. 105-128, abr.-jun./1999, p. 110.

são os mesmos destinados à reprimenda, v.g., de um “furto verificado na esquina do quarteirão”⁵⁹⁵.

De fato, ainda não sendo a expressão máxima de nossa maturidade institucional, como afirma Luís Roberto Barroso, a Constituição de 1988 foi mesmo assim responsável pela revelação de uma nova era, criadora de um *sentimento constitucional* capaz de superar o histórico desprezo autoritário pelas leis fundamentais⁵⁹⁶.

A Constituição Federal constrói um verdadeiro sistema de proteção à liberdade. Esse *regime de proteção constitucional à liberdade* pode ser espelhado, didaticamente, em três grupos de direitos e garantias, sob os quais se cinge a responsabilidade política do juiz pela inserção do condenado no sistema penitenciário. Estes grupos dizem respeito aos direitos e garantias relativos (I) à impossibilidade de restrição ao acesso à justiça penal, (II) à proteção aos direitos e garantias de defesa da integridade física e moral do preso e (III) aos direitos e garantias da prisão como exceção e pela menor duração possível.

O primeiro grupo faz referência a um conjunto de garantias e direitos preservadores da impossibilidade de restrição ao acesso à justiça penal, em respeito ao qual o juiz deverá acautelar a igualdade de direitos; os direitos e liberdades fundamentais; o devido processo legal; o princípio da inafastabilidade; o direito ao contraditório e à ampla defesa e aos recursos inerentes a ela⁵⁹⁷; o princípio do juiz natural e a proibição aos tribunais de exceções; a licitude das provas; a presunção do estado de inocência e direitos correlatos; o caráter subsidiário da ação privada; a publicidade dos atos processuais; a inviolabilidade da casa e do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas; o direito de petição em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder; o direito de ir e vir e suas garantias; o direito à informação dos órgãos públicos; o reconhecimento da instituição do Júri; a irretroatividade maléfica da lei penal e a razoável duração do processo⁵⁹⁸.

⁵⁹⁵ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. O Direito Penal e a Criminalidade. “Revista do Curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte”. Natal, v. 1, fascículo 1, p. 121-141, jul.-dez./1996, p. 134.

⁵⁹⁶ Dez anos da Constituição de 1988 (foi bom pra você também?). “Cidadania e Justiça”. ano 2, n. 5, 2º semestre, p. 88-113, 1998, p. 113. José Afonso da Silva explica que a Constituição Federal de 1988 “retomou a tradição da Constituição de 1946, enunciando aquelas normas com eficácia plena (art. 5º, LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança)” (“Aplicabilidade das Normas Constitucionais”. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 191).

⁵⁹⁷ Desta forma, deve ser incompatível com a Constituição Federal o art. 595, Código de Processo Penal, que estabelece a deserção “se o réu condenado fugir depois de haver apelado”.

⁵⁹⁸ Cf. art. 5º, incs. XLI, LIV, XXXV, LV, LIII, LVI, LVII, CF.

O segundo grupo trata da proteção aos direitos e garantias de defesa da integridade física e moral do preso, em complemento ao fim ressocializador da pena. Por este grupo, ao juiz cabe a responsabilidade de proteger a legalidade da pena; o princípio da dignidade da pessoa humana⁵⁹⁹; o princípio da humanidade; a inviolabilidade da imagem das pessoas; a vedação constitucional às penas e medidas desumanas ou cruéis⁶⁰⁰; o princípio da individualização da pena, além dos princípios da culpabilidade; da proporcionalidade; da necessidade da pena⁶⁰¹; da pessoalidade; da intervenção mínima; da fragmentariedade; da subsidiariedade ou da *ultima ratio*; da adequação social e da insignificância⁶⁰².

Embora pudessem ser reconhecidos como desdobramento do grupo anterior, preferimos agrupar, indistintamente, os direitos e garantias que visam assegurar a prisão como exceção e pela menor duração possível (pena como *ultima ratio*), sem prejuízo, evidentemente, dos meios necessários à obtenção da liberdade. Como tal, o juiz será politicamente responsável por cumprir o direito à informação e de identificação dos responsáveis pela prisão e interrogatórios, o direito à assistência técnica e familiar, a não obrigatoriedade da prisão cautelar e a garantia do direito à liberdade provisória, quando não estritamente necessária à prisão provisória ou nos casos em que a lei determinar a liberdade obrigatória, o relaxamento obrigatório da prisão ilegal, também se entendendo como tal a prisão que extrapola a duração razoável, sem prejuízo do direito à indenização e, finalmente, o princípio à duração razoável do processo num sentido amplo⁶⁰³.

O conjunto não taxativo de direitos e garantias acima expressos relacionam-se mutuamente, uns complementando outros, de maneira que essa reunião forma o *regime constitucional de proteção à liberdade*. Faz-se útil destacar não somente as normas extraídas da Constituição Federal, mas também as que dela decorram ou que objetivem integrá-la pela

⁵⁹⁹ Cf. “Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade” (art. 11, n. 1, CADH).

⁶⁰⁰ Art. 5º, n. 2, CADH: “Ninguém deve ser submetido a torturas nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com respeito devido à dignidade inerente ao ser humano”.

⁶⁰¹ Código Penal, art. 59: “O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme *seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime* (grifamos)” (...). “As penas privativas da liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados” (art. 5º, n. 6, CADH).

⁶⁰² Cf. art. 1º, III; art. 4º, II; art. 5º, XXXIX, XLIX, X, XLI, XLIX, XLVIII, III, L, XLVII, XL, VI e XLV, CF.

⁶⁰³ Cf. art. 5º, LXIII, LXIV, LXII, LXVI, LXI, LXV, LXXV e art. 136, § 3º, IV, CF.

própria natureza, como é o caso especial da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH)⁶⁰⁴.

Contudo, a Constituição Federal de 1988 não repetiu o erro dos outros textos. Os novos direitos sociais aclamados não vieram sós. O mandado de segurança coletivo, o mandado de injunção e a ação declaratória de constitucionalidade por omissão, devidamente coligadas à reestruturação do Ministério Público, foram – a princípio – fortes instrumentos surgidos com o objetivo de garantir a efetivação daqueles direitos. Mais tarde, viu-se, com o tempo, que esses instrumentos constitucionais não representaram o impacto que se espera. Confirma-se, enfim, que a Constituição não tem vida independente⁶⁰⁵; nutre-se da sociedade e dos seus fatores de poder, em função dos quais se desenvolve. Numa palavra, somente tem sentido a Constituição que existe na prática.

A Constituição da República coroa a igualdade substancial, elevando os direitos sociais, pela primeira vez, à categoria de direitos fundamentais, indissolúvelmente completados pela necessária liberdade dos direitos políticos e civis⁶⁰⁶. No entanto, por detrás das normas programáticas, o Estado Social brasileiro guarda resíduo conservador. Por isto, Paulo Lopo Saraiva denuncia a existência, na Constituição da República, de uma organização social e econômica formal e materialmente para os “grupos econômicos e políticos, grupos dominantes e exploradores”, e uma outra apenas formalmente para as “massas trabalhadoras”⁶⁰⁷. Não acontece diferentemente com o Direito Penal vigente, que ainda concentra extraordinários esforços na prevenção de condutas peculiares da massa socialmente desviada, porém pouco se destina à reprovação dos ilícitos inerentes aos grandes grupos econômicos e políticos.

No mundo da realidade, tem parecido que a ampla defesa assumiu o destaque de princípio maior dos processos judiciais penais e cíveis. Contudo, isto não a desliga do *devido processo legal*, mesmo porque este princípio integra nossa tradição, estando modelado historicamente mediante a instituição de garantias que conjunta e sistematicamente analisadas

⁶⁰⁴ A Convenção é igualmente conhecida por Pacto de São José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969, referendado no Brasil pelo Decreto n. 678 de 1992.

⁶⁰⁵ LAFER, Celso. "A Reconstrução dos Direitos Humanos". São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 26.

⁶⁰⁶ PIOVESAN, FLÁVIA. "Temas de Direitos Humanos". São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 216. Esta autora aponta categorias do Estado Social, dentre as quais estão o conservador, o pré-socialista e o de concretização da igualdade e da justiça social (op. cit., p. 228 a 231).

⁶⁰⁷ SARAIVA, Paulo Lopo. "Manual de Direito Constitucional". São Paulo: Acadêmica, 1995, p. 95-6.

levam ao entendimento de que do *due process of law* já estava assegurado pelos textos constitucionais passados⁶⁰⁸.

⁶⁰⁸ WAMBIER, Luiz Rodrigues. “Anotações sobre o Princípio do Devido Processo Legal”. Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 646, p. 33-40, agosto de 1989, p. 38. Neste sentido, como observa Pontes de Miranda, a proibição de prisão arbitrária (art. 141, § 20, CF-46) remonta à Carta Magna, resultando de nossa tradição jurídica, havendo dispositivos semelhantes nos textos constitucionais de 1891, 1934 e 1937 (“Comentários à Constituição de 1946”. V. 3, Rio de Janeiro: Henrique Cahen, 1947, p. 287).

6. DESAFIOS PARA GARANTIA DE DEFESA NO ESTADO CONTEMPORÂNEO

"Portanto, nenhuma ciência procura nem prescreve a vantagem do mais forte, mas a do mais fraco, que lhe é sujeito".

PLATÃO, *A República*.

6.1. *A limitações materiais à função punitiva no Estado Constitucional de Direito*

Na era do Estado Democrático de Direito, vem a cabo a revisão da teoria das fontes do Direito. Marca-se, assim, a dissociação entre forma e conteúdo dos atos, ou seja, as leis são distinguidas segundo o seu aspecto formal e material (substancial). Nestes termos, o conteúdo das fontes adquire independência em relação à forma, de tal modo que as leis, em sentido formal, somente serão fontes do Direito quando também preencherem um conteúdo, ou seja, quando estiverem adequadas aos direitos fundamentais.

Dentro desse quadro, torna-se o modelo garantista o que mais bem atende ao paradigma do Estado Constitucional de Direito. Logo, para a teoria garantista, a lei não exerce uma função meramente prescritiva, mas crítica e prospectiva, o que exige permanente análise de seu conteúdo. É importante, neste momento, perceber que a linguagem normativa prescritiva, fundada em enunciados deônticos (obrigação, proibição, permissão), não tem muita utilidade para o garantismo, porque não se sujeita a julgamento de verdade ou falsidade. É justamente sobre este ponto a investida do garantismo. Ora, nada adianta a existência formal de direitos sem garantias, ou melhor, sem meios estabelecidos para protegê-los; o direito sem garantia vive apenas sobre o papel e, então, o enunciado da sua existência material será falso⁶⁰⁹. O garantismo propõe a análise crítica do direito estabelecido, porque um direito sem efetivação será um direito falso, uma letra morta no papel, como afirma Guastini⁶¹⁰.

⁶⁰⁹ Cf. GUASTINI, Riccardo. "Distinguiendo. Estudios de Teoría y Metateoría del Derecho". Barcelona: Gedisa, 1999, p. 191. Ora, sem garantias, de nada adiantam os belos textos legais contemplativos. Alexandre Moraes da Rosa é contundente: "Não é suficiente, portanto, a existência de belíssimas declarações de direitos a-políticos, a-históricos e imunizados ideologicamente. Necessita-se da crescente mobilização no processo de atribuição de sentido, inserido no campo político – daí a jurisdicionalização das esperanças/promessas constitucionais –, tendente a concretizá-los, para que não se tornem vazias as promessas, dissolvidas nos percalços do mundo da vida" ("O Que é Garantismo Jurídico? [Teoria Geral do Direito]"). Florianópolis: Habitus, 2003, p. 100).

⁶¹⁰ Op. cit., p. 185.

O Estado Constitucional de Direito toma como sua parte integrante os direitos fundamentais (universais e indisponíveis), impossíveis de serem violados por uma democracia procedimental. Ou seja, uma maioria democrática não será capaz de extinguir do Estado de Direito a sua constituição de direitos fundamentais. Portanto, estes direitos possuem o caráter de indecidibilidade⁶¹¹, de maneira que nenhuma maioria ou unanimidade pode decidir sobre eles. Por esta razão, desviando-se de uma aproximação com a democracia meramente formal, faz-se adequado empregar a designação *Estado Constitucional de Direito* ou até *Estado Democrático Constitucional de Direito*, em vez de *Estado Democrático de Direito*⁶¹². A democracia substancial que se inaugura com o Estado Constitucional modifica a concepção dos direitos e a relação maioria-minoria, especialmente quanto ao direito de propriedade⁶¹³, isto porque, como diz Ferrajoli, os direitos alienáveis são apenas virtualmente universais, uma vez que podem ser disponíveis⁶¹⁴.

Segundo Ferrajoli, as garantias são técnicas que permitem conferir efetividade à norma, possibilitando a máxima eficácia dos direitos fundamentais, razão pela qual se impõe não somente limitar poderes (garantias liberais), mas atribuir competências ao Estado (garantias sociais)⁶¹⁵. Nesse aspecto, o garantismo exige do juiz uma nova relação para com a lei, porque agora este agente público deve responder pela declaração das normas inválidas, exercendo ele próprio o papel de garantia do cidadão contra a violação dos direitos fundamentais pelos demais agentes públicos. Para tanto, o juiz já não se sujeita à letra da lei (*paleopositivismo*), mas à lei válida⁶¹⁶. Nesse quadro, o direito de defesa assume também a dimensão de uma garantia porque será mecanismo de acesso ao direito fundamental de liberdade.

Enquanto o Estado Liberal considerava a igualdade do indivíduo num plano abstrato, ignorando as suas diferenças sociais, o Estado Social destaca as desigualdades do homem no contexto da sociedade, porém despreza a sua individualidade. O Estado Constitucional de Direito reúne estes dois pólos, certificando uma extrema comunicação entre liberdade, igualdade e democracia.

⁶¹¹ FERRAJOLI, Luigi. “Derechos y Garantías: la ley del más débil”. 2ª. ed., Madrid: Trotta, 2001, p. 24.

⁶¹² Em vez de Estado Democrático de Direito, Walter Nunes Silva Júnior prefere a expressão Estado Democrático de Direito Constitucional ou, ainda, Estado Democrático Constitucional (“Teoria Constitucional do Direito Processual Penal: limitações fundamentais ao exercício do direito de punir no sistema jurídico brasileiro”. Tese de Doutorado. Recife: Faculdade de Direito/UFPE, 2005, p. 253).

⁶¹³ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 23.

⁶¹⁴ “Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales: debate con Luca Baccelli, Michelangelo Bovero, Ricardo Guastini, Mario Jori, Anna Pintore, Ermanno Vitale, Danilo Zolo”. Madrid: Trotta, 2001, pp. 61-2.

⁶¹⁵ “Derechos y Garantías: la ley del más débil”. 2ª. ed., Madrid: Trotta, 2001, p. 25.

⁶¹⁶ Ibid, p. 26.

Assim, no caso específico do processo penal, cumpre à garantia de defesa assegurar ao acusado não apenas o direito de acesso à liberdade, mas o de igualdade e de participação (democrática) nos atos processuais que levam à decisão, do contrário não existirá equilíbrio na relação das partes.

Em síntese, o Estado Constitucional de Direito compreende "uma forma de superação dialética da antítese entre os modelos liberal e social ou socialista de Estado", com vistas a efetivar a harmonização dos interesses individuais (esfera privada) com os interesses sociais (esfera pública) e com os interesses intermediários (esfera coletivo)⁶¹⁷. Dessa forma, o modelo de política criminal da contemporaneidade precisa adequar-se ao desiderato de harmonização, sem se restringir a dogmas de uma política criminal liberal-individualista ou ao modelo social-igualitário.

Para a realização da democracia substancial, a escolha quanto ao que punir não se dá de maneira arbitrária, mas se legitima por meio de um programa mínimo de proteção aos bens jurídicos, capaz de impedir julgamentos valorativos e decisionistas, que reduzem a eficácia do direito de defesa.

No Estado Constitucional, a função de prevenção de delitos encontra o seu mais alto grau de limitação e evolução⁶¹⁸. Sob esse aspecto, o poder punitivo constitucional se restringe tanto por princípios materiais, como também por princípios processuais.

Materialmente, o poder de punir está contido não apenas pela legalidade (*nulla poena sine lege; nulla poena sine crimine*) e seus desdobramentos⁶¹⁹, mas também por diversos outros princípios penais, os quais, em linhas gerais, aperfeiçoam o sistema de defesa processual do acusado⁶²⁰.

Por esta razão, cumpre avançar em direção aos princípios que limitam a ação penal. No Estado Constitucional, o *princípio da legalidade*, consagrado normativamente desde o Código Criminal de 1830, reivindica uma nova leitura, de modo que apenas as leis válidas

⁶¹⁷ GUERRA FILHO, Willis Santiago. "Processo Constitucional e Direitos Fundamentais". 5ª ed., São Paulo: RCS, 2007, p. 23.

⁶¹⁸ Cf. MIR PUIG, Santiago. "Direito Penal: fundamentos e teoria do delito". Trad. Cláudia Vianna Garcia e José Carlos N. P. Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 80.

⁶¹⁹ São desdobramentos da legalidade os princípios da anterioridade; irretroatividade; retroatividade benéfica; exigibilidade da lei escrita; proibição da analogia; taxatividade; legalidade da pena e legalidade das contravenções.

⁶²⁰ A doutrina não é unânime quanto à classificação dos princípios penais. Aqui estamos apenas nos referindo aos mais importantes. Cf. LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. "Princípios Políticos do Direito Penal". 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

sejam obedecidas (*nulla poena, nullum crimen sine lege valida*)⁶²¹. Este princípio impede, por exemplo, a condenação por leis materialmente inválidas, da mesma forma que obsta julgamentos por analogia ou baseados em leis retroativas (art. 5º, inc. XXXIX, CF), salvo para beneficiar. Em função da legalidade, o Supremo Tribunal Federal rejeitou denúncia por entender que a *cola eletrônica*, empregada para fraudar prova de vestibular, não pode ser, analogicamente, equiparada aos crimes de estelionato (art. 171, CP) ou falsidade ideológica (art. 299, CP)⁶²².

O *princípio da taxatividade ou da determinação* seria um desdobramento do princípio da legalidade, a exigir clareza e precisão da lei penal, com o fim de evitar a arbitrariedade do legislador ou do juiz. Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucionais as resoluções eleitorais que proibiam o uso de simuladores de urna eletrônica, incriminando penalmente os candidatos por desobediência às instruções da Justiça Eleitoral (art. 347, Código Eleitoral). Na situação, notou-se que, embora não existisse um tipo específico para a conduta de usar simulacro de urna eletrônica, seria impossível à Justiça Eleitoral adequar a ação do candidato ao crime de desobediência, caso contrário, qualquer desrespeito às instruções eleitorais poderia justificar a tipificação, em tese, deste delito⁶²³.

O *princípio da individualização* (art. 5º, inc. XLVI, CF) assegura que a pena seja determinada segundo as circunstâncias individuais do caso, impedindo a sua fixação objetiva. Este princípio foi reverenciado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC n. 82.959/SP, no qual se declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do regime integralmente fechado dos crimes hediondos (Lei n. 8.072/90, art. 2º, § 1º)⁶²⁴.

Como desenvolvimento do princípio da individualização, o *princípio da culpabilidade* em sentido amplo restringe o poder punitivo de forma significativa, opondo-se às condenações que ultrapassem a pessoa do culpado, bem como evitando que o agente seja punido por características pessoais ou fora dos casos de culpa e dolo⁶²⁵. Veja-se, a propósito, que a culpabilidade possui três dimensões elementares, ou seja, trata-se de um pressuposto pena, de um limite ao poder punitivo do Estado e, por fim, de um obstáculo à responsabilidade objetiva.

⁶²¹ FERRAJOLI, Luigi. “Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal”. Trad. de Ana Paulo Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 306.

⁶²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inq. n. 1.145/PB, rel. orig. Min. Maurício Corrêa, rel. para o acórdão Min. Gilmar Mendes, 19.12.2006, inf. n. 453/06.

⁶²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2.283/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes e ADI n. 2.278/PE, Rel. orig. Min. Eros Grau, Rel. para acórdão Min. Joaquim Barbosa, 15.2.2006, inf. n. 416/06.

⁶²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, 23.2.2006, inf. n. 418/06.

⁶²⁵ Cf. MIR PUIG, Santiago. Op. cit., p. 100.

O *princípio da proporcionalidade* estabelece justo equilíbrio entre o bem jurídico-penal e a resposta punitiva, de modo que quanto maior a gravidade da violação ao bem jurídico-penal, mais rigorosa deverá ser a resposta penal. Como explica Mir Puig, este princípio exige que "a pena seja proporcional ao delito" e que a "medida de proporcionalidade seja com base na importância social do fato (sua nocividade social)"⁶²⁶. Menção especial merece um caso da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, que estendeu às medidas de segurança o limite temporal de trinta anos, tomando com analogia o limite previsto para as penas privativas de liberdade (art. 75, CP). Assentou-se que o § 1º do art. 97, Código Penal, segundo o qual a medida de segurança pode estender-se por tempo indeterminado, não se coaduna à vedação constitucional de prisão perpétua. Por isso, decidiu-se que a medida de segurança, tal como a prisão privativa de liberdade, não deve ultrapassar o termo de trinta anos. No caso das medidas de segurança, depois de transcorrido o prazo máximo de internamento, caberá ao Ministério Público propor a interdição civil, caso persista a periculosidade do agente⁶²⁷.

Ainda limitando o poder punitivo, sobreleva-se o *princípio da necessidade da pena*. O próprio art. 59 do Código Penal prevê que a pena-base seja estabelecida conforme necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime. O perdão judicial representa uma aplicação visível deste princípio, quando se reconhece que não há qualquer utilidade para a reação punitiva.

O *princípio da pessoalidade*, corolário da culpabilidade, reclama que a pena não ultrapasse a pessoa do condenado. Portanto, não se justifica, v.g, considerar fatores econômicos da família do acusado para determinar a elevação da pena de multa.

Dentre os princípios garantistas mais importantes está o *da insignificância*, que torna atípica a conduta que atinge, minimamente, o bem jurídico-penal. A função do Direito Penal de proteger bens jurídicos com respaldo constitucional não consegue evitar que casos *leves* fiquem de fora da pretensão punitiva, razão pela qual funciona o princípio como um filtro para as agressões irrelevantes ao bem jurídico-penal.

O *princípio da intervenção mínima* é um princípio garantista por excelência, na medida em que combate o excesso da criminalização, evitando que sejam tipificadas condutas desnecessárias. Este princípio se completa com o *da fragmentariedade* e da *subsidiariedade*.

⁶²⁶ Ibid, p. 105.

⁶²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 84.219/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, 1ª T., 16.8.2005, inf. n. 397/05. Semelhantemente, Gamil Föppel el Hireche defende a fixação de limites à medida de segurança, as quais não podem subordinar-se a um regime de duração perpétua ("A Função da Pena na Visão de Claus Roxin". Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 86).

Pela *fragmentariedade*, cabe ao Direito Penal proteger, seletivamente, os bens jurídico-penais com respaldo constitucional. Logo, mesmo tendo a Constituição escolhido vários bens jurídicos para proteger, nem todos merecem a proteção penal⁶²⁸. Contudo, como este princípio não assegura sozinho a intervenção mínima, justifica-se, então, a incidência do *princípio da subsidiariedade*, pelo qual o Direito Penal somente deve interferir quando frustrados os meios extrapenais de controle social. Por conseguinte, aliada aos demais princípios garantistas, a *subsidiariedade* torna-se um importante mecanismo contra as leis penais meramente simbólicas⁶²⁹.

Ainda como vetor dos princípios garantistas, temos o *princípio da lesividade ou da ofensividade*, pelo qual o Direito Penal não deve ser empregado para condutas inofensivas, considerando como tais as atitudes internas do agente⁶³⁰, a autolesão⁶³¹ ou os estados ou condições pessoais⁶³² e as condutas moralmente reprováveis⁶³³. Ou seja, como escreve Eduardo Cavalcanti, devem ser objeto do Direito Penal apenas "aquelas condutas que lesionam ou colocam em risco de lesão bens jurídico-penais"⁶³⁴. A 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal versou sobre esta matéria ao julgar um caso de porte de arma sem munição. Na situação, entendeu-se que não se realiza a figura típica de porte, caso a arma esteja desmuniçada e a munição encontrar-se indisponível para eventual disparo⁶³⁵.

Sob todos os aspectos, o poder punitivo se restringe pelos princípios da humanidade e da dignidade humana, os quais fixam os marcos da evolução penal desde a obra clássica de Beccaria, quando então se inicia um processo, ainda não concluído, de revisão crítica do exercício da função punitiva pelo Estado⁶³⁶.

Numa vista panorâmica, cabe ao Estado encontrar a redenção da defesa não como uma garantia de um indivíduo (Estado Liberal) ou só da coletividade (Estado Social), mas como um valor constitucional inerente a qualquer relação processual. Vê-se a defesa não somente reportada ao indivíduo, porém, igualmente à sociedade e ao Estado. Enfim, a colisão entre poder punitivo e direito de defesa não se revolve pela preponderância de nenhum destes

⁶²⁸ CAVALCANTI, Eduardo Medeiros. "Crime e Sociedade Complexa: uma abordagem interdisciplinar sobre o processo de criminalização". Campinas/SP: LZN, 2005, p. 254.

⁶²⁹ Ibid, p. 310.

⁶³⁰ Por exemplo, punir a cogitação de um crime.

⁶³¹ Por exemplo, punir as formas de automutilação, como o uso de drogas, a mendicância etc.

⁶³² Por exemplo, punir o sujeito por sua opção sexual.

⁶³³ Por exemplo, punir por adultério.

⁶³⁴ Op. cit., p. 306.

⁶³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC n. 81.057/SP, 1ª T., Rel. Min. Ellen Gracie, Rel. acórdão Min. Sepúlveda Pertence, j. 25/05/04, v.u., DJU 29/04/05, inf. n. 340/04.

⁶³⁶ Cf. MIR PUIG, Santiago. Op. cit., p. 98.

valores, porque assim como interessa ao Estado punir culpados, importa-lhe também absolver inocentes. Em qualquer caso, com relação a esta aparente discrepância, parece não ser viável pretender resolver a colisão segundo um discurso de plena harmonia, porém muito mais útil será compreender a contradição imanente que existe em tudo isso.

No ápice do Estado Constitucional de Direito, não vem ao caso revigorar a *velha política criminal de defesa social* e, com isso, dar-se novo ânimo a uma série de dogmas que ficaram para o passado. Não obstante a política criminal garantista se firme em torno do programa penal mínimo (restrição ao poder punitivo), o advento da criminalidade globalizada criou uma força contrária a este imperativo.

Ao lado dos princípios materiais, acima analisados, a garantia de defesa tornou-se o fator processual de limite mais importante para a efetividade da função punitiva, mas isto será objeto de nosso próximo tópico.

6.2. A defesa como limite à efetividade do poder punitivo. As funções elementares da ampla defesa. O processo como pena

Contemporaneamente, os princípios dão respaldo a uma teoria jurídica que busca impedir a ressurreição do direito natural e, ao mesmo tempo, pretende suprimir as limitações do positivismo legalista. Portanto, são canais condutores do pensamento jurídico substancial e não meramente formal do direito⁶³⁷. Nessa esteira, as normas constitucionais não devem ser interpretadas isoladamente, mas fazendo parte de um sistema principiológico, formador de um bloco único. É desta concepção que surge o princípio da unidade do sistema jurídico. Nas constituições contemporâneas, os princípios passaram por uma transformação de tal modo que já não se fala em Estado de Direito, mas sim em Estado Principal⁶³⁸.

Logo, a ampla defesa alimenta-se do arcabouço principiológico constitucional, em função do qual cumpre funções (I) fundamentadora; (II) norteadora da interpretação; (III) atualizadora do sistema jurídico e (IV) limitadora ou bloqueadora de normas contrárias ao seu núcleo essencial.

Pela função fundamentadora, admite-se afirmar que a garantia de defesa justifica todo o processo penal, sem a qual não haverá legitimação da decisão restritiva de liberdade. Pela função norteadora da interpretação, cabe ao intérprete *construir* a norma que mais se

⁶³⁷ BONAVIDES, Paulo. "Curso de Direito Constitucional". 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 256.

⁶³⁸ Ibid, p. 264.

ajuste à ampla defesa. É que a formulação da norma (FN) não se confunde com a norma propriamente dita (N). Enquanto a formulação da norma ocorre no nível da linguagem, a norma mesmo é o conteúdo do significado da expressão, ou seja, se a formulação da norma for ambígua, é possível obterem várias normas (FN = N1 = N2 = N3 etc).

E é em razão desta polissemia que o controle de constitucionalidade atua pela *declaração parcial de nulidade sem redução de texto* ou pela *interpretação conforme a Constituição*. Assim, na *interpretação conforme*, se estabelece uma única interpretação, declarando todas as demais incompatíveis com a Constituição. Já na *declaração parcial de nulidade*, declarar-se-á a inconstitucionalidade de algumas interpretações (p. ex.: N3; N4), sem alteração do texto normativo. Deste modo, um enunciado interpretativo pode permitir diferentes significados possíveis ou recorrer a um ou mais significados alternativos. Por isso, Aarnio acredita que a interpretação é sempre uma questão lingüística. Não interpretamos normas, senão formulações de normas⁶³⁹.

Por essa função interpretativa, a ampla defesa guia o processo de compreensão das expressões legais, mormente quando ocorre serem obscuras, ambíguas ou duvidosas. Obviamente, esta função não admite o sentido tradicional de busca de uma vontade subjetiva. Neste contexto, a construção da norma deve atender ao parâmetro da ampla defesa. Dentre os enunciados possíveis, deve privilegiar-se o que assegure a maior ampla defesa, exceto se a técnica de ponderação reclame o predomínio de outro princípio.

Cabe advertir que as normas constitucionais não são interpretadas isoladamente. A Constituição se interpretada como um todo. Não se interpreta a Constituição em tiras ou em pedaços, como afirma Eros Roberto Grau⁶⁴⁰. Isto significa que o jurista deve seguir um percurso, que se projeta da norma até Constituição.

Um texto sozinho nunca tem significado. É preciso que a norma decorra da análise do sistema no qual se insere o texto. O significado normativo de cada enunciado é capturado no momento em que se toma como inserido no contexto do sistema⁶⁴¹. Sem dúvida, o modelo hermenêutica proposto por Grau reverencia, em primeiro lugar, a importância do contexto sistêmico, vindo, em seguida, a finalidade do direito.

⁶³⁹ AARNIO, Aulis. Las Reglas en Serio. In: AARNIO, Aulis; GARZÓN VALDÉS, Ernesto e UUSITALO, Jyrki (Coords). "La Normatividad del Derecho". Barcelona: Gedisa, 1997, pp. 10 a 23.

⁶⁴⁰ São suas palavras: "A Constituição não é mero agregado de normas; e nem se a pode interpretar em tiras, aos pedaços. Será de todo conveniente, destarte, deitarmos atenção a esse conjunto, o que, não obstante, importará o exame de cada qual de tais princípios, separadamente" (GRAU, Eros Roberto. "A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)". São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 195).

⁶⁴¹ Ibid, p. 182.

Muito embora seja difícil estabelecer critérios interpretativos em matéria de Direito Constitucional⁶⁴², a hermenêutica constitucional impõe ao jurista múltiplos recursos interpretativos, sendo impossível determinar a supremacia de algum dele. Outrossim, não se nega que o intérprete também recebe influência ideológica no momento da interpretação. Trazendo a questão para o processo penal constitucional, a construção da norma deve guiar-se pelo princípio norteador da dignidade da pessoa humana.

O princípio da ampla defesa exerce ainda o importante papel de atualizar o sistema jurídico. Contudo, para tanto, cabe diferenciar a interpretação estática, que toma a norma paralisada, da interpretação dinâmica, "que considera a interpretação como a atividade que adapta o direito às necessidades presentes e futuras da vida social"⁶⁴³.

Em complemento às funções acima analisadas, não será difícil argumentar em favor da função bloqueadora do princípio da ampla defesa. De modo geral, a ampla defesa constitui limite ao poder punitivo do Estado, bloqueando as interpretações limitadoras de seu núcleo essencial⁶⁴⁴ e, por esta razão, no procedimento penal, "todas as faculdades concedidas à defesa (cujos direitos todos proclamam sagrados), mais não são do que um contrapeso necessário a moderar os poderes da acusação"⁶⁴⁵.

Para esse efeito, não basta apenas considerar que o poder punitivo se limita pelos princípios penais materiais. As garantias processuais também impõem bloqueios ao *processo-pena*. Afinal de contas, o processo penal também é uma *pena* ou, se assim não for, uma manifestação em si do poder punitivo. Neste sentido, Carnelutti (1879–1965) observou que, naturalmente, o processo representa um mal, muitas vezes mais drástico do que o mal proporcionado pela pena⁶⁴⁶. De qualquer maneira, a publicidade do processo restaura o delito à memória, razão pela qual o jurista italiano observa que o juízo penal possui um caráter punitivo e até educativo⁶⁴⁷.

Seguindo este norte, klaus Tiedemann aponta que a prisão cautelar é um *mal*, mas, embora não seja essencialmente uma *pena*, também guarda um aspecto punitivo, tanto que o

⁶⁴² Ibid, p. 173.

⁶⁴³ Cf. GRAU, Eros Roberto. Op. cit., p. 175.

⁶⁴⁴ Sobre funções dos princípios, cf. MORAES, José Diniz de. "A Função Social da Propriedade". São Paulo: Malheiros, 1999, p. 54.

⁶⁴⁵ CARRARA, Francesco. "Programa do Curso de Direito Criminal". V. 2, Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2002, p. 258.

⁶⁴⁶ CARNELUTTI, Francesco. "El Problema de la Pena". Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1956, p. 58.

⁶⁴⁷ Ibid, p. 59.

seu tempo de cumprimento se abate no tempo de *pena*⁶⁴⁸. Logo, não há dúvida de que o processo pode implicar um *mal*, notadamente quando cria para o acusado o risco de medidas restritivas de bens e liberdades, razão pela qual não podemos hesitar diante da íntima relação entre *pena* e *processo*. Por isto, o Tribunal Constitucional alemão entendeu que deve assegurar-se à prisão cautelar as garantias próprias da *pena*, servindo o princípio da culpabilidade de referência para todas medidas que fossem semelhantes à *pena*⁶⁴⁹.

Um pouco diversamente, Gabriel Ignacio Anitua fala em *pena de processo*, referindo-se àqueles processos que transmitem uma impressão antecipada da culpabilidade do sujeito⁶⁵⁰, mas, afora este caso, mesmo nos processos em que não há distorção da presunção de inocência, também é possível admitir que continua a existir no processo um caráter punitivo imanente, notadamente por força do princípio da publicidade ou em razão da liberdade que possuem os meios de comunicação ou os formadores de opinião de comentarem o caso levado a julgamento, independentemente do trânsito em julgado.

Um dos aspectos mais evidentes do processo como pena está mesmo na razão de sua publicidade. Seja qual for o equilíbrio que se estabeleça entre a publicidade e a intimidade, o certo é que a própria publicidade é uma segurança para o acusado, mas também pode tornar-se um risco para as suas garantias.

Contudo, dentre de certos limites, o risco que representa a publicidade foi aceito no momento em que se cometera o crime. O crime em si é um fato de interesse público, que se sobressai da esfera privada de quem o praticara ou de quem está sendo acusado de tê-lo praticado. Assim, não é possível que, simplesmente, se proibam as notícias sobre o processo que apura o fato ilícito.

Portanto, é na evidência destas circunstâncias que a publicidade entra em atrito com outros princípios, como o que impede a presunção de culpabilidade. Com efeito, desde o Iluminismo, já se observa a tensão entre os princípios democráticos, como o da publicidade, e os princípios liberais de proteção da individualidade⁶⁵¹. No entanto, a presunção de inocência não impõe restrição aos meios privados, é dizer, para os meios privados de comunicação vigora a regra de liberdade de expressão.

⁶⁴⁸ Constitución y Derecho Penal. "Revista Española de Derecho Constitucional". Ano 11, n. 33, p. 145-171, set.-dez, 1991, p. 154.

⁶⁴⁹ Ibid, ibidem.

⁶⁵⁰ "Justicia Penal Pública: un estudio a partir del principio de publicidad de los juicios penales". Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003, p. 287.

⁶⁵¹ Ibid, p. 286.

Já a mesma regra não vale para o Estado ou para órgãos públicos que participam da formação do juízo penal. Logo, a imprensa tem o dever de informar, enquanto aos juízes e tribunais também se impõe o dever de preservar a intimidade de quem não teve a culpa formada. Ao contrário do que acontece com os órgãos do Estado, não se aplica à imprensa ou aos formadores de opinião em geral o dever de reserva para com o caso ou, melhor dizendo, as entidades privadas não estão impedidas de tecer comentários acerca da culpabilidade de quem responde a um processo⁶⁵². Em função dessas particularidades, o processo penal possui um caráter punitivo imanente⁶⁵³.

De fato, tendo que o poder punitivo exerce-se por intermédio do processo, a garantia de defesa faz frente ao *processo-pena*. Com isso, torna-se imperioso tomar o princípio da ampla defesa como o mecanismo de resistência ao poder punitivo concretizado no processo.

6.3. Contribuição e particularidades da garantia de defesa no processo civil

No Brasil, o modelo processual clássico ignorou por muito tempo as funções da ampla defesa, razão pela qual as últimas décadas foram reacionárias à efetiva proteção jurídica dos direitos constitucionalmente reconhecidos. No entanto, no final do século XX, a dogmática foi capaz de antever os desafios da sociedade complexa, deixando para trás as discussões meramente teóricas em prol de se tornar, finalmente, um instrumento útil à pacificação dos conflitos sociais e à efetiva proteção dos direitos fundamentais. Esta mudança de postura foi visível no processo civil constitucional, que passa a convergir, inevitavelmente, para o direito material, em busca de alcançar um grau de efetividade que suplante a ineficácia do formalismo clássico.

Para entender este movimento, a efetividade pode ser observada segundo um sentido amplo ou estrito. Amplamente, ela aparece com uma acepção político-social, pela qual o processo existe como instrumento do Estado. No sentido estrito, a efetividade se relaciona com o aprimoramento da técnica processual⁶⁵⁴. Porém, é o emprego desta técnica que

⁶⁵² Ibid, p. 289.

⁶⁵³ Em sua tese de doutorado magistral, Anitua explica o seguinte: "La difusión televisiva de denuncias y de procesamientos, a pesar de ser en muchos casos lesivas de derechos individuales (inocencia, honor, intimidad), no puede limitarse, en razón de no poder censurar lo que pasa en la realidad, al menos no el la práctica de una sociedad democrática" (op. cit., p. 288). No entanto, o autor faz uma distinção da publicidade conforme se esteja numa fase processual ou num momento pré-processual, onde vigore o princípio do segredo. Neste último caso, seria possível restringir-se a publicidade, v.g, dos meios televisivos (op. cit., p. 288).

⁶⁵⁴ MENDONÇA JÚNIOR, Delosmar. "Princípios da Ampla Defesa e da Efetividade no Processo Civil Brasileiro". São: Paulo: Malheiros, 2001, p. 67.

ocasiona um permanente atrito com o direito de defesa. Num sentido estrito, a efetividade provém do processo como o instrumento capaz de tornar real o direito da parte, ou seja, projeta o processo para sair do mundo dos autos em direção à realização prática dos direitos fundamentais⁶⁵⁵.

Como aponta Delosmar Mendonça Júnior, o conteúdo da efetividade estrita pressupõe (I) um processo que tutele todos os direitos e situações; (II) a presença atuante de um juiz substancialista-garantista; (III) a instrumentalidade das formas; (IV) a garantia da satisfação efetiva da prestação jurisdicional e (V) a duração razoável do processo⁶⁵⁶. Em contrapartida, o núcleo do direito de defesa contém as garantias de (I) chamamento; (II) oportunidade de contraposição probatória; (III) participação; (IV) informação (V) defesa técnica; (VI) tratamento paritário e (VII) motivação das decisões⁶⁵⁷.

Assim, os núcleos da efetividade e da ampla defesa não se excluem, mas se inter-relacionam, um podendo ceder espaço ao outro, quando da ponderação do caso concreto. Por tal motivo, a garantia da ampla defesa não deve ser entendida como uma categoria rígida⁶⁵⁸, cabendo a sua aplicação mediante um equilíbrio de valores com o princípio da efetividade. Em resumo, a defesa não está livre da interferência do direito material e da realidade social.

Diante de tal panorama, na ponderação entre efetividade e ampla defesa, tem-se entendido que não violam o núcleo essencial desta, v. g., a concessão de liminares e tutelas antecipatórias sem audiência da parte contrária⁶⁵⁹ ou as limitações probatórias do procedimento. Dessa forma, em função da efetividade, tem-se dado um sentido estrito ao art. 5º, da Lei n. 9.296/96, que determina o prazo da interceptação telefônica de quinze dias, renovável por uma vez. Segundo já decidiu o STF, “a aparente limitação imposta pelo art. 5º da Lei 9.296/1996 não constitui óbice à viabilidade das múltiplas renovações das autorizações”⁶⁶⁰.

Exemplifica bem a situação o caso do apenado que praticar fato definido como crime doloso ou falta grave durante a execução da pena (art. 118, § 2º, LEP). Não obstante a lei de

⁶⁵⁵ Ibid, p. 68.

⁶⁵⁶ Ibid, pp. 73- 74.

⁶⁵⁷ Ibid, pp. 80-84.

⁶⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. “Técnica Processual e Tutela dos Direitos”. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 47.

⁶⁵⁹ O STJ já firmou a possibilidade de ser remover o inventariante, independentemente de audiência prévia da parte (art. 996, CPC), “entendendo que, pelas peculiaridades do caso, o Juiz pode exercer poder de cautela para afastar, de pronto, o inventariante” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. n. 163.741-BA, Rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 29/6/1999, inf. n. 25/99).

⁶⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 84.388-SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 19/05/06, inf. n. 427/06.

execuções penais determine que a regressão do regime dependa de audiência prévia do apenado, tem-se admitido a regressão provisória para regime penal mais gravoso, antes de efetivada a audiência prévia do apenado, em função da efetividade da pretensão punitiva. Ou seja, até se estabelecer o contrário prévio, a autoridade judiciária poderá determinar, fundamentada e cautelarmente, que o apenado aguarde a decisão em regime prisional mais restritivo do que aquele em que se encontrava antes do cometimento do crime ou da falta grave⁶⁶¹.

A nova doutrina processual constitucional reaproxima-se do direito material, concebendo o processo como instrumental produtor de resultados, ou seja, diminuindo o tecnicismo em proveito da realização da justiça⁶⁶². O direito fundamental à tutela efetiva propicia que questões meramente formais cedam espaço às matérias que tocam ao objeto material do processo.

No caso do processo penal, isso quer dizer que a efetividade da pretensão punitiva faz fronteira com a efetividade da garantia de defesa.

A teorização do direito fundamental à tutela efetiva de aplicação imediata (art. 5o., § 1º, CF)⁶⁶³ implica uma postura judicial independente da legislação infraconstitucional, ou melhor, capacita o juiz para construir a norma adequada ao preenchimento da eventual omissão legislativa. O direito à tutela jurisdicional não é apenas o direito ao procedimento legalmente instituído. O juiz deve interpretar a lei segundo o direito fundamental à tutela jurisdicional, ou seja, respeitando o direito de defesa e o exercício da pretensão punitiva.

Nem todos os procedimentos instituídos pelo legislador ordinário conseguem concretizar os valores constitucionais. Para que se cumpram os direitos fundamentais, o legislador deve desenvolver procedimentos que reconheçam as desigualdades sociais, favorecendo os hipossuficientes⁶⁶⁴. Quando o legislador falha, cabe ao intérprete extrair dos princípios a norma necessária à efetivação.

De fato, a restrição ao direito de defesa se justifica quando o caso reclama uma solução que faça a ponderação em favor da efetividade da pretensão punitiva. Do mesmo

⁶⁶¹ Neste sentido decidiu o STJ: "... Nesta instância, alega que a conversão só poderia ser imposta após sua prévia oitiva. É sabido ser necessária a oitiva nos casos de regressão e conversão definitivas, sucede que, in casu, a conversão é cautelar, decretada para fins de recaptura. Note-se que só foi restabelecida a conversão após não se localizar o condenado no novo endereço que ele mesmo havia declarado ao juízo" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC 12.744-SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 10/6/03).

⁶⁶² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. "Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo". 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 15 e 17.

⁶⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 221.

⁶⁶⁴ Ibid, p. 198.

modo, cabe ao intérprete evitar interpretações que injustificadamente limitem a efetividade da garantia de defesa. Do mesmo modo, violam o *devido processo legal* substantivo os textos legais que esvaziam desarrazoadamente os princípios da efetividade da pretensão punitiva ou da ampla defesa.

Destarte, Marinoni concebe o processo civil como instrumento de proteção dos direitos fundamentais – quer evitando o dano, quer determinando o seu ressarcimento –, mas, advertindo, o direito à tutela efetiva não apenas protege os direitos fundamentais. Qualquer direito deve ser protegido pela tutela efetiva; mesmo quando não se têm em questão os direitos fundamentais, a tutela efetiva toma como direito fundamental proteger o próprio direito à tutela jurisdicional efetiva⁶⁶⁵.

Trazendo este pensamento para o processo penal, a tutela efetiva exige do juiz uma postura voltada não ao processo em si mesmo, mas à pretensão punitiva e ao direito de defesa, sem que se ignore, igualmente, a realidade social. Para isto, não se olvida que o juiz deve pautar suas decisões pelos princípios constitucionais, notadamente tendo como limite a garantia de defesa e de contraditório⁶⁶⁶. A legislação infraconstitucional não pode ser obstáculo à efetivação dos valores constitucionais. Para esse efeito, impõe-se ao juiz o emprego de técnica processual que seja necessária à “harmonização do direito à efetividade da tutela jurisdicional com o direito de defesa, sempre compreendidos no contexto das necessidades do caso concreto”⁶⁶⁷.

É justamente em razão da preponderância da efetividade que se tem dispensado a intimação pessoal das partes para audiência cível, quando já ciente o advogado revestido de poderes para receber intimação⁶⁶⁸. Também se sobrepõe a efetividade à ampla defesa, quando

⁶⁶⁵ Ibid, p. 223.

⁶⁶⁶ Por tal razão, José Roberto dos Santos Bedaque afirma: "A necessidade de o juiz assumir a efetiva posição de condutor do processo, com ampla participação do contraditório desenvolvido pelas partes, corresponde à tendência unânime da moderna ciência processual. Amplia-se, dessa forma, a noção de contraditório, para incluir também a efetiva atuação do juiz no desenvolvimento da relação processual" (op. cit., p. 53).

⁶⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 247. As palavras de Marinoni resumem a discussão: Há visível relação entre o direito à efetividade da tutela jurisdicional e o direito de defesa, no sentido de que a progressão do primeiro pode implicar a restrição do segundo. Lembre-se, considerando-se esses direitos, i) que o procedimento de cognição parcial implica a restrição ao direito à alegação; ii) que a tutela antecipatória - dita com base em verossimilhança - implica a restrição do direito à produção de prova; iii) que os provimentos executivos e mandamentais podem se ligar a meios executivos diversos; iv) que o juiz pode conceder provimento e meio de execução diverso do pedido; v) que o juiz pode, de ofício, ainda que depois do trânsito em julgado da sentença, conceder meio executivo diferente do fixado na sentença; e, enfim, vi) que a omissão do legislador, em instituir técnica processual para a efetividade da tutela de um direito, deve ser suprimida diante do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva (op. cit., p. 246).

⁶⁶⁸ Neste sentido: “II - Intimado pessoalmente o patrono dos réus, que possuía poderes especiais inclusive para receber intimações, da designação de audiência de instrução e julgamento, incorre nulidade pela ausência de intimação pessoal da parte” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. n. 439955/AM, 4ª T., Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU 25/02/04, p. 180). No mesmo sentido, julgou o TJSP: “Cerceamento de

se indefere o pedido de adiamento da audiência por não haver específica menção da patologia suportada pela parte requerente⁶⁶⁹.

Como o objetivo da tutela jurisdicional passa a ser proteger o direito material do autor ou do réu, o provimento acolherá uma ou outra pretensão⁶⁷⁰. Desta forma, o direito de defesa não se aparta desta reorientação, porque a tutela jurisdicional não se limita apenas ao direito de ação. Quando se rejeita a pretensão do autor, defere-se tutela ao réu⁶⁷¹. Fundamentalmente, os princípios maiores da ampla defesa e do contraditório funcionam como limite à efetividade⁶⁷², mas isto não impede concluir-se que o *devido processo legal* mantém o seu caráter teleológico na condução do processo decisório⁶⁷³.

O processualista (tecnólogo) já não depende tanto da legislação formal, desde que encontre o significado da postura que se exige dele. A renovação legislativa não prescinde da renovação deontológica. Urge abandonar-se a postura neutra do processo judicial clássico.

Atrasado em relação aos avanços da dogmática processual civil, o processo penal ainda luta em torno de uma linha que lhe sirva de orientação. Mesmo hoje, falta muito para se compreender que a proteção dos Direitos Humanos impede que o Estado exerça o *jus puniendi*, com vista a combater a crescente criminalidade.

De qualquer maneira, o processo penal também precisa transformar-se, mas sempre levando em consideração as suas próprias particularidades, notadamente porque a relação processual penal está impregnada de elementos que a tornam fundamentalmente diferente das relações abrangidas pela tutela jurisdicional cível. Assim, v. g., enquanto a dogmática civil

Defesa – Inocorrência – Intimação das partes para comparecer à audiência que foi devidamente publicada na imprensa oficial, nas pessoas dos advogados das partes – Desídia do próprio apelante no não comparecimento ao ato processual – Recurso não provido” (BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. AC n. 146.391-4, Jaboticabal, 3ª CDPriv., Rel. Des. Flávio Pinheiro, j. 21/03/00, v.u.).

⁶⁶⁹ Quando o advogado ou o acusado estiver impossibilitado de comparecer à audiência por motivo de saúde, deve comprovar, expressamente, qual a enfermidade que o impede de comparecer ao ato. Portanto, o retardo de algum ato processual não fica ao alvedrio de uma das partes, mas perpassa pelo controle judicial, ao qual compete equilibrar a ampla defesa com a tutela jurisdicional efetiva. O STJ já apreciara ser necessário que o atestado médico mencione a doença que impeça o advogado de comparecer ao ato processual (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AGA n. 197237/RJ, agravo regimental no agravo de instrumento n. 1998/0053030-4, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 6ª T., DJ 22/03/99, p. 285). Noutro aresto, o STJ põe cobro ao assunto: “Embargos de Declaração. Recurso especial. Matéria penal. Intempestividade. Não conhecimento. (...) 2. Atestado médico juntado a destempo, no qual sequer se menciona a doença que acometera ao paciente, não se presta à devolução de prazo recursal fundado no artigo 183 do Código de Processo Civil. 3. Recurso não conhecido” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EDRESP n. 262863/SP; embargos de declaração no REesp. n. 2000/0058226-3, Rel. Min. Hamilton Carvalho; 6ª T., j. 17/10/02, DJ 24/03/03, p. 291).

⁶⁷⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Op. cit., p. 28.

⁶⁷¹ Ibid, p. 33.

⁶⁷² Ibid, p. 58.

⁶⁷³ Ibid, p. 51.

convive pacificamente com a técnica de julgamentos antecipados, este assunto ainda divide a opinião dos processualistas penais.

Em qualquer caso, a ampla defesa e o contraditório continuam como limite à efetividade do processo. Estes princípios se apresentam como limitadores da efetividade em qualquer tipo de processo, mas isso não denota que inexistem diferenças entre a defesa penal e a defesa civil.

No entanto, parte da legislação parece seguir em direção à ampliação das novas possibilidades punitivas, mesmo com restrição à garantia de defesa. As causas e os fundamentos da questão serão enfrentados com maiores detalhes nos tópicos seguintes.

6.4. A garantia de defesa como termômetro do Estado Constitucional de Direito: a dimensão ativa da nova defesa penal e a superação da definição clássica do direito de defesa.

Quando apenas o Estado Absoluto era o único usurpador de liberdade, a garantia de defesa justificava-se como limite aos abusos estatais. O Estado clássico temia o Judiciário, porque, noutros tempos, este Poder fora o grande aliado da monarquia absoluta. Por isto, os teóricos iluministas se apressaram em restringir o juiz à boca da lei. Não somente bastava a interpretação literal, também era necessário que o juiz fosse esvaziado de poderes executivos. O Estado não se preocupava com a entrega da prestação jurisdicional efetiva. Qualquer ato executivo dependia da iniciativa da parte, segundo o rito formalmente tipificado na lei. O *devido processo legal* se pautava pelo procedimento legalmente previsto para o caso.

À época do Estado Liberal, o direito de defesa estava à disposição do particular contra a ação do Estado. O Estado Constitucional de Direito modifica o cenário. Hoje, a teoria restaura o direito de defesa – próprio do demandado – em contraposição ao direito fundamental do demandante, isto é, com vistas a autenticar o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. Como se constata, notadamente no Processo Civil, o direito à sentença deve ser reconhecido como um direito de "ir aos meios executivos capazes de dar efetividade ao direito substancial, o que significa direito à efetividade sentido estrito"⁶⁷⁴.

Na contemporaneidade, não apenas o Estado, mas o próprio particular se reveste como agente de tirania. O surgimento de novas situações na sociedade complexa tornou

⁶⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. "Técnica Processual e Tutela dos Direitos". São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 180.

importante a tutela efetiva. Em resposta a essa realidade, o processo constitucional incorpora o valor da efetividade não unicamente em decorrência do reconhecimento do *devido processo legal* (art. 5º, LIV, CF) ou da ampla defesa (art. 5º, LV, CF), mas, sobretudo, pelo reconhecimento do princípio da inafastabilidade (art. 5º, XXXV, CF) e por força do princípio da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, CF).

O direito de defesa do liberalismo impedia julgamentos fundados em mera verossimilhança, ou seja, destituídos de certeza ou verdade⁶⁷⁵. No Estado Constitucional de Direito, o descrédito dos mecanismos de busca da verdade aliado às novas contingências sociais reclamam uma reorientação dogmática. O processo se conduz por um tempo e com objetivos de satisfazer o direito material. No processo contemporâneo, o direito de defesa já não mais vem ornado apenas de formalidades, mas acentuado pelo princípio da efetividade⁶⁷⁶.

Nesta perspectiva, o direito de defesa não interessa apenas ao indivíduo, mas igualmente ao Estado e à sociedade, ou seja, este direito conserva um valor político imanente, de tal modo que é preferível tê-lo como uma garantia⁶⁷⁷. Isso, a rigor, desloca o interesse pelo direito de defesa para o plano político. Assim, o direito de defesa não compreende apenas um mero benefício à disposição do acusado, mas abrange a noção de um comando que vincula o juiz e também o legislador, de modo que qualquer interferência sobre os direitos individuais dependa de procedimento assegurador dessa garantia⁶⁷⁸.

Deste modo, faz-se premente adequar as normas infraconstitucionais ao direito processual constitucional⁶⁷⁹, dando vazão à revisão de alguns preceitos clássicos, originários desde o Estado Liberal. Assim, os princípios da congruência, da tipicidade dos meios executivos e da separação entre processo de conhecimento e de execução estão recebendo uma revisão, que não somente altera a maneira como se examina o direito de defesa, mas igualmente acerta um sentido atual para a cláusula do *devido processo legal*.

O princípio da congruência foi relativizado pelo art. 461, § 4º, do Código de Processo Civil, segundo o qual, na hipótese de obrigação de fazer e não fazer, o juiz poderá

⁶⁷⁵Ibid, p. 47.

⁶⁷⁶ Como explica Luiz Guilherme Marinoni, o juiz deve lançar mão da técnica processual que maior efetividade dê ao direito., mas, adverte, o “dever de prestar a tutela jurisdicional de forma efetiva, somente encontra limites no direito de defesa” (op. cit., p. 30).

⁶⁷⁷ FERNANDES, Antonio Scarance. “A Reação Defensiva à Imputação”. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 26.

⁶⁷⁸ AROCA, Juan Montero. “Principios del Proceso Penal: una explicación basada en la razón”. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1997, p. 140.

⁶⁷⁹ Para Eduardo Couture, os códigos processuais são os depositários das regulamentações das garantias constitucionais. Logo, segundo completa este autor, toda lei processual é um desdobramento de um princípio processual (“Interpretação das Leis Processuais”. Trad. Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, pp. 38 e 40).

impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor. Isto significa que pode ser pedida uma tutela do direito mediante coerção direta ou sub-rogação (sentença executiva) e o juiz conceder uma sentença mandamental (ou coerção indireta) ou vice-versa. Destarte, pode ser pedida a cessação da poluição e juiz verificar que basta a instalação de determinada tecnologia⁶⁸⁰. Se antes a congruência era forma de controle, hoje o juiz tem mais liberdade e o controle se exerce pela proporcionalidade⁶⁸¹. Mesmo transitada em julgado a sentença mandamental, o sistema admite a alteração da multa imposta judicialmente (art. 461, § 6º, CPC). Portanto, se a tutela da sentença resultar ineficaz, o juiz poderá alterá-la.

Delosmar Mendonça Júnior defende que não há diferença entre o direito de defesa cível ou penal. Segundo explica, nos direitos indisponíveis, havendo inércia, o Estado exerce a defesa, no juízo cível ou no penal. Nos direitos disponíveis, a defesa ampla é a mesma do processo penal e civil, com a diferença que o Estado não assume a defesa em caso de inércia. Assim, no processo civil, como no processo penal, a defesa é indisponível em relação aos direitos indisponíveis⁶⁸².

Somente sob uma visão generalizada, como a acima exposta, seria admissível defender a extrema paridade do direito de defesa no Processo Civil e no Processo Penal. Diferentemente do âmbito penal, a defesa civil se reorienta segundo fatores que levam à ponderação com o princípio da efetividade de forma bem particular. Não sem razão, Marinoni argumenta que a defesa deve ser estudada diferentemente no Processo Civil e no Penal⁶⁸³.

Tendo na devida conta a efetividade, cabe igualmente não olvidar a importância do direito de defesa para a legitimação do Estado. No contexto, o princípio da ampla defesa precisa funcionar como um termômetro do Estado Constitucional de Direito⁶⁸⁴, sinalizando o grau de aperfeiçoamento do sistema jurídico e o respeito que se tributa aos valores inerentes à

⁶⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 136.

⁶⁸¹ Ibid, p. 137.

⁶⁸² "Princípios da Ampla Defesa e da Efetividade no Processo Civil Brasileiro". São: Paulo: Malheiros, 2001, p. 60.

⁶⁸³ Op. cit., p. 46. Walter Nunes da Silva Júnior defende a distinção entre a defesa penal e a do processo civil pelos seguintes motivos: "Enquanto, no processo civil, a materialização da ampla defesa se contenta com a previsão de oferecimento de oportunidades para que o réu se defenda, no criminal, além disso, a defesa tem de ser efetiva, sob pena de nulidade do processo" ("Curso de Direito Processual Penal: teoria (constitucional) do processo penal". Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 702). No mesmo sentido, cf. TALAMINI, Eduardo. Prova Emprestada no Processo Civil e Penal. "Revista de Informação Legislativa". Brasília: Senado Federal, n. 140, p. 145-162, out./dez. 1998, p. 149.

⁶⁸⁴ Como afirmou James Goldschmidt (1874-1940), "a estrutura do processo penal de uma nação não é mais que o termômetro dos elementos corporativos ou autoritários de sua constituição" ("Princípios Gerais do Processo Penal". Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003, p. 71). Nilzardo Carneiro Leão sustenta o princípio do contraditório como princípio político, assegurador da igualdade entre as partes ("Princípios do Processo Penal". Recife: Imprensa Universitária, 1960, p. 53). Cf. MENDONÇA JÚNIOR, Delosmar. "Princípios da Ampla Defesa e da Efetividade no Processo Civil Brasileiro". São: Paulo: Malheiros, 2001, p. 55.

dignidade da pessoa humana. É neste sentido que Zaffaroni atribui ao processo penal a função de *indicador político* do Estado de Direito ideal⁶⁸⁵. Dessa mesma maneira, Tobias Barreto (1839–1889) – fiel à tradição humanista de Beccaria – confere à pena um sentido político indicativo do nível de civilização do país⁶⁸⁶. Pontes de Miranda também percebeu que o grau de civilização de uma sociedade pode ser medido conforme a amplitude do direito de defesa no processo penal⁶⁸⁷.

Acrescente-se que, por isso, o Tribunal Constitucional Federal Alemão (*Bundesverfassungsgericht*) tem julgado o processo penal como o "direito constitucional aplicado"⁶⁸⁸. Noutras palavras, a ampla defesa e o contraditório ultrapassam o sentido meramente processual para alcançar um significado de princípios informativos, verdadeiros direitos fundamentais processuais, responsáveis pela estruturação do Estado⁶⁸⁹.

Não pretendemos dizer que deva ser o Estado simplesmente inerte no que corresponde às necessidades de exercer, v.g., a persecução penal ou garantir a efetivação dos direitos materiais. A técnica processual deve respeitar o núcleo da ampla defesa, o qual não se diferencia, ontologicamente, no processo penal ou no processo civil. Portanto, o direito de defesa funciona como limite concreto ao emprego da técnica processual de efetivação de direitos.

⁶⁸⁵ Las Ideas Básicas en la Relación Defensa Pública-Estado de Derecho. "Periódico Pena y Estado". Buenos Aires, v. 5, fascículo 5, p. 17-20, 2002, p. 19.

⁶⁸⁶ São suas palavras: "... punir é sacrificar, sacrificar, em todo ou em parte, o individuo ao bem da comunhão (sic) social, sacrifício mais ou menos cruel, conforme o grão (sic) de civilização deste ou daquele povo" (BARRETO, Tobias. "Estudos de Direito". Edição fac-similar. Brasília: Senado Federal, 2004, p. 171). Beccaria exalta que "o rigor das penas deve ser relativo ao estado atual da nação" ("Dos Delitos e das Penas", XV).

⁶⁸⁷ As palavras de Pontes de Miranda tocam a perfeição: "O processo criminal reflete, mais do que qualquer outra parte do direito, a civilização de um povo. Percorramos todo o mundo, examinando-lhe as leis e as práticas judiciais: onde o processo é inquisitorial, a civilização está estagnada ou rola em decadência. Onde o processo é acusatório, com defesa fácil, a civilização está a crescer ou a aperfeiçoar-se. Se o Estado faz o processo e ele mesmo colhe as provas e ele mesmo as aprecia e ele mesmo julga, sem que haja o direito de defesa, de igualdade perante a lei e de igualdade de foro, aí o indivíduo vale muito pouco, ou não vale nada. Se não valem os indivíduos, não vale o povo. Porque o povo é a soma dos indivíduos" ("Democracia, Liberdade e Igualdade (os três caminhos)". Rio de Janeiro – São Paulo: Livraria José Olympio, 1945, p. 435).

⁶⁸⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago. "Processo Constitucional e Direitos Fundamentais". 5ª ed., São Paulo: RCS, 2007, p. 99. Figueiredo Dias trata do direito processual penal como o "direito constitucional aplicado, sismógrafo ou espelho da realidade constitucional, sintoma do espírito político-constitucional de um ordenamento jurídico ..." (Para uma Reforma Global do Processo Penal Português. In: "Para Uma Nova Justiça Penal", 1996, p. 194. Apud LEÃO, Nilzardo Carneiro. Direitos Fundamentais, Garantias Constitucionais e Processo Penal. "Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária". Brasília-DF, vol. 1, n. 12, p. 127-140, jul./1998-dez/1999, p. 135).

⁶⁸⁹ Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. Op. cit., p. 46.

No Estado de Direito, é o direito de defesa que impede que o *ius puniendi* se transforme em abuso. Desta forma, o processo justo reclama em essência a obediência ao direito de defesa, que faz frente ao direito de punir do Estado⁶⁹⁰.

Para equacionar a colisão permanente entre direito de defesa (garantismo) e efetividade da persecução penal, Fernando Fernandes adverte que o modelo processual justo é aquele que concilia garantismo com eficiência e funcionalidade. Assim, O *eficientismo*, como chama o autor, legitima-se pela funcionalidade sem perda do garantismo⁶⁹¹. Logo, da mesma maneira que o garantismo não deve excluir a funcionalidade das normas, a funcionalidade não pode esvaziar-se das garantias⁶⁹².

O direito à liberdade individual (prezado pelo garantismo) não se contrapõe à necessidade de uma ação penal eficaz (eficientismo), mas ambas as funções se entremeiam pela funcionalidade, cabendo solucionar-se o conflito aparente pela ponderação de interesses⁶⁹³. As medidas de funcionalidade movem-se dentro do sistema limitadas pelo garantismo, em função de que não se concebe o processo penal exclusivamente instrumental, a buscar a verdade real a qualquer custo⁶⁹⁴.

Em geral, a crise do efficientismo não provém das garantias, mas, sobretudo, da antipatia para com as medidas de desjudicialização e, igualmente, para com a repulsa aos mecanismos sistêmicos de filtragem, tais como os princípios da intervenção mínima, da insignificância, da subsidiariedade, da fragmentariedade, da ofensividade, da adequação social etc. Estas medidas relativizam a obrigatoriedade da ação penal, otimizando-a, ao evitar desperdício de energia sobre condutas desnecessárias.

A garantia de defesa dá ensejo a um direito fundamental para o indivíduo e também para o Estado⁶⁹⁵. A definição clássica do direito de defesa como uma faculdade assegurada ao

⁶⁹⁰ OÑA NAVARRO, Juan Manuel de. El derecho de defensa en la fase de instrucción del proceso penal en la doctrina del Tribunal Constitucional. In: COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel (Dir.). "Constitución y garantías penales". Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2004, p. 165-238, p. 168.

⁶⁹¹ "O Processo Penal como Instrumento de Política Criminal". Coimbra: Almedina, 2001, p. 51.

⁶⁹² Ibid, p. 64.

⁶⁹³ Ibid, p. 65.

⁶⁹⁴ Como afirma Walter Nunes Silva Júnior, "na essência, a principal função do processo criminal não é, efetivamente, descobrir a verdade e punir, se for o caso, aquele que praticou a ação ilícita, mas sim procurar, no caso concreto, aplicar a medida que seja mais consentânea a uma política de combate à criminalidade no contexto de um Estado Democrático-Constitucional, que tem como norte a proteção e o respeito aos direitos fundamentais, sem se descuidar, obviamente, de apresentar soluções que sirvam, em uma visão ampla, para a manutenção ou restauração da segurança pública" ("Teoria Constitucional do Direito Processual Penal: limitações fundamentais ao exercício do direito de punir no sistema jurídico brasileiro". Tese de Doutorado. Recife: Faculdade de Direito/UFPE, 2005, p. 269).

⁶⁹⁵ OÑA NAVARRO, Juan Manuel de. Op. cit., p.169.

acusado em oposição ao *ius puniendi* do Estado⁶⁹⁶ não mais atende às exigências do Estado Constitucional de Direito. O direito de defesa possui outra dimensão. Como adverte o autor Juan Manuel de Oña Navarro, a definição liberal apenas leva em consideração a dimensão passiva do direito de defesa, de reação à invasão ao direito individual. Na sua dimensão ativa, o direito de defesa reclama "la tutela jurídica del Estado en protección de sus derechos que cree perturbados o violados"⁶⁹⁷. É por isto que a Constituição espanhola consagra o direito fundamental de defesa na sua acepção ativa (art. 24.1), exigindo a intervenção judicial em proteção aos direitos individuais, por meio da tutela judicial efetiva.

6.5. *O Estado de Direito real versus o Estado de Direito ideal*

A investigação científica não nega que a sociedade se guia segundo um sentimento de uma classe superior. Leia-se também que o *sensu superior* pressupõe uma disposição de maioria, cujo esforço único se volta ao domínio da minoria. Assim, o Direito Penal adquire a configuração da opinião dominante. Segundo explica Stuart Mill (1806–1873), “uma grande parte da moralidade do país emana dos interesses de sua classe, e de seus sentimentos de superioridade de classe”⁶⁹⁸.

O mundo de cada indivíduo resume-se ao seu círculo de vida social; nada mais é do que sua classe de sociedade, seu partido, sua igreja etc. Pode-se dizer que é assim que o homem tende a negar o que não pertence ao seu universo⁶⁹⁹. O efeito nocivo disso acontece quando os valores de uma época se materializam pelo Direito Penal, transpondo-se longe do olhar crítico do jurista aos períodos subseqüentes, silenciosamente perpetuando estigmas⁷⁰⁰, os quais, muitas vezes, fortalecem um sistema não oficial de controle, exclusivamente fundado na opinião dominante como uma verdade absoluta.

De tal modo, Zaffaroni e Piarangeli apontam que as formas de controle social ocorrem de maneira difusa (p. ex., pela família, sociedade, religião, imprensa, educação etc.) ou institucional. O controle institucional divide-se em não-punitivo (p. ex., Direito Privado) e punitivo (Direito Penal). O controle punitivo pode ser formalmente punitivo e materialmente

⁶⁹⁶ Juan Manuel de Oña Navarro define o direito de defesa assim: "es el derecho que habilita para ele ejercicio de las facultades reconocidas al imputado por las leyes sustantivas y procesales que le permiten oponerse a la pretensión penal que en el ejercicio del *ius puniendi* corresponde al Estado" (op. cit., p.169).

⁶⁹⁷ Ibid, p. 170.

⁶⁹⁸ "Ensaio Sobre a Liberdade". Trad. Rita de Cássia Gondim Neiva, São Paulo: Escala, 2006, p. 23.

⁶⁹⁹ Ibid, p. 38.

⁷⁰⁰ Ibid, p. 54.

punitivo. O Direito Penal configura o controle formal punitivo, mas não esgota ou impede a ação do controle material. O tratamento que a sociedade dispensa aos idosos e às crianças ou a postura como a autoridade policial trata criminosos são exemplos de controles institucionais materialmente punitivos⁷⁰¹.

O Estado de Direito da realidade se submete a modelos de controle materiais que contrariam o Estado de Direito ideal (teórico), apenas formalmente estabelecido na lei. Dados os efeitos da realidade, o direito de defesa formal dificilmente suplanta as dificuldades do sistema punitivo material, preparado para punir os estranhos – pobres e miseráveis na sua maioria.

A questão se agrava com o surgimento de uma política estatal internacional voltado ao combate do terrorismo, favorecendo o aparecimento de leis penais que restringem o direito de defesa em busca de uma maior efetividade da persecução penal⁷⁰². Como se teme, o endurecimento da legislação penal não distingue os meramente hipossuficientes que, muitas vezes, recebem os mesmos tratamentos conferidos aos perigosos e ameaçadores.

Segundo assinala Piñol Sala, a política antiterrorista provocou um freio na abertura da legislação penal, que caminhava em direção a um rompimento com o modelo fascista⁷⁰³. O Brasil não é exceção a este fenômeno internacional de refreio das garantias penais. Todavia, a política repressora daqui não necessariamente descende de um movimento internacional antiterrorista, mas, sobretudo, por força dos crescentes índices de criminalidade.

Tal qual adverte Zaffaroni, existe uma distinção entre o Estado de Direito histórico – do mundo da realidade – e o Estado de Direito ideal, do mundo teórico. Na verdade, nunca houve um Estado de efetiva submissão à lei⁷⁰⁴.

No Estado de Direito ideal, o poder punitivo somente se exerce pelo processo, mas, no Estado de Direito real, o poder punitivo também acontece por outras formas. Quanto maior o poder punitivo do Estado fora do processo, maior será sua aproximação do Estado de Polícia; ao contrário, quanto menor o poder punitivo fora do processo, mais se aproxima o Estado de Direito real do Estado de Direito ideal⁷⁰⁵.

⁷⁰¹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIARANGELI, José Henrique. “Manual de Direito Penal Brasileiro”. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 68.

⁷⁰² PIÑOL SALA, Nuria K. Incomunicación del Imputado y Restricciones al Derecho de Defensa: a propósito del derecho a la entrevista previa regulado en el art. 197 del CPPN. “Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal”. Buenos Aires: Ad-Hoc, n. 5, fascículo 9B, p. 341-371, oct.-1999, p. 367.

⁷⁰³ Ibid, p. 370.

⁷⁰⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Las ideas básicas en la relación defensa pública - Estado de Derecho. “Periódico Pena y Estado”. Buenos Aires, v. 5, fascículo 5, p. 17-20, 2002, p. 17.

⁷⁰⁵ Ibid, p. 17.

O Estado inquisitivo anda à sombra do Estado de Direito. Embora o sistema acusatório indique o predomínio do direito de defesa e a divisão de tarefas entre as partes, a repressão penal de emergência tem reconduzido para o sistema jurídico elementos do processo inquisitivo⁷⁰⁶, notadamente quando já não se credita tanto valor à presunção de inocência.

O processo penal preocupa-se menos com o direito de defesa efetivo do que com a efetivação do direito material. Quando se trata de efetivação do direito de defesa, cabe inicialmente cuidar da efetivação do direito de ser ouvido. Em um aspecto formal, o direito de ser ouvido compreende apenas a possibilidade de falar em juízo. Mas como assegurar a este direito o caráter efetivo (material), que permita a adequação do direito ao silêncio com o princípio da ampla defesa? Respondendo à questão, é possível completar que o direito ao silêncio existe como direito que socorre aos interesses do acusado, mas não é se falar em direito ao silêncio quando o acusado simplesmente silencia por falta de possibilidade de produzir alguma informação acerca do caso. O direito à audiência implica, materialmente, o direito de poder influenciar a decisão judicial⁷⁰⁷, isto é, de participar efetivamente do resultado do processo.

No Processo Penal, o direito material exerce sua parcela de interferência. Todavia, sendo o particular a parte mais fraca da relação, o direito de defesa justifica-se como um forte elemento limitador dos poderes do Estado. Na relação penal, o direito de defesa ainda conserva muitas de suas características básicas do modelo liberal clássico, o que já não acontece na mesma intensidade com o processo civil, no qual o direito de defesa divide com maior intensidade o espaço com a necessidade de tutela jurisdicional efetiva.

Enquanto o Processo Civil se rende à efetivação dos direitos materiais, o Processo Penal mostra-se relativamente indiferente ao direito material. No entanto, existem muitos exemplos claros no sentido de que as normas penais também absorvem conceitos próprios do Direito Penal. O instituto de suspensão condicional do processo (art. 89, Lei n. 9.099/95), por exemplo, traz para o processo a análise de circunstâncias de direito material, tanto que para a concessão benefício é exigida a presença dos requisitos da suspensão condicional da pena (art. 77, CP).

⁷⁰⁶ Ibid, p. 18.

⁷⁰⁷ MALARINO, Ezequiel. El Examen de las Actuaciones con Anterioridad a la Declaración del Imputado: a la vez, un alegato en favor de las facultades activas de intervención de la defensa en la investigación penal preparatoria. "Nueva Doctrina Penal". Buenos Aires: Editores del Puerto, Fascículo B, p. 459-495, 1999, p. 490.

O modelo do processo liberal ainda influencia a legislação processual penal. O Poder Executivo exerce forte influência sobre a execução penal. O legislador nunca escondeu o desejo de limitar, cada vez mais, os poderes do Judiciário na esfera penitenciária, tanto que chegou a estipular um regime integralmente fechado para o cumprimento das penas dos crimes hediondos, assunto posteriormente considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal⁷⁰⁸.

Dessa forma, a constitucionalização da garantia de defesa tem permitido a sua abrangência supralegal, ou seja, a ampla defesa não se limita a mero sentido elementar de obediência aos procedimentos legais. Discorrendo sobre o que chama de direito constitucional da defesa, Pontes de Miranda (1892–1979) evoca a nulidade de todo o processo que não a garanta, ainda que tenha havido obediência à lei⁷⁰⁹. Em favor da instalação de uma concepção constitucional, livra-se a defesa do sentido deletério, meramente formal. Neste sentido, Pagliarini enfatiza que “o direito de defesa não é resumido num simples direito de manifestação num processo”⁷¹⁰. Por conseguinte, a defesa não se reduz ao sentido técnico dado pela lei, mas, ademais, refuta todo procedimento que dificulte o seu pleno exercício, sendo, portanto, inconstitucionais os prazos ou termos legais que a excluam ou a cerceiem⁷¹¹. Com efeito, considera-se a defesa ínsita ao *devido processo legal*⁷¹².

As palavras de Pontes de Miranda devem ser reiteradas:

O conceito de defesa não é deixado inteiramente à lei. A lei tem de ser concebida de modo tal que nela se assegure a defesa, a que se refere o preceito. Existe, porém, conceito a priori de defesa, pelo qual se tenha de moldar a defesa organizada pelas leis processuais? Tal conceito não existe; mas existe algo de mínimo, aquém do qual não mais existe a defesa. É interessante meditar-se sobre esse ponto que leva os tribunais, na apreciação da constitucionalidade das leis processuais penais, à verificação in casu diante dos textos, da violação, ou não-violação, do que se prometeu na Constituição. É escusado invocar-se o § 25 quando a lei contém preceitos que ministram meios e recursos à defesa. Mas é de alta monta quando aos acusados parece que a letra da lei ou a sua interpretação não atendeu ao que o preceito declara ser direito constitucional⁷¹³.

⁷⁰⁸ O plenário do STF declarou a inconstitucionalidade incidental do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, por considerar que o dispositivo violava a garantia constitucional de individualização da pena (art. 5º, LXVI, CF). Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, 23/2/2006, inf. n. 418/06.

⁷⁰⁹ MIRANDA, Pontes. “Comentários à Constituição de 1946”. V. 3, Rio de Janeiro: Henrique Cahen, 1947, p. 339.

⁷¹⁰ Contraditório e Ampla Defesa: direitos humanos e principais garantias processuais. “Revista dos Tribunais”. São Paulo, ano 90, v. 784, p. 459-482, fevereiro de 2001, p. 467.

⁷¹¹ MIRANDA, Pontes. Op. cit., p. 342-3.

⁷¹² Como registra Pontes de Miranda, o “requisito da defesa” está “implícito na expressão by the law of the land” (op. cit., p. 345). Segundo o autor, quando o enunciado normativo do § 27 da Constituição de 1946 estabelece que ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente e na forma de lei anterior, na verdade não se reporta ao princípio da anterioridade penal, mas ao by the law of the land (devido processo legal), do qual se origina como básico a garantia de defesa (op. cit., p. 345).

⁷¹³ Ibid, p. 339.

Na medida em que o *due process of law* propicia ao cidadão amparo contra arbitrariedades do Estado, fica fácil entender que o processo onde se apura a garantia de defesa não se mostra como uma singela ordenação de atos. Hoje em dia, o processo se reveste de forma e conteúdo necessariamente ligados àquela cláusula superior.

O acesso à justiça determina ao sistema jurídico do Estado Constitucional de Direito o cumprimento de dois imperativos imbricados, a saber, a igualdade material e a produção de resultados justos. No passado, o Estado Liberal privilegiou unicamente o acesso formal, não se importando com sua efetividade⁷¹⁴. Quanto mais beneficiar a igualdade material, mais efetividade oferecerá o sistema jurídico, porém, evidentemente, não nos iludamos com a perfeita efetividade, tampouco com utópica igualdade plena⁷¹⁵. Entre outros motivos, os próprios custos com advogados representam obstáculos ao acesso e causas das desigualdades congênicas das partes.

A questão do acesso também suportou ondas de conceitos. Como disseram Cappelletti e Garth, a primeira onda buscou a assistência judiciária; a segunda dirigiu suas forças para os interesses difusos e a terceira etapa finalizou pela ampliação dos conceitos anteriores, implicando a reformulação do processo, mediante a instituição de juízes leigos ou a adaptação dos procedimentos à natureza do litígio etc⁷¹⁶.

No caso brasileiro, não parece próprio discorrer em ondas de acesso. Segundo entendemos, a idéia de ondas pressupõe a de movimento que se avoluma em decorrência de uma força anterior, da qual provém, esparramando-se em uma circulação contínua de impulsos. O Estado brasileiro sequer transpôs o estágio da assistência jurídica, não obstante tenha preferido pular esta etapa, como se fosse possível alinhar a implementação dos passos seguintes sem o seu acatamento. Em qualquer que seja o processo, civil ou penal, descabe conversar sobre efetividade sem o cumprimento de uma condição mínima à existência da igualdade material, ou seja, nomeadamente, sem a execução pelo Estado de um programa de assistência jurídica efetiva.

Contudo, o processo do Estado Democrático não se prende fatalmente à inércia do Estado para com a assistência jurídica. Cabe ao juiz superar este obstáculo sendo ele próprio o agente garantidor dos direitos individuais, sem que isto implique quebra da imparcialidade, mas que signifique uma nova postura ética. Portanto, é da essência do processo o

⁷¹⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. "Acesso à Justiça". Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 8 e 9.

⁷¹⁵ Ibid, p. 15.

⁷¹⁶ Ibid, pp. 70, 71 e 75.

contraditório efetivo, sem o qual descabe reconhecer o acesso à justiça penal. A terceira onda é isto. É a busca dos direitos substantivos fundamentais, provendo o processo do papel de instrumento e complemento de acesso a tais direitos.

E esta luta somente será vencida mediante a reformulação do conceito unitário de Justiça. Ainda cabe espaço para a construção de uma malha de Justiça Social⁷¹⁷, sendo o juiz agente operador deste sistema.

No modelo brasileiro, os Juizados Especiais podem cumprir, adequadamente, uma função garantista, desde que o juiz esteja consciente de que não se encontra num sistema punitivo tradicional, assentado sob princípios não voltados à solução efetiva ou pacífica dos problemas sociais⁷¹⁸. O Juizado Criminal não equivale a uma justiça criminal em miniatura, mas inaugura uma justiça social decisivamente dependente da mudança de mentalidade de quem opera os seus mecanismos⁷¹⁹. A terceira onda não dá expressão a uma Justiça pobre para os pobres, mas sim viável aos pobres⁷²⁰. Especificamente em relação ao Juizado Criminal, o perigo sempre será torná-lo uma Justiça para pobres ou uma representação mal-acabada do modelo judiciário tradicional, destinado, exclusivamente, ao controle da massa social.

6.6. O Direito Penal como fronteira para as classes sociais. O duplo vértice da garantia de defesa pela diferenciação conforme a posição social do acusado

6.6.1. O lugar do acusado na cultura

Modernamente, foi Lombroso (1835–1909) quem trouxe para o Direito Penal o método indutivo que lhe permitiu construir uma ciência intolerante com o anômalo, tributando reverência a muitos preconceitos sociais. Culturalmente, o ser humano ordena

⁷¹⁷ Ibid, p. 93.

⁷¹⁸ Deve ser reconhecida a ineficácia dos Juizados Especiais Criminais para cuidar dos assuntos envolvendo a violência doméstica. Com segurança, pode-se dizer que não houve nenhuma significativa mudança legislativa no tratamento penal da violência doméstica desde a Constituição de 1988. Com frequência, as doações de cestas básicas ou prestações pecuniárias dos Juizados Especiais não conseguiram deter os crescentes índices da criminalidade contra a mulher. A Lei n. 11.340/06, que instituiu o Juizado de Família, cria um sistema de proteção da mulher, permitindo que o juiz adote medidas eficazes, desde a decretação da prisão preventiva do marido até o estabelecimento de pensão alimentícia, separação de corpos, restrição do porte de armas e restituição de bens indevidamente subtraídos. Segundo a lei, uma vez instaurado um procedimento policial para apurar violência doméstica, a vítima somente poderá desistir numa audiência formal perante o juiz.

⁷¹⁹ Cf. FERNANDES, Fernando. “O Processo Penal como Instrumento de Política Criminal”. Coimbra: Almedina, 2001, p. 164.

⁷²⁰ Cf. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Op. cit., p. 165.

setorialmente seu conhecimento, atribuindo conceitos às coisas e aos indivíduos, conforme as castas que julgam pertencer. À sombra de um conceito de boa ou má sociedade, estão os atributos que nos fazem pertencer a um ou outro agrupamento. Como explica Gadamer (1900–2002), tanto os gostos como “os juízos são julgamentos do individual com vistas a um todo, a ver se ele se ajusta a todos os outros, se ‘combina’”⁷²¹.

Freqüentemente, somos submetidos às categorias estéticas, tais como bom, ruim, bonito, feio, rico, pobre, cidadão, acusado, culpado, inocente, perigoso, confiável, estranho, normal, comum, diferente, branco, negro, excêntrico e ordinário⁷²². Por isto, seria possível afirmar, como o faz Nietzsche, que as leis penais, portanto, “não revelam o que é um povo, mas somente aquilo que lhe parece estranho, esquisito, monstruoso, exótico”⁷²³. Antes dele, Platão (428/27–347 a.C.) já afirmava ser “natural apreciarmos os que julgamos honestos e detestar os que consideramos maus”⁷²⁴. A cultura constrói esses juízos pré-moldados, influenciando, em um espaço e tempo, a produção da lei e interpretação decisiva dos fenômenos, porque o Direito se nutre da sociedade, de onde recolhe seus valores⁷²⁵. Não existe sociedade sem que ocorra a diferença entre maus e honestos⁷²⁶.

Na sociedade contemporânea, o predomínio do etnocentrismo divide as pessoas em certas e erradas⁷²⁷, conforme pertençam ou não a um grupo. O sujeito julga o mundo segundo a visão da sua sociedade, atribuindo valores negativos a tudo que não corresponda ao padrão social que lhe é estabelecido, adotando como marcos objetivos de diferenciação “a família e a linhagem, a riqueza, a utilidade funcional, a instrução, a religião e as características biológicas”⁷²⁸. As pessoas se comparam, avaliando o melhor e o pior em cada uma delas, freqüentemente, formando juízos falsos a partir de uma visão etnocêntrica⁷²⁹.

⁷²¹ Ainda segundo Hans-Georg Gadamer, o conceito de gosto possui, originalmente, “um cunho muito mais moral do que estético”; somente mais tarde, é que se estabelece como ‘espírito do belo’. Como diz, sob o ideal de bom gosto “forma-se aquilo que, desde então, se denomina a ‘boa sociedade’” (“Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica”. 7ª. ed., Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2005, pp. 74-5).

⁷²² Todas estas categorias dividem-se em gênero e espécies, de modo que várias podem ser contidas por um único conjunto abrangente.

⁷²³ “A Gaia Ciência”. Trad. Antonio Carlos Braga, São Paulo: Escala, 2006, p. 70.

⁷²⁴ “A República”. Trad. Enrico Corvisieri. São Paulo: Nova Cultura, 2000, p. 14.

⁷²⁵ Cf. LUHMANN, Niklas. “Sociologia do Direito”. V. 1, Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 34.

⁷²⁶ Cf. ROUSSEAU, Jean-Jacques. “Discurso sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens; Discurso sobre as Ciências e as Artes”. V. 2, Trad. Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultura, 2000, p. 150. Este autor conclui que cresce o ódio entre os homens conforme os interesses se cruzam em sociedade (op. cit., p. 127).

⁷²⁷ FICHTER, Joseph H. “Sociologia”. Trad. Hebe Guimarães Leme. São Paulo: Pedagógica e Universitária, 1973, p. 231.

⁷²⁸ Ibid, p. 348.

⁷²⁹ Ibid, p. 349.

Como enfatiza Joseph H. Fichter, “o etnocentrismo é um dos maiores obstáculos à objetividade científica, e é a fonte de padrões de preconceitos, de intolerância, de discriminação e de estereótipos”, causando distância social, mesmo entre aqueles que estejam próximos fisicamente⁷³⁰. A sociedade se estabelece por valores, gradualmente diferentes, tanto quanto os delitos se sujeitam às penas graduais. Em uma sociedade plural, os bens jurídicos resguardados devem ser iguais para todos. Inconcebível, portanto, que o Direito Penal adote o valor de um grupo arbitrariamente, segundo uma visão etnocêntrica.

Depois de ter falado sobre tudo isso, noto que a imprensa também manipula a palavra em favor do preconceito⁷³¹ para com os *estranhos à comunidade*. Isto acontece, por exemplo, quando se reporta aos predicados daqueles que cometem crimes, indiretamente justificando o ilícito pela origem *miserável* da pessoa, fazendo crer que somente os pobres e desassociados cometem ilícitos. Quando se noticia que um pobre cometera determinado crime, não sem frequência, a informação transmite a justificativa de que a sua origem motivara a ocorrência, mesmo sem existir evidências neste sentido. Tomando de empréstimo um exemplo de Breton, a informação de que um jovem nordestino agiu em detrimento de um homem branco pode ocultar o julgamento preconceituoso de que o crime fora praticado por razões de sua origem geográfica, mesmo quando ela não possui qualquer relação plausível com o fato⁷³².

Ao revés, quando o autóctone⁷³³ comete um crime, não raramente a notícia é repercutida devidamente por desafiar surpresa, como se não fosse normal a prática de infrações por pessoas consideradas socialmente bem posicionadas. Em relação a estas pessoas, não existe a expectativa de que possam violar a lei. Em inúmeras decisões, os tribunais argumentam que primariedade e residência fixa não excluem a possibilidade de prisão preventiva, mas, no entanto, quando se enfocam casos dos membros da comunidade, empregam-se estes mesmos fundamentos para justificar a liberdade.

Afinal, somente pertencemos ao gênero humano quando considerados fora da sociedade. Apropriadamente, adverte Ralf Dahrendorf que não se deve considerar o homem

⁷³⁰ Mediante um processo mental que hierarquiza a pessoa, age-se mesmo disfarçadamente sob a ingênua bandeira do patriotismo. O ato individual equivalente a este fenômeno chama-se egoísmo (FICHTER, Joseph H. Op. cit., p. 231).

⁷³¹ Cf. BRETON, Philippe. “A Manipulação da Palavra”. Trad. Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Loyola, 1999, p. 149.

⁷³² Ibid, p. 92.

⁷³³ O termo autóctone está sendo empregado no sentido mais genérico possível, em oposição à noção de estranho à comunidade. Portanto, no sentido rigoroso do termo, não estamos nos referindo aos povos autóctones propriamente ditos, os quais envolvem aquele grupo de pessoas com os mesmos traços culturais, históricos e étnicos. Sobre a noção de povos autóctones, que não se confunde com o conceito estrito das minorias, cf. ROULAND, Norbert (Org.). “Direito das Minorias e dos Povos Autóctones”. Trad. Ane Lize Spaltemberg. Brasília: Universidade de Brasília, 2004, p. 465.

abstratamente, mas sim socialmente, ou seja, é preciso considerá-lo em seu contexto social⁷³⁴. É a sociedade, portanto, que cria esses tipos impregnados de carga axiológica, verdadeiras variações sociais do homem, e o próprio jurista, reservadamente, também as reconhece quando as ignora, muitas vezes sob a desfaçatez de que todos são (abstratamente) iguais perante a lei. Além disso, conforme se torna a sociedade mais complexa, “todos os planos da generalização são mais fortemente exigidos”⁷³⁵.

O preconceito, que pode ser positivo ou negativo, muitas vezes se perpetua devido a qualquer lei penal, arraigada pelos valores de um passado distante. Seguindo este caminho, Gadamer explica que “no procedimento da jurisprudência preconceito é uma pré-decisão jurídica, antes de ser baixada uma sentença definitiva”. Para o autor, o litigante objeto de algum preconceito social pode ter suas chances defensivas reduzidas⁷³⁶.

No caso específico dos acusados, percebe-se que, culturalmente, a sociedade não os inclui dentro da mesma classe onde estariam os inocentes, muito embora a Constituição exija esse imperativo. O Estado Cultural está em desacordo com o Estado Constitucional de Direito. Estar classificado como pobre-perigoso-estranho-diferente ou como rico-belo-normal-reputado faz toda diferença. Estas categorias, quando reunidas em uma única pessoa, estimulam a realização de juízos negativos ou positivos sobre ela. Testemunhas e vítimas menos instruídas não raramente precipitam juízos a partir dos conceitos extraídos destes predicados, quando não são elas próprias rotuladas segundo alguma ordem social.

Quando se envolvem em processos penais, os reconhecidos como *estranhos à comunidade* (pobre, ameaçador, diferente etc.) são perigosamente aproximados dos culpados, ao contrário do grupo das pessoas reconhecidas como *da comunidade*, onde estão os socialmente *bem-sucedidos*. Por tal razão, muitos dos casos no plenário do Júri circunscrevem-se exclusivamente em torno da disputa das categorias pessoais do acusado e da vítima⁷³⁷.

Em função da assimetria constitutiva entre a lei e muitos dos conceitos sociais, cabe ao juiz o dever de corrigir tais deformações estruturais quando da aplicação do Direito,

⁷³⁴ "A Lei e a Ordem". Trad. Tamara D. Barile. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1997, p. 45.

⁷³⁵ LUHMANN, Niklas. Op. cit., p. 104.

⁷³⁶ Op. cit., p. 360.

⁷³⁷ Em pesquisa realizada com os jurados do Tribunal do Júri de Recife/PE, constatou-se que mais da metade dos entrevistados afirmaram sofrer influência dos antecedentes sociais do acusado no momento de condenar, assim como também a maioria confirmou sopesar a sua primariedade para absolver. De tudo, também restou demonstrado que pessoas oriundas da iniciativa privada ou pertencentes a camadas sociais periféricas não integravam, significativamente, a lista de jurados, de modo que reproduzisse o universo dessa Comarca (VAINSENER, Semira Adler; FARIAS, Ângela Simões de. “Condenar ou Absolver: a tendência do júri popular”. Rio de Janeiro: Forense, 1997, pp. 49, 61 e 139).

porque, como afirma Urbano Zilles, “numa cultura viva as categorias exigem permanente revisão crítica”⁷³⁸. A função da doutrina também deve pautar-se por esta orientação. Não se espera que o intérprete apenas cumpra uma função de legitimador asséptico da legislação⁷³⁹. O sistema constitucional de garantias, não obstante funcione abstratamente, atravança não somente diante das práticas legislativas infraconstitucionais, mas, como não devia suceder, também pela maneira de condução do processo judicial. Portanto, não se ajusta ao Processo Penal do Estado Constitucional de Direito o respaldo às intolerâncias sócio-culturais, tanto que, não sem motivo, a Constituição veda qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI). Os juízos discriminatórios refreiam a ampla defesa porque situam a discussão apenas no âmbito dos valores socialmente discordantes, que tornam as pessoas imotivadamente desiguais. A justiça precisa alcançar as pessoas humildes⁷⁴⁰, uma vez que, são os grupos sociais vulneráveis os que mais sentem a reação (punitiva) da sociedade brasileira⁷⁴¹.

Como golpeia Nietzsche (1844–1900), se todos os homens fossem iguais, ninguém mais teria necessidade de direitos⁷⁴². De fato, a democracia dissimula a existência de uma sociedade real onde predomina a hierarquia entre o homem e o homem⁷⁴³. Os estranhos, socialmente desiguais, têm o direito ao cuidado que lhes permita a igualdade com os membros já inseridos na comunidade. É preciso inferir, desde logo, que a igualdade somente se alcança quanto mais diferentemente forem tratadas as pessoas desiguais. E isto também se aplica à Ciência Penal. Constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil erradicar a pobreza e a marginalização (art. 3º, III, CF-88), mas, de fato, são os pobres e marginais – e não a pobreza e a marginalização – que estão sendo erradicados pelo processo penal

⁷³⁸ “Teoria do Conhecimento e Teoria da Ciência”. São Paulo: Paulus, 2005, p. 122.

⁷³⁹ Alberto M. Binder assinala que os teóricos do direito da Argentina não ensinam para o fortalecimento do Estado de Direito, mas sim para o fortalecimento do poder inquisitivo do Estado (Relaciones entre Dogmática Penal y la Política Criminal. In: CÓPPOLA, Patricia (Comp.). “Derechos Fundamentales y Derecho Penal”. Córdoba: INECIP, 2006, p. 55). Segundo o autor, a tarefa da dogmática deve ser a reconstrução dos limites do poder punitivo. Ele chega a afirmar que 80% da produção acadêmica argentina gira em torno da justificação do poder punitivo (op. cit., p. 49).

⁷⁴⁰ CICERÓN. “Sobre los Deberes”. Trad. José Guillén. Madrid: Tecnos, Alianza Editorial, 1989, p. 80.

⁷⁴¹ Cf. RABENHORST, Eduardo R. A Última Ratio do Direito de Punir: a propósito de um texto de Danilo Zolo. “Verba Juris. Anuário da Pós-Graduação em Direito”. João Pessoa, v. 1, jan./dez., p. 39-49, 2002, p. 49.

⁷⁴² Para Nietzsche, não existe possibilidade de igualdade entre os homens, porque os direitos comprovam o contrário, ou melhor, sempre estabelecem privilégios (MELO, Eduardo Rezende. “Nietzsche e a Justiça: crítica e transvalorização”. São Paulo: Perspectiva, FAPESP, 2004, pp. 52 e 175). Neste sentido, reconhecer o oprimido, como o fez o cristianismo, é demonstrar a superioridade de uns sobre os outros (MELO, Eduardo Rezende. Op. cit., p. 48). Segundo o filósofo, “a igualdade de direitos é, portanto, expressão da decadência, do condicionamento, exigência e suscitação de nossas virtudes por um certo modo de vida, débil e frágil” (MELO, Eduardo Rezende. Op. cit., p. 153).

⁷⁴³ “Além do Bem e do Mal: prelúdio de uma filosofia do futuro”. Trad. Antonio Carlos Braga, São Paulo: Escala, s. d., pp. 54, 114-5, 149 e 183.

meramente procedimental⁷⁴⁴. O sistema penal não deve voltar-se ao objetivo prático de controle da criminalidade individual dos *estranhos à comunidade*, ignorando, muitas vezes, a teoria dos bens jurídicos. O *devido processo legal*, quer em sua modalidade procedimental, quer na substantiva, presta às correções das desigualdades. A igualdade no Processo Penal, como anota Paula Bajer Costa, confere o direito à “defesa efetivamente produzida”⁷⁴⁵.

Agora, já no Estado Constitucional de Direito, irrompe-se a igualdade formal das pessoas, idealmente pertencente a um único gênero humano. De fato, a vida em sociedade nos torna diferentes, contudo, nomeadamente no âmbito da defesa penal, urge abolir qualquer forma de categorização social ou de discriminação de gênero.

Beccaria (1738–1794) foi pioneiro ao levantar a voz contra a discriminação no processo penal porque, para o filósofo, não havia justificativa para a proibir testemunhos de mulheres, condenados e infames, mesmo quando propensas a dizer a verdade⁷⁴⁶. Ao que parece, a questão ainda continua na ordem do dia. Muitas vezes, o processo dá respaldo à classificação das pessoas segundo diferenças sociais ou mesmo em relação ao sexo ou à orientação sexual dela. A variabilidade sociocultural dos indivíduos reclama, por tudo, o debate da discriminação que acontece no processo penal⁷⁴⁷.

No universo do sistema penitenciário, cabe admitir que condenados homossexuais ou soropositivos, por exemplo, sofrem tais discriminações. Na produção da prova, a infundada benevolência para com a valorização de depoimentos de vítimas ou testemunhas *puídas*, em oposição ao descrédito dado às ditas *degeneradas*, viola a garantia de defesa. Muitas vezes, o acusado simplesmente não recorre a meios probatórios *respeitáveis* por impossibilidade das circunstâncias fáticas. Sobre o assunto, Luiz Vicente Cernicchiaro exarou importante julgado no Superior Tribunal de Justiça, cuja reprodução se impõe:

⁷⁴⁴ No sistema penal, convém exemplificar o caso das acomodações dos condenados, aos quais se assegura alojamento individual com área mínima de seis metros quadrados e condições de salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana (Lei n. 7.210/84, art. 88). Com relação aos presos provisórios especiais, tais como advogados, magistrados, ministros, admite-se o alojamento coletivo, mas desde que obedecidos os mesmos requisitos de salubridade garantidos aos condenados definitivos, com a única diferença que o recolhimento será em local distinto da prisão comum (art. 295, CPP). O STF reconhece o direito público subjetivo desses agentes públicos à cela especial, a ponto de não admitir a “negativa do Estado, sob pena de deferimento de prisão domiciliar” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 81.632-SP, DJ 21/03/03, inf. n. 301/03), mas a negativa dos mesmos direitos aos presos comuns definitivos não tem causado nos tribunais interpretação semelhante à que se confere aos presos especiais.

⁷⁴⁵ “Igualdade no Direito Processual Penal Brasileiro”. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 65.

⁷⁴⁶ “Dos Delitos e das Penas”, VIII. Nessa linha de raciocínio, Ricardo de Brito A. Freitas explica que o lema de Beccaria pode ser resumido em “penas da mesma natureza para crimes iguais, aplicadas do mesmo modo e de acordo com as mesmas regras processuais, tudo independentemente da condição social do acusado” (“Razão e Sensibilidade: fundamentos do Direito Penal moderno”. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 106).

⁷⁴⁷ ALMEIDA, Angélica de Maria Mello de. Da Reprodução da Discriminação de Gênero. “Boletim IBCCRIM”. São Paulo, n.131, p. 1-6, out. 2003.

PROCESSO PENAL - TESTEMUNHA - HOMOSSEXUAL - A história das provas orais evidencia evolução, no sentido de superar preconceito com algumas pessoas. Durante muito tempo, recusou-se credibilidade ao escravo, estrangeiro, preso, prostituta. Projeção, sem dúvida, de distinção social. Os romanos distinguiam - patrícios e plebeus. A economia rural, entre o senhor do engenho e o cortador da cana, o proprietário da fazenda de café e quem se encarregasse da colheita. Os Direitos Humanos buscam afastar distinção. O Poder Judiciário precisa ficar atento para não transformar essas distinções em coisa julgada. O requisito moderno para uma pessoa ser testemunha é não evidenciar interesse no desfecho do processo. Isenção, pois. O homossexual, nessa linha, não pode receber restrições. Tem o direito-dever de ser testemunha. E mais: sua palavra merece o mesmo crédito do heterossexual. Assim se concretiza o princípio da igualdade, registrado na Constituição da República e no Pacto de San Jose de Costa Rica⁷⁴⁸.

Designadamente nos casos dos delitos de estupro ou atentado violento ao pudor, a jurisprudência inclina-se ao predomínio da palavra da ofendida, mas não hesita mitigar o seu depoimento, quando ela se ajusta a algum padrão discriminatório, como acontece em relação às mulheres prostitutas ou apontadas como desregradas. O princípio da isonomia não permite que decisões judiciais, assentadas sobre doutrinas antiquadas, fundamentem juízos carregados de discriminações de gênero, transferindo para o processo a investigação em torno da tentativa de se (des)classificar a vítima, o acusado ou as testemunhas.

A orientação sexual não pode determinar a irrelevância de um depoimento, tampouco poderá motivar o reconhecimento da desfavorabilidade da conduta social do acusado, para fins de aumento da pena-base (art. 59, CP). Tais posturas, não somente impedem o acesso ao Judiciário, ao excluir essas pessoas (*des*)classificadas do processo, como também oficializam a política de rechaço dos *estranhos à comunidade*. Os juízos valorativos desta ordem – sequer tipificados como crime – são (pre)conceitos transitados em julgado no tempo e espaço de uma sociedade; contra eles não existe possibilidade de defesa, simplesmente porque dependem do amadurecimento da consciência coletiva. É a sociedade, como dito, que cria o preconceito. E, desta forma, não é ela própria a mantenedora do desvalor? Como, portanto, inculpar o indivíduo por carregar em si um demérito para o qual apenas concorreu a sociedade?

Em qualquer metrópole, as favelas, os conjuntos habitacionais periféricos e os cortiços apinhados de moradores mal dormidos dividem, geograficamente, a cidade dos excluídos, em contraste ao espaço urbano da elite civilizada, das residências e condomínios luxuosos⁷⁴⁹. No entanto, em larga escala, o garantismo penal e seu paradigma pós-positivista

⁷⁴⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. n. 154857/DF, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, 6ª T., 26/10/1998, p. 169, JSTJ 3/407; LEXSTJ 115/343; REVFOR 346/380; RT 763/537.

⁷⁴⁹ DELLA CUNHA, Djason B. "Crise do Direito da Regulação Jurídica nos Estados Constitucionais Periféricos: modernidade e globalização". Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2003, p. 52. Segundo Fichter, "toda grande cidade nos Estados Unidos tem seu Skid Row, um bairro ao qual vão ter os 'decaídos' da sociedade". Como explica, tal qual uma favela, o Skid Row "é um aglomerado de pessoas que desapidadamente foram chamadas

somente tem servido a uma destas cidades (ou a um destes Brasis), isto é, aos únicos membros da comunidade, em favor dos quais o acesso ao verdadeiro sistema constitucional quase sempre se dá sem atraso, ao passo que à plebe resta a sujeira penal legalista.

A situação se agrava por causa do ideal de sociedade assentada num modelo de status social indistinto para os jovens da periferia e das classes mais abastadas, estruturando uma pauta de desejos que não está igualmente ao alcance de todos.

Como sinal de anomia no Estado, Ralf Dahrendorf aponta a existência de zonas de exclusão urbana, locais nos quais a ação da polícia não interfere⁷⁵⁰. Como se constata, é o aumento do espaço da área de exclusão que reforça o sentimento de medo e impunidade generalizada. Com efeito, verificando-se empiricamente, muitos delitos acontecem acobertados por ambientes de imunidade, como sucede com as infrações praticadas em locais aparentemente *isentos* (repartições públicas, grandes empresas e até universidades⁷⁵¹), ou mesmo por meio da rede mundial de computadores, onde os agentes se acham fora da visão periférica do Estado. Porém, as zonas de exclusão não protegem apenas a criminalidade dos ricos e infratores, mas também a dos pobres que mantêm – principalmente, nas vias públicas dos grandes centros – comércios clandestinos e toda sorte de ilegalidade, reforçando a política oficiosa de *pseudodesconhecimento* destes *inimigos da comunidade*. Como frisa Rousseau (1712–1778), para assegurar a impunidade, os poderosos empregam força, e os fracos se servem de artimanhas⁷⁵².

Apesar de tudo, a polícia tende a ser mais eficaz quando os ricos são vítimas de crimes do que quando estão na condição de acusados. Em sentido oposto, a gente carecedora de um Estado Social sobrecarrega o foro criminal, alimentando uma mecânica burocracia penal de aplicação de pena *por carimbos*⁷⁵³. À custa da conservação desse padrão industrial, os chamados *operadores do direito* são efetivamente *operários* do engenho *kafikaniano* de

‘a escória’ da sociedade” (“Sociologia”. Trad. Hebe Guimarães Leme. São Paulo: Pedagógica e Universitária, 1973, p. 392).

⁷⁵⁰ “A Lei e a Ordem”. Trad. Tamara D. Barile. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1997, p. 32.

⁷⁵¹ Especificamente quanto às universidades, existe uma origem histórica para tais zonas de exclusão, que decorre dos primeiros sentidos conferidos à liberdade de cátedra. Em sua obra clássica do final do séc. XIX, J. Izidro Martins Junior explica que, já na Universidade de Bolonha, cultivou-se uma norma dos tempos de Frederico Barbaroxa, segundo a qual professores e estudantes gozavam de algumas imunidades criminais, dentre as quais constava a de que estudantes e professores não podiam ser perseguidos por autoridade policiais em razão de delitos praticados (“Compêndio de História Geral do Direito”. Recife: Livraria Contemporânea, 1898, p. 206).

⁷⁵² “Discurso sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens; Discurso sobre as Ciências e as Artes”. V. 2, Trad. Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultura, 2000, p. 128.

⁷⁵³ Joseph H. Fichter conclui que, nos Estados Unidos, as pessoas de classe alta são objeto de tratamento diferenciado pelos serviços públicos, notadamente no que tange à ação da polícia, menos eficiente para atender chamadas dos cidadãos considerados inferiores (Op. cit., p. 111).

condenar. A prática carcerária em nada condiz com o compromisso constitucional de prevalência dos Direitos Humanos (art. 4º, II, CF-88).

Por outro lado, a nossa tradição jurídica autoritária é implacável com os delitos patrimoniais individuais, embora a jurisprudência abrigue uma grande quantidade de casos indubitavelmente sujeitos ao princípio da insignificância⁷⁵⁴, como o furto de um pedaço de queijo⁷⁵⁵ ou de uma única folha de cheque⁷⁵⁶ – crimes característicos dos *estranhos à comunidade*. Como se adverte, os pobres são arrostados como *classes perigosas*, especialmente porque o sistema punitivo se ocupa muito mais deles, enquanto os crimes das classes mais abastadas, especialmente aqueles relacionados com o sistema financeiro, não são capazes de despertar a reação punitiva do Estado com a mesma intensidade⁷⁵⁷.

No Brasil, existe subjacente no seio dos tribunais uma jurisprudência específica para as pessoas desclassificadas, contra as quais se aplicam as garantias processuais. Como está sedimentado, o princípio da insignificância, por afetar a tipicidade material⁷⁵⁸, não se sujeita à análise de questões subjetivas do denunciado. A aplicabilidade deste princípio deve ser enfrentada ainda no ato do recebimento da denúncia, sob o enfoque da possibilidade jurídica do pedido ou do interesse processual. Não cabe inferir sua aplicabilidade fora da teoria do crime, isto é, sob o palio de elementos comuns à teoria da pena, mediante o exame de antecedentes, personalidade ou conduta social. No entanto, muitas vezes o princípio da insignificância não tem sido perfilhado com este sentido em relação aos delinquentes habituais⁷⁵⁹.

⁷⁵⁴ O Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo já chegou a afastar a aplicação do princípio da insignificância no seguinte julgado: Ap. n. 603.945/5, j. 07/05/90, 12ª Câm., Rel. Emeric Levai, RJDTACRIM 6/88.

⁷⁵⁵ Cf. BRASIL. SÃO PAULO. Tribunal de Alçada Criminal. Ap. n. 818.507/4, j. 19/04/94, 14ª Câm., Rel. Carlos Bonchristiano, RJDTACRIM 22/107.

⁷⁵⁶ Cf. BRASIL. SÃO PAULO. Tribunal de Alçada Criminal. Ap. n. 686.111/8, j. 02/05/94, 11ª Câm., Rel. Fernandes de Oliveira, RJDTACRIM 22/238.

⁷⁵⁷ PINHEIRO, Paulo Sérgio. O Controle do Arbítrio do Estado e o Direito Internacional dos Direitos Humanos. In: PINHEIRO, Paulo Sérgio; GUIMARÃES, Samuel Pinheiro (Org.). "Direitos Humanos no Século XXI: parte I". Brasília: Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais; Fundação Alexandre de Gusmão; Senado Federal, 1998, p. 337.

⁷⁵⁸ Reconhecendo a exclusão da tipicidade material, o Min. Celso de Mello do STF proferiu decisão cuja ementa ficou assim redigida: "Princípio da insignificância. Identificação dos vetores cuja presença legitima o reconhecimento desse postulado de política criminal. Conseqüente descaracterização da tipicidade penal, em seu aspecto material. Delito de furto. Condenação imposta a jovem desempregado, com apenas 19 anos de idade. "res furtiva" no valor de R\$ 25,00 (equivalente a 9,61% do salário mínimo atualmente em vigor). Doutrina. Considerações em torno da jurisprudência do STF. Cumulativa ocorrência, na espécie, dos requisitos pertinentes à plausibilidade jurídica do pedido e ao "periculum in mora". medida liminar concedida" (HC n. 84.412/SP, DJU 2/8/04, inf. n. 354).

⁷⁵⁹ Dois julgados do STJ exemplificam bem o assunto. No primeiro caso entendeu-se que fatores subjetivos determinam relevância à apreciação do princípio da insignificância: "... para o reconhecimento do aludido corolário (princípio da insignificância) não se deve considerar tão-somente a lesividade mínima da conduta do agente, sendo necessário apreciar outras circunstâncias de cunho subjetivo, especialmente àquelas relacionadas à

Enquanto isto, delitos de maior interesse público recebem um brando tratamento punitivo da lei. Os acusados por sonegação de contribuição previdenciária ou apropriação indébita previdenciária (arts. 168-A e 337-A, CP) se beneficiam pela suspensão da pretensão punitiva do Estado, durante o período do regime de parcelamento da dívida, extinguindo-se a punibilidade no instante em que efetuam o “pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios” (Lei n. 10.684/03, art. 9º)⁷⁶⁰. A lei precisa moldar-se aos valores constitucionais em proveito de todos.

A questão se agrava porque a polícia ainda não acompanhou a evolução do Estado Constitucional de Direito; está, em muitos aspectos, ligada ao poder político⁷⁶¹, o que, aliás, tem sido a marca de nossa história⁷⁶². Resultado: ninguém sabe o que é ou para quem é a lei.

Por isso, é frisante o problema da presunção do conhecimento da lei penal. Não há como, no tempo vigente, pautado por uma sociedade complexa, admitir-se esta presunção em caráter absoluto. Jorge de Figueiredo Dias aponta a inflação legislativa, o estilo técnico da lei e as controvérsias em torno de sua interpretação e aplicação, como fatores que tornam “absolutamente impossível, nos nossos dias, a afirmação de que é normal o conhecimento da lei”⁷⁶³. De fato, teríamos menos dificuldades para aceitar o contrário, ou seja, que ninguém conhece a lei. Tal presunção, para adequar-se à ampla defesa, somente pode ser recepcionada

vida pregressa e ao comportamento social do sujeito ativo, não sendo possível absolvê-lo da imputação descrita na inicial acusatória, se é reincidente, portador de maus antecedentes ou, como na espécie ocorre, reiteradamente pratica o questionado ilícito como ocupação” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 33.655-RS, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 01/06/04). No entanto, na mesma época, há julgado que se inclina pela exclusão das circunstâncias subjetivas no julgamento da aplicação do princípio da insignificância: “A lesividade da conduta, no delito de descaminho, deve ser tomada em relação ao valor do tributo incidente sobre as mercadorias apreendidas. Circunstâncias de caráter eminentemente subjetivo tais como reincidência, maus antecedentes e, também, o fato de haver processos em curso visando à apuração da mesma prática delituosa, não interferem na aplicação do princípio da insignificância, pois este está estritamente relacionado com o bem jurídico tutelado e com o tipo de injusto. Writ concedido” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 34.641-RS, Rel. Min. Felix Fischer, j. 15/06/04).

⁷⁶⁰ A sonegação de tributos estaduais tem recebido, acertadamente, o tratamento penal isonômico no âmbito de alguns tribunais: “Recurso em sentido estrito. Crimes contra a ordem tributária. Extinção da punibilidade. Já que pago o débito fiscal, assiste aos recorridos o direito da extinção da punibilidade, nos termos do artigo 9º, § 2º, da Lei nº. 10.684/03. Outrossim, conforme posicionamento deste órgão fracionário, é estendido à sonegação de tributos estaduais o benefício da extinção da punibilidade em caso de pagamento do débito tributário” (BRASIL. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Recurso em Sentido Estrito n. 70.011.076.379, 4ª C. Crim., Rel. José Eugênio Tedesco, j. 19/05/05).

⁷⁶¹ LEÃO, Nilzardo Carneiro. *Violência, Vítima e Polícia*. “Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária”. Brasília-DF, vol. 1, n. 11, p. 81-93, jan-jun./1998, p. 91-2.

⁷⁶² Como antecipa Nilzardo Carneiro Leão, a história do Brasil está marcada pela violência e pelo domínio do forte sobre o fraco. Para o professor, são representações da mesma violência o capitão-do-mato, o chicote, o tronco, as algemas, a tortura, a prisão e a morte (op. cit. p. 90); afinal, tudo isso mostra que a realidade brasileira vive um “tempo de violência”, um tempo em que, aparentemente, somente resta à polícia reagir com violência (op. cit., p. 93).

⁷⁶³ “O Problema da Consciência da Ilícitude em Direito Penal”. 4ª ed., Coimbra: Coimbra, 1995, p. 55. Cf. PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 603.

com natureza estritamente relativa, não interferindo no problema da consciência da ilicitude, porquanto esse desconhecimento deve dizer respeito apenas a uma obrigatoriedade abstrata⁷⁶⁴.

6.6.2. Um novo lugar para o acusado no sistema penal

Qualquer que seja o estudo em torno da indulgência para com os inimigos da comunidade, devemos julgar na devida conta a contribuição de John Locke (1632–1704) ao tema, muito embora a preocupação do autor parecesse desviada, especificamente, ao problema da tolerância religiosa. Com efeito, quando Locke questiona a existência de conceitos inatos (inerentes ao ser humano), inicia não somente a demolição dos fundamentos do Estado Absoluto, mas também das teorias justificadoras dos preconceitos sociais.

As formas de controle social, desde as mais elementares até a complexa instituição jurídica, estão tendenciosamente amparadas “por valores, ideais e preconceitos”⁷⁶⁵. A lei de contravenções (Decreto-Lei n. 3.688/41), por exemplo, acumula muito desses preconceitos quando tipifica a vadiagem (art. 59) e a mendicância (art. 60). No Código Penal, antigas expressões do tipo como *mulher honesta* ou *mulher virgem* estavam encharcadas de discriminação, submetendo a mulher a valores machistas, incompatíveis com a isonomia material⁷⁶⁶. Existe subjacente um jogo ideológico praticado pela lei, cuja aplicação inadequada pode colaborar para a formação de estereótipos e preconceitos⁷⁶⁷. De maneira geral, a opinião pública forma-se a partir de uma base irracional; no entanto, com o tempo, o indivíduo é levado a racionalizar suas conjecturas. Assim, neste processo de validação de sua opinião sobre determinado assunto, o indivíduo também considera o modo como Estado enfrenta tais questões⁷⁶⁸.

Na esfera legislativa infraconstitucional, é de se esperar desacertos ou divergências para com os fundamentos do texto constitucional, porque o código lingüístico do sistema

⁷⁶⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. Op. cit., p. 64-5.

⁷⁶⁵ Djason B. Della. “Sociologia Jurídica: Direito, cultura e cidadania”. Natal: Ágape, 1998, p. 47.

⁷⁶⁶ Foi revogada a expressão *mulher honesta*, que integrava os tipos de posse sexual mediante fraude (art. 215) e atentado ao pudor mediante fraude (art. 216). A condição de *mulher honesta* também era exigida para o revogado tipo de rapto violento ou mediante fraude (art. 219). Antes da nova redação conferida pela Lei n. 11.106/05, os tipos referidos possuíam o seguinte texto: Art. 215 - Ter conjunção carnal com *mulher honesta*, mediante fraude:(...); art. 216 - Induzir *mulher honesta*, mediante fraude, a praticar ou permitir que com ela se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal(...).

⁷⁶⁷ GUIMARÃES, Samuel Pinheiro. Direitos Humanos e Neo-Liberalismo. In: PINHEIRO, Paulo Sérgio; GUIMARÃES, Samuel Pinheiro (Org.). “Direitos Humanos no Século XXI: Parte II”. Brasília: Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais Fundação; Alexandre de Gusmão; Senado Federal, 1998, p. 1044.

⁷⁶⁸ LANE, Robert E.; SEARS, David O. “A Opinião Pública”. Trad. Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar, 1966, p. 122.

político move-se em função de um volátil núcleo binário governo/oposição – minoria/maioria. Agora, o sistema jurídico torna-se a caução da Constituição, porquanto não se subjeta a vicissitudes, militando na dependência do binômio lícito/ilícito – legal/ilegal, para a tomada de suas decisões⁷⁶⁹. Diante disto, o papel crítico do juiz se sobrepuja como pressuposto ao exercício da ampla defesa, porquanto o Poder Judiciário age como um engenho que filtra da lei os conteúdos nocivos à Constituição, que não podem ser retidos pela elasticidade do sistema político⁷⁷⁰.

A chamada *pós-modernidade* redescobre o indivíduo e restaura a filosofia do subjetivismo⁷⁷¹. Por outro lado, os jogos de linguagem, próprios da viragem lingüística contemporânea, assinalam em direção inversa, ampliando as possibilidades de decisões para cada demanda. Nesses termos, não cabe ao juiz criminal abandonar o humanismo em favor do individualismo de um novo Estado Liberal, porque, no Estado Constitucional de Direito, o juiz não somente age como um solucionador de casos, mas, acima de tudo, ele atua também como um garantidor de direitos individuais.

A modernidade propôs razão e igualdade formal, mas a contemporaneidade apenas colhe irracionalidade e desigualdade⁷⁷². A promessa *pós-moderna* para o tratamento penal deve ser recepcionada com certa suspeita, porquanto ainda sequer concluímos o processo de acabamento do regime garantista constitucional. Em adequada análise, o nosso modelo hermenêutico predominante guarda resquícios autoritários, incompatíveis com as pretensões de uma nova era penal, sem meios para, evidentemente, dar vazão à massa de delinquentes sociais, *inimigos da comunidade* e, conseqüentemente, carentes das promessas de um Estado Social.

A realidade não devia ser essa. No Estado Democrático Constitucional de Direito, os interesses contrários não se excluem, mas coexistem, de modo que estão lado a lado os interesses do meio ambiente e da economia, do indivíduo e da sociedade, da ordem e da desordem, da razão e da desrazão, da tradição e da evolução, do opressor e do oprimido, do empregador e de empregado, dos sem terra e dos latifundiários, dos abrigados e dos desabrigados, dos empregados e dos desempregados, dos excluídos e dos bem situados etc⁷⁷³.

⁷⁶⁹ CAMPILONGO, Celso Fernandes. “O Direito na Sociedade Complexa”. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 104.

⁷⁷⁰ É fácil estabelecer um sistema jurídico abstratamente; difícil mesmo é concretizá-lo (STRECK, Lenio Luiz. “Hermenêutica Jurídica e(em) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito”. 6ª. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 250).

⁷⁷¹ MAGALHÃES, Fernando. “Tempos Pós-Modernos”. São Paulo: Cortez, 2004, p. 86.

⁷⁷² STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., p. 235.

⁷⁷³ LEÃO, Nilzardo Carneiro. Op. cit., p. 83.

O novo horizonte do Direito Penal abre, com igual vigor, um novo panorama para a garantia de defesa. A compreensão da ampla defesa da contemporaneidade precisa publicizar-se, abandonar as armadilhas lingüísticas oriundas de resquícios autoritários liberais individuais, muitos dos quais transmitidos por precedentes e enunciados de súmulas deglutidos acriticamente pelo intérprete. Desde muito tempo, João Barbalho já incluía as perguntas capciosas dentro das restrições ao direito de defesa⁷⁷⁴.

É corrente afirmar-se que a falta de defesa gera nulidade absoluta⁷⁷⁵, mas nem sempre estamos de acordo com o que se entende por ausência de defesa. A ampla defesa da contemporaneidade precisa ser afirmada substancialmente porque, no Estado Constitucional de Direito, o valor liberdade deixa de ser uma promessa simplesmente formal. O *devido processo legal*, em seu aspecto substantivo, garante a igualdade na lei e apenas perante a lei. Hoje existe uma crise da legalidade e igualdade, decorrente da incerteza da aplicabilidade da lei para uns e outros não⁷⁷⁶.

Na transição para o Estado Constitucional também deveria ter ocorrido a reforma do sistema penal autoritário até então instalado⁷⁷⁷. Contudo, junto com a democracia, o grande crescimento populacional urbano dos últimos cinquenta anos trouxe o aumento da criminalidade, cujo combate ainda incumbe a um modelo penal antidemocrático e gerador de mais violência⁷⁷⁸. Neste sentido, o Brasil não deixou os porões da ditadura, hoje instalados

⁷⁷⁴ Beccaria, no décimo capítulo da obra *Dei Dellitti e Delle Pene*, desautoriza a sugestionabilidade dos interrogatórios. Pontes de Miranda registra o seguinte: “Já dizia João Barbalho (Comentários, 323): ‘Com a plena defesa são incompatíveis e, portanto, inteiramente inadmissíveis os processos secretos, inquisitoriais, as devassas, a queixa ou o depoimento de inimigo capital, o julgamento de crimes inafiançáveis na ausência do acusado, ou tendo-se dado a produção de testemunhas de acusação sem ao acusado se permitir reinquiri-las, a incomunicabilidade depois da denúncia, o juramento do réu, o interrogatório dêle sob coação de qualquer natureza, por perguntas sugestivas ou capciosas, e em geral todo procedimento que de qualquer maneira embarace a defesa. Felizmente, nossa legislação ordinária sôbre a matéria realiza o propósito da Constituição, cercando de precisas garantias o exercício dêsse inaferrível direito dos acusados, - para ela *res sacra reus*” (Apud MIRANDA, Pontes. “Comentários à Constituição de 1946”. V. 3, Rio de Janeiro: Henrique Cahen, 1947, p. 339).

⁷⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 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. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em 7/12/2006.

⁷⁷⁶ COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. “Igualdade no Direito Processual Penal Brasileiro”. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 74.

⁷⁷⁷ PRADO, Geraldo. “Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais”. 2ª ed, Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001, p. 48.

⁷⁷⁸ A organização criminosa Primeiro Comando da Capital (PCC), fundada na Casa de Custódia e Tratamento de Taubaté/SP em 1993, anuncia a realização de diretrizes de “ações organizadas simultâneas em todos os estabelecimentos penais do Estado, numa guerra sem trégua, sem fronteira, até a vitória final”. O Código de Conduta do PCC não deixa de antecipar, expressamente, o projeto de consolidar sua política, em médio ou longo prazo, também no âmbito do sistema penitenciário nacional. Em pouco mais de dez anos de existência, provando a sua habilidade para ordenar presos em torno de um objetivo comum, o PCC adquiriu um padrão de estrutura capaz de desafiar e revelar a fragilidade do amplo sistema penal. Esta guerra tem como uma das causas, sem dúvida, o descumprimento dos direitos humanos pelo próprio sistema penal.

dentro do próprio sistema carcerário. Os presos políticos de ontem são os órfãos sociais de agora, que conglomeram toda sorte de pessoas inaptas ou não assimiladas pela economia neoliberal.

Na verdade, a política criminal estatal pune em sua grande maioria aqueles que cometem crimes em razão da ausência ou ineficácia das políticas sociais. O Estado não recorre ao Direito Penal mínimo, mas o próprio Estado se faz mínimo e tenta compensar-se com uma política repressora máxima. Como anuncia Hassemer, a prevenção perdeu o seu sentido terapêutico para se transformar em um instrumento de intervenção contra a violência do inimigo⁷⁷⁹. Muito diferentemente, o Estado Constitucional não é o que se limita pelos direitos fundamentais, mas o que se funda nos direitos fundamentais.

É preciso não olvidar que muitos países ainda mantêm o apego ao modelo autoritário, mesmo havendo retornado ao espaço político democrático, notadamente porque “as instituições legais não foram alvo de reformas, e as práticas arbitrárias dos agentes estatais da polícia continuaram”⁷⁸⁰. O fim dos regimes autoritários do século passado não põe cobro, automaticamente, aos resquícios do modelo penal inquisitivo. É necessária a intervenção dos agentes estatais para que o sistema acusatório se instale sob uma ótica garantista. Isto significa nítida separação das funções de acusar, julgar e defender, de modo que estejam abertos o poder de acusar e o de defesa, ou seja, não somente significando a apresentação de uma denúncia ou de uma defesa prévia, respectivamente⁷⁸¹.

Numa sociedade complexa, o conflito entre os diversos grupos sociais intensifica-se em favor daqueles mais próximos do centro de poder. Quanto mais se afasta do centro, mais forte se torna a função simbólica do Direito Penal na solução de conflitos, como garantidor da hegemonia do poder central. É sob esta ótica que se impõe a necessidade estatal de criminalizar os marginalizados⁷⁸². Deduz-se, com efeito, que o Direito Penal age como fronteira das classes sociais. Os que cometem certos delitos pertencem a determinadas classes. Assim, o sistema penal tende a atuar em proveito das classes mais próximas do centro de poder. Note-se que a seleção de magistrados ocorre, predominantemente, dentre pessoas do

⁷⁷⁹ HASSEMER, Winfried. *El Destino de los Derechos del Ciudadano en un Derecho Penal Eficaz*. “Doctrina Penal: teoría y practica en las ciencias penales”. Buenos Aires, v. 13, fascículo 49/52, p. 193-204, 1990, p. 195.

⁷⁸⁰ PINHEIRO, Paulo Sérgio. *O Controle do Arbítrio do Estado e o Direito Internacional dos Direitos Humanos*. In: PINHEIRO, Paulo Sérgio; GUIMARÃES, Samuel Pinheiro (Org.). “Direitos Humanos no Século XXI: Parte I”. Brasília: Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais; Fundação Alexandre de Gusmão; Senado Federal, 1998, p. 334.

⁷⁸¹ Cf. PRADO, Geraldo. “Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais”. 2ª ed, Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001, pp. 112-113; 124; 127; 132 e 133.

⁷⁸² ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIARANGELI, José Henrique. “Manual de Direito Penal Brasileiro”. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 78.

mesmo estamento, o que contribui para a manutenção de um padrão de linguagem coincidente e muitas vezes discriminatório⁷⁸³.

Não se engane que o próprio processo penal é um fator de estigma, contribuindo para a marginalização do indivíduo. Como defenderam os teóricos do *labelling approach*, o sistema punitivo estigmatiza a pessoa, de tal modo que a sociedade passa a tratar, de forma diferenciada, o autor do comportamento desviante. No entanto, a reação social ao desvio depende das circunstâncias nas quais se inserem o indivíduo. Ou seja, a resposta da sociedade a um comportamento desviante de um jovem favelado poderá não ser a mesma dedicada para um jovem de classe média⁷⁸⁴.

Quem sofre a derrota da causa também perde status. Como enfatiza Niklas Luhmann (1927–1998), a expectativa dos perdedores não tem importância, assim como também não tem importância a expectativa das prostitutas, dos homossexuais, dos drogados, dos doentes mentais, dos políticos extremistas, dos presos etc⁷⁸⁵. De fato, a sociedade não se importa com as expectativas dos presos e dos processados criminalmente, tanto que a opinião pública não se preocupa, v.g., com a conservação de estruturas materiais dignas para a acomodação de detentos.

Diante deste quadro, como o sujeito pode defender-se, ou melhor, participar do processo de construção da decisão judicial? Como é possível a representação de algum papel no processo judicial? Na sociedade complexa, em que todos representam papéis, já não toma lugar uma posição simplista de separação hermética das pessoas. Luhmann explica que as partes e, até mesmo, o juiz representam papéis no processo⁷⁸⁶, assim como estão representando na sociedade. As partes não se apresentam tal como são, porquanto estão permanentemente representando. Destarte, o depoimento de um réu algemado, principalmente no Tribunal do Júri, transmite um sentimento de que a sua autodeclaração não é livre⁷⁸⁷, em desacordo com a sua provável representação. E mais do que isto, tal situação propaga o sensação de culpa, a qual não atende ao papel característico de qualquer acusado, em função da presunção constitucional de sua inocência.

⁷⁸³ Ibid, p. 75. Contudo, é preciso advertir que o juiz não pode ser compreendido sob uma perspectiva reducionista, como pertencente a uma elite da sociedade (cf. VÁZQUEZ ROSSI, Jorge E. "La Defensa Penal". 4ª ed., Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni Editores, 2006, p. 115). Sobre imparcialidade e a defesa dos hipossuficientes em oposição à postura do juiz para com os direitos dos mais favorecidos: NALINI, José Renato. "Ética e Justiça". São Paulo: Oliveira Mendes, 1998, pp. 69 e 70.

⁷⁸⁴ SHECAIRA, Sérgio Salomão. "Criminologia". São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 293-4

⁷⁸⁵ "Legitimação pelo Procedimento". Trad. Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980, p. 99.

⁷⁸⁶ Ibid, p. 74.

⁷⁸⁷ Ibid, p. 84.

O raciocínio em torno da representação tem uma validade especial para o processo penal. Logo, é importante que o juiz conheça as partes como elas se representam e não como elas são socialmente classificadas. Para que isto ocorra, faz-se necessário que as partes participem do *palco processual*. No entanto, ninguém conseguirá representar sem que previamente exista um filtro prévio, um limite à autonomia dos papéis, motivo pelo qual provém a defesa técnica com a função de cumprir este desiderato, integrando assim o núcleo do direito de defesa⁷⁸⁸.

É o defensor quem garante a participação do réu no processo, desta forma não somente apoiando a representação, mas legitimando o procedimento e a decisão. O processo penal não apenas se satisfaz com a decisão; precisa assegurar a plena participação das partes.

Na sociedade complexa, a política criminal não pode seguir tendência de negação da pluralidade social, agindo autoritariamente contra os marginalizados. A sociedade plural do Estado Democrático Constitucional de Direito exige que a resposta penal seja dotada dos elementos que formem essa sociedade heterogênea. De certa forma, o ordenamento já se harmoniza com relação aos *estranhos à comunidade*. O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) adota um sistema próprio para o tratamento do ato infracional, reconhecendo o menor infrator como um agente em desconformidade com as normas, a exigir uma terapêutica específica de adequação. Lentamente, a política criminal tende a reconhecer o usuário de drogas como um agente em estado de desconformidade com a norma (marginalizado) e não como um infrator da norma.

Não obstante continue a sociedade produzindo seus pré-conceitos, cabe ao Direito filtrar os sentimentos sociais desarrazoados. Por tal razão, os estados de desconformidade com os padrões sociais dominantes podem interferir favoravelmente ao agente na graduação da pena. A circunstância judicial de conduta social (art. 59, CP) ou a atenuante inominada (art. 66, CP) são canais onde se permite o reconhecimento da condição de marginalizado social.

6.7. A crise da legislação penal

⁷⁸⁸ Adverte Niklas Luhmann que quem se apresenta como não-fumante não pode, sem mais nem menos, começar a fumar; as pessoas possuem papéis que precisam ser desempenhados. Este autor ainda lembra que as partes devem assumir um papel já no início do processo e precisam comprometer-se com ele durante o desenvolver da demanda. Assim, o processo é um sistema de representações (op. cit., pp. 79 e 81).

6.7.1. Breve panorama da repressão penal no séc. XXI: a crise do conceito de bem jurídico-penal

Na segunda metade do séc. XX, Günter Jakobs pode ser considerado a imagem de uma classe de pensadores solícitos aos *novos* problemas penais. Para ele, a pena deve ressaltar, no seio social, a vigência da norma penal (prevenção positiva), de tal modo que, em primeiro lugar, precisa exercer ação sobre os demais membros da sociedade e não apenas sobre o condenado⁷⁸⁹. Neste quadro, propondo uma ampla revisão do princípio da culpabilidade, o penalista tedesco justifica que o Direito Penal ampare a criminalização das condutas de perigo abstrato e daquelas danosas à sociedade, ou seja, não somente protegendo bens jurídicos, mas também a paz social⁷⁹⁰.

Embora os críticos de Jakobs argumentem – na trincheira garantista – que a sua teoria legitima tanto o Estado de Direito como o Estado autoritário, ao restabelecer para o Direito Penal a função de proteger a ordem vigente⁷⁹¹, os movimentos penais contemporâneos não deixam de lado essas novas tendências favoráveis ao recrudescimento.

Veja, a propósito, que o início do séc. XXI reelege velhos fantasmas da repressão. Logo após os ataques terroristas de 11 de setembro de 2001, a edição do *USA Patriot Act* renova a fisionomia da repressão nos Estados Unidos, de modo que a mesma política criminal repressora empregada para assuntos internacionais passa então a ser aplicada às questões domésticas⁷⁹², conferindo o novo vigor a antigas leis de caráter autoritário. Em 2006, com a aprovação do *Military Comissions Act*, permite-se que membros de organizações terroristas se submetam à prisão cautelar por tempo indefinido ou, até mesmo, ao emprego de técnicas de tortura⁷⁹³. Os novos métodos de coerção também ocupam a pauta de discussão de países como Alemanha⁷⁹⁴, Argentina⁷⁹⁵ e Brasil, fazendo concretas as predições de Serrano Neves, quando

⁷⁸⁹ RAMOS, Enrique Peñaranda; GONZÁLEZ, Carlos Suárez; MELIÁ, Manuel Cancio. "Um Novo Sistema do Direito Penal: considerações sobre a teoria de Günther Jakobs". Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Barueri: Manole, 2003, p. 19.

⁷⁹⁰ Ibid, p. 39.

⁷⁹¹ Ibid, p. 20.

⁷⁹² Cf. CHEVIGNY, Paul. A Repressão nos Estados Unidos após o Atentado de 11 de Setembro. "Sur: Revista Internacional de Direitos Humanos. São Paulo, ano 1, número 1, p. 151-168, 2004, p. 156.

⁷⁹³ Cf. EDITORIAL. Mundo às avessas. "Boletim IBCCRIM". São Paulo, n.168, p. 1, novembro. 2006.

⁷⁹⁴ ROXIN, Claus. Problemas Atuais da Política Criminal. "Revista Ibero-Americana de Ciências Penais". Porto Alegre, v. 2, fascículo 4, p. 11-18, set.-dez./2001, p. 11. Ainda sobre a tendência criminalizadora na Alemanha, cf. DIAS NETO, Theodomiro. O Direito ao Silêncio: tratamento nos direitos alemão e norte-americano. "Revista Brasileira de Ciências Criminais". São Paulo, ano 5, n. 19, p. 179-204, jul.-set./97, p. 183.

⁷⁹⁵ Cf. BINDER, Alberto M. Relaciones entre Dogmática Penal y la Política Criminal. In: CÓPPOLA, Patricia (Comp.). "Derechos Fundamentales y Derecho Penal". Córdoba: INECIP, 2006, p. 53.

afirmou que a tortura civilizou-se, já que mantida modernamente por intermédio de novos procedimentos repressores⁷⁹⁶.

O Direito Penal no séc. XXI defronta-se com uma nova criminalidade, ordenada em tornos de determinados bens. O meio ambiente, a segurança nacional, o sistema financeiro, o tráfico internacional de drogas e o crime organizado pautam os novos desafios. Em outras palavras, a ilicitude contemporânea ganha peso nos mercados da criminalidade (mercado financeiro, mercado de tráfico de drogas ou mesmo de mulheres, mercado de armas, mercado de produtos falsificados, mercado de carros ou de cargas roubadas etc)⁷⁹⁷. Na sociedade global, o que difere os mercados do crime é que eles agora rompem as barreiras geográficas das nações.

Dentre os autores refratários à *modernização penal*, destaca-se Hassemer, árduo defensor dos princípios penais clássicos⁷⁹⁸. Como explica o membro do Tribunal Constitucional Federal Alemão, a prevenção sempre foi um fim secundário do Direito Penal clássico, mas na contemporaneidade torna-se o paradigma dominante, a justificar a crise da isonomia⁷⁹⁹. Dessa forma, o Direito Penal já não mais se orienta pela *ultima ratio*, mas sim pela *sola* ou *prima ratio*⁸⁰⁰.

Tudo isso explica os motivos pelos quais as reformas legislativas de então se limitam à parte especial do Código Penal e não à parte geral ou à lei de execução penal. Nessa quadra, o legislador contemporâneo detém vista para os novos temas que dominam a pauta do dia: meio ambiente, economia, informática, criminalidade organizada etc⁸⁰¹, posto que o Direito Penal não apenas protege os valores pré-existentes na Constituição⁸⁰².

Hoje em dia, como explica Klaus Tiedemann, o direito e a jurisprudência constitucional expandem-se mais facilmente no Processo Penal do que no Direito Penal⁸⁰³, de modo que o controle de constitucionalidade acaba agindo com mais vigor sobre as decisões

⁷⁹⁶ “O Direito de Calar” Rio de Janeiro, São Paulo: Freitas Bastos, 1960, p. 138. Evidentemente, o autor se referia à tortura ainda num contexto mais limitado às práticas policiais então vigentes. Também foram suas palavras: “Os modernos métodos policiais de investigação profunda não passam de meros pseudônimos dos primitivos aparelhos de tortura. Uns como outros, porém, prestam o mesmo serviço ao direito penal autoritário” (op. cit., p. 151).

⁷⁹⁷ BINDER, Alberto M. Op. cit., p. 54.

⁷⁹⁸ HASSEMER, Winfried. Características e Crises do Moderno Direito Penal. “Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal”. Porto Alegre, a. III, n. 18, p. 144-157, fev.-mar./2003, p. 148.

⁷⁹⁹ Ibid, ibidem.

⁸⁰⁰ Ibid, p. 149.

⁸⁰¹ Ibid, p. 150.

⁸⁰² Cf. TIEDEMANN, klaus. Constitución y Derecho Penal. “Revista Española de Derecho Constitucional”. Ano 11, n. 33, p. 145-171, set.-dez, 1991, p. 168.

⁸⁰³ Ibid, p. 157.

judiciais do que sobre as ações legislativas em matéria penal⁸⁰⁴. Porém, o processo penal não gira, essencialmente, em torno de um direito de defesa substancial, na medida em que também recebe comandos em favor de uma defesa acelerada, notadamente apoiada pelos anseios de práticas investigativas menos garantistas. As possibilidades de defesa são reduzidas drasticamente, porquanto o processo penal vem a cabo do espírito do novo Direito Penal da contemporaneidade, atraído pela proteção mais das instituições do que propriamente dos bens jurídicos⁸⁰⁵. Até mesmo a prova está sendo coletivizada. É emblemático um caso de Frankfurt, no qual houve uma escuta telefônica de 36 mil pessoas⁸⁰⁶!

O novo paradigma, desacreditado para com a eficácia de se protegerem os indivíduos por meio de crimes de perigo concreto e de dano, propõe a exaltação da proteção do coletivo, dos crimes de perigo abstrato, tudo com o objetivo de tornar o Direito Penal mais eficaz⁸⁰⁷ à promoção do bem-estar coletivo. O conceito de bem jurídico-penal atravessa uma profunda crise. Já não sabemos o que, de fato, deve ser proibido. Com efeito, o Direito Penal contemporâneo promove a proteção de bens jurídicos de elevado grau de abstração, conferindo maior peso à tutela do bem-estar do homem e nem tanto à vida ou à integridade física individual⁸⁰⁸.

6.7.2. Inflação legislativa e simbolismo: o esvaziamento da política criminal pelo culto aos movimentos de criminalização, penalização e judicialização

Em larga escala, não há como evitar a perda de eficácia da lei. Não podemos duvidar que cada norma traz consigo um pouco de promessas que não serão cumpridas. E isto é inevitável porque, como a sociedade está em constante transformação, torna-se impossível ao legislador normatizar situações futuras ou mesmo prever quais conseqüências práticas terão prosseguimento a partir da edição de uma determinada lei. Como afirma Cruet, uma coisa é a

⁸⁰⁴ Ibid, p. 152.

⁸⁰⁵ HASSEMER, Winfried. Op. cit., p. 150.

⁸⁰⁶ HASSEMER, Winfried; BITENCOURT, Cesar Roberto (res.). Perspectivas de uma Moderna Política Criminal. “Revista Brasileira de Ciências Criminais” São Paulo, v. 2, fascículo 8, p. 41-51, out.-dez./1994, p. 47.

⁸⁰⁷ HASSEMER, Winfried. Características e Crises do Moderno Direito Penal. “Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal”. Porto Alegre, a. III, n. 18, p. 144-157, fev.-mar./2003, p. 150.

⁸⁰⁸ HASSEMER, Winfried. Derecho Penal Simbólico y Protección de Bienes Jurídicos. “Pena y Estado”. Barcelona, fascículo n. 1, p. 23-36, 1991, p. 33. A voz isolada de Hassemer merece atenção. O penalista advoga que o Direito Penal continue protegendo os bens individuais clássicos e os universalmente reconhecidos como graves. Como solução para os novos problemas da contemporaneidade, propõe a adoção de um Direito de Intervenção, posicionado entre direito público e o direito privado (Características e Crises do Moderno Direito Penal. “Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal”. Porto Alegre, a. III, n. 18, p. 144-157, fev.-mar./2003, p. 156).

lei que se "quis fazer" e outra é a que se fez efetivamente⁸⁰⁹. De outra parte, a falta de estrutura administrativa para impor a fiscalização das leis também contribui à diminuição de sua eficácia. Ou seja, quanto mais se editam leis, sem que exista um correspondente incremento dos recursos humanos, mais ineficiente se torna a Administração para fazer cumpri-las⁸¹⁰ e, por conseguinte, menos realizadas são as normas.

Afora esse déficit de eficácia que possuem as leis em geral, a lei penal ainda possui uma expressão simbólica inarredável. Todo crime contém um caráter emblemático imanente; traz consigo esta função mística, que nos orienta ou nos ajuda no processo de dispersão do medo. É mesmo uma obviedade dizer que as leis penais possuem um caráter simbólico indubitável. As leis morais (como a que proíbe o aborto) ou a lei que determina a imprescritibilidade de determinados crimes são alguns exemplos de leis nitidamente simbólicas⁸¹¹. Sim, porque nenhuma sociedade poderá viver fora do evento crime. Como escreve Hungria, “sòmente uma sociedade fundamentalmente moralizada poderá exilar de seu seio o alcoolismo, a prostituição, a libertinagem, a delinqüência e outros carcinomas e putrilagens da vida coletiva”⁸¹².

De outra parte, no Estado Constitucional de Direito, a lei não deve ser obedecida apenas por força de sua vigência formal, mas também em razão de sua validade. Essa asserção cria, de fato, uma saudável desconfiança para com as leis em vigor e, de certo modo, permite um ambiente fértil para o desrespeito delas. Parece estranho, mas uma lei do Estado Constitucional não inspira o mesmo sentimento de concórdia (presunção de legalidade), v.g., de uma lei totalitária.

O simbolismo penal vincula-se, primitivamente, à idéia de criminalização como fator de dissipação do medo social. Com grande ênfase, encontramos em Thomas Hobbes (1588–1679) todos os elementos que confirmam ter sido o Estado Absoluto fartamente nutrido pelo medo coletivo. Àquela época, o medo das guerras ressaltava a importância de um senhor

⁸⁰⁹ CRUET, Jean. “A Vida do Direito e a Inutilidade das Leis”. Sem tradutor mencionado. Salvador: Progresso, 1956, p. 215.

⁸¹⁰ Ibid, p. 177.

⁸¹¹ HASSEMER, Winfried. Derecho Penal Simbólico y Protección de Bienes Jurídicos. “Pena y Estado”. Barcelona, fascículo n. 1, p. 23-36, 1991, p. 26. A lei alemã que pune a negação do Holocausto exemplifica uma norma meramente simbólica. Como explica Roxin, o Holocausto é um fato histórico, comprovado pelo conhecimento humano, e a sua negação não é capaz de pôr em desequilíbrio a vida social, tanto que esta tipificação apenas se justifica como uma tentativa de repúdio público ao genocídio perpetrado contra os judeus (“A Proteção de Bens Jurídicos como função do Direito Penal”. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 24).

⁸¹² “Comentários ao Código Penal: Arts. 75 a 101”. V. III, 3ª. ed., Rio de Janeiro: Revista Forense, 1956, p. 317.

absoluto – um único general para empunhar a espada porque, para a defesa do povo, convinha estar prevenido e armado⁸¹³.

Arguto pensador da relação entre Igreja e Estado, Hobbes confirma o temor como alicerce do Estado Absoluto, conquanto tanto o Estado como Deus fundam o temor como motivo de obediência⁸¹⁴. É desta maneira que o medo coletivo aparece como estopim de uma legislação penal simbólica e dissipadora do medo. Para o filósofo, de nada adianta uma lei conferir direitos se não existisse o medo da punição; afinal, "é inútil toda lei que possa ser violada sem castigo"⁸¹⁵, ou seja, se os juizes deixam de punir os infratores, serão os homens honestos que perderiam a liberdade⁸¹⁶. O homem somente viola a lei porque há uma certeza de impunidade⁸¹⁷ e, por tal razão, o poder absoluto aporta como um instrumento hábil de dispersão do *medo recíproco*, sentimento próprio do estado de natureza, responsável pela precipitação das guerras que põem em risco a preservação da espécie humana⁸¹⁸.

Montaigne (1533–1592) foi um dos primeiros a duvidar do êxito de se controlar o arbítrio judicial por meio da multiplicação de leis. No esforço de combater a propagação das interpretações legislativas, o filósofo acreditava na segurança de um governo de poucas leis, as quais deveriam ser simples e genéricas, do contrário, conforme afirma, melhor seria não existir qualquer lei⁸¹⁹. O revolucionário francês Jean Paul Marat (1743–1793), igualmente, foi um defensor ardoroso da redução do número de leis⁸²⁰, mas o notável é que a Revolução Francesa, mesmo com a supressão de institutos que beneficiavam o arbítrio judicial, não conseguiu alcançar o ideal de leis estritamente necessárias e claras.

⁸¹³ HOBBS, Thomas. "Do Cidadão". 3ª ed., trad. Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 191 e 201.

⁸¹⁴ Tem-se o medo em diversas passagens dos textos sagrados: "Põe-os em medo, Senhor, para que saibam as nações que são formadas por meros homens (Salmo 9,21); Deus veio para vos provar, e para que o seu temor esteja diante de vós, afim de que não pequeis (Êxodo 20,20); ninguém, pois, engane ao seu próximo; mas terás temor do teu Deus; porque eu sou o Senhor vosso Deus (Levítico 25,17); eis que o temor do Senhor é a sabedoria, e apartar-se do mal é a inteligência (Jó 28,28)". Hobbes registra que a "obrigação de prestar obediência a Deus procede da fraqueza humana" (op. cit., p. 244).

⁸¹⁵ HOBBS, Thomas. Op. cit., p. 222.

⁸¹⁶ Ibid, p. 212.

⁸¹⁷ Ibid, p. 230.

⁸¹⁸ Ibid, p. 242.

⁸¹⁹ MONTAIGNE, Michel. "Ensaio". V. 2, Trad. Sérgio Milliet. São Paulo: Nova Cultura, 2000, p. 355.

⁸²⁰ DOTTE, René Ariel. "Curso de Direito Penal: parte geral". 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 146. No entanto, em 1898, foi Reinhart Franck quem usou pioneiramente a expressão hipertrofia penal para denunciar o uso abusivo da pena e o descrédito de poder intimidativo. Já no séc. XX, Carnelutti preferiu falar em inflação legislativa. No Brasil, a chamada inflação legislativa toma corpo a partir do primeiro Código Criminal da República. Na primeira metade do século XX, a proliferação de leis penais foi tamanha que se editou uma consolidação das leis penais em 1932 (cf. LUISI, Luiz. A Crise do Sistema Penal - Soluções Processuais. "Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária". Brasília-DF, vol. 1, n. 8, p. 105-116, jul./dez.1996, p. 106 e 108). Nos tempos atuais, registra-se que o ordenamento pátrio comporta mais de 2.000 tipos penais (SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos. Discurso sobre o Sistema Penal - uma visão crítica. "Direito e Liberdade", Natal, v. 3, n. 1, p. 523-544, 2006, p. 540).

Contudo, é da estipulação do princípio da anterioridade e da proibição da analogia *in malam partem* que se delineiam os mecanismos modernos de propulsão da inflação legislativa. Favorecido por estes novos princípios, o medo coletivo não se alivia apenas pela presença de um temor de punição, mas sim pela criação de novos tipos que devem surgir continuamente. É assim que, ainda no século passado, a inflação legislativa vem como um movimento decorrente da crise das codificações, seguindo em direção ao apego pelos microsistemas legislativos, muitas vezes mais adequados a atender anseios político-sociais momentâneos, sem guardar ressonância com qualquer projeto concreto de política criminal. No mesmo ritmo, por faltar ao Estado um projeto de política criminal harmônico, a lei fica à deriva, sem limites para recepcionar as tendências político-criminais divergentes⁸²¹. Por isso, fala-se que a política criminal muda como a moda⁸²² ou obedece a um jogo cego⁸²³.

Hoje em dia, proliferam-se leis meramente simbólicas, cujos textos, muitas vezes, exorbitam, propositadamente, do emprego de expressões ambíguas e abertas. Conforme se torna mais complexa a sociedade, as novas condutas proibidas exsurtem, sem que necessariamente sejam revogados os preceitos obsoletos. O sistema penal inflaciona-se, porque o medo coletivo impele a criminalização⁸²⁴.

Não é desnecessário dizer que já não sabemos o que, realmente, está proibido. Não apenas por causa de uma quantidade imensa de leis que regulam a nossa vida cotidiana, mas também por motivo de inúmeras decisões jurisprudenciais que tratam contraditoriamente das leis válidas. Nem mesmo para o jurista torna-se fácil saber o que está proibido.

Como já não basta criar novos crimes, a punição agrava-se conforme aumenta o temor coletivo⁸²⁵. Naturalmente, o culto à criminalização igualmente se transfere à pena⁸²⁶, revigorando o recrudescimento da sanção.

⁸²¹ Cf. CAVALCANTI, Eduardo Medeiros. "Crime e Sociedade Complexa: uma abordagem interdisciplinar sobre o processo de criminalização". Campinas/SP: LZN, 2005, p. 201.

⁸²² ROXIN, Claus. Problemas Atuais da Política Criminal. "Revista Ibero-Americana de Ciências Penais". Porto Alegre, v. 2, fascículo 4, p. 11-18, set.-dez./2001, p. 11.

⁸²³ DELMAS-MARTY, Mireille. "Modelos e Movimentos de Política Criminal". Trad. Edmundo Oliveira. Rio de Janeiro: Revan, 1992, p. 172. Assim afirma Eduardo Medeiros Cavalcanti: "Mesmo que se defenda a existência de certos projetos político-criminais, eles ocorrem de maneira divergentes e desencontrada, vale dizer, promovidos, muitas vezes, por mecanismos simbólicos de criminalização" (op. cit., p. 202).

⁸²⁴ Cf. FERNANDES, Fernando. "O Processo Penal como Instrumento de Política Criminal". Coimbra: Almedina, 2001, pp. 98-99. Para os teóricos do séc. XVII, as leis deveriam invariavelmente ser cumpridas. Hoje, o aumento da complexidade dos problemas sociais permite a criação de leis meramente simbólicas, cujo desrespeito não infringe – a princípio – a estrutura do Estado.

⁸²⁵ O caráter simbólico da pena não foi olvidado por Jeremy Bentham (1748–1832). Assim foram suas palavras: "Entendo por valor aparente o mal provável, que se pode oferecer à imaginação dos homens, quando a pena se descreve simplesmente, ou quando eles a vêem executar" ("Teoria das Penas Legais e Tratado dos Sofismas Políticos". Sem tradutor mencionado. São Paulo: Edijur, 2002, p. 25). Hassemer escreve que a tendência do Direito Penal vem sendo pela criminalização e pela penalização, especialmente naqueles setores considerados

A veneração ao simbolismo da pena toma vulto no séc. XX, especificamente com o movimento da *nova defesa social*, quando então se desenvolvem as alternativas à pena privativa de liberdade. De fato, a própria pena privativa de liberdade se transformou num símbolo. A pena executada raramente corresponde a que fora determinada pelo juiz e, menos ainda, equivale àquela abstratamente prevista pelo legislador⁸²⁷. Em muitos Estados, a prisão perpétua e a pena capital continuam previstas no ordenamento somente como um objeto místico (simbólico), na medida em que foram abandonadas pela prática judiciária. No Brasil, a pena privativa de liberdade como abstratamente prevista pelo legislador não passa de uma falsa intenção para a totalidade dos delitos de menor potencial ofensivo e para um grande número de outros delitos de médio potencial ofensivo, cujos autores muito dificilmente serão condenados ao cumprimento de prisão.

Não é difícil depreender que a inflação legislativa arruína a idéia de uma política criminal como uma resposta estatal minimamente homogênea ao fenômeno crime. Mesmo sabendo que a reação ao crime subordina-se aos mais diversos fatores (políticos, econômicos, religiosos, sociais, culturais etc), cabe admitir que a sociedade organiza-se em torno de uma política criminal que se move em direção a um consenso. Isto porque a manutenção da coesão social depende do reconhecimento de uma ordem coerente superior à qual todos se sujeitam.

A política criminal deveria representar uma resposta previamente planejada, tanto como relativamente harmônica, à violação das regras que garantem a constituição do corpo social. Mas isto não é o que acontece no plano da realidade. Se o Estado não responde efetivamente às transgressões de suas regras, intensificam-se as reações alternativas ao crime. A ausência de uma política pública efetiva torna-se visível pelos inúmeros sinais indicativos da decomposição social. Assim, a multiplicação dos casos de corrupção na esfera governamental ou o aumento da criminalidade urbana são notados como uma crônica de morte anunciada da autoridade.

Como já se disse, toda sociedade está sujeita a um coeficiente inevitável de leis ineficazes. Nesta perspectiva, não se pode esperar que todas as regras sejam respeitadas cegamente. Muito ao contrário, igualmente é útil para o Estado que a sociedade não conheça

pela opinião pública como os mais carentes de intervenção (meio ambiente, economia, terrorismo etc) (El Destino de los Derechos del Ciudadano en un Derecho Penal Eficaz. "Doctrina Penal: teoría y practica en las ciencias penales". Buenos Aires, v. 13, fascículo 49/52, p. 193-204, 1990, p. 199).

⁸²⁶ Cf. DELMAS-MARTY, Mireille. "A Imprecisão do Direito: do Código Penal aos Direitos Humanos". Trad.nise Radanovic Vieira. Barueri: Manole, 2005, p. 24.

⁸²⁷ FERRAJOLI, Luigi. "Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal". Trad. Ana Paulo Zomer et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 327.

rigorosamente as leis, como, além disso, também até certo ponto a vida em sociedade somente é suportável porque nem todas as normas são obedecidas cegamente⁸²⁸.

No modelo capitalista tardio, o homem se insere num contexto de alienação tão profundo, que o Estado chega a tolerar algumas de suas transgressões porque, assim, não se sente obrigado em demover as causas daquilo que aliena⁸²⁹. A alienação do homem, pois, abona uma espécie de bloqueio que impede a reação penal para alguns atos de violência⁸³⁰.

O detalhe é que a desobediência à lei também ameaça a organização social e, portanto, convém concluir que o Estado deve empreender uma luta permanente não somente para extirpar do ordenamento as leis inadequadas, mas principalmente para restaurar a autoridade das leis necessárias à vida social. Como admite Cruet, o perigo acontece quando a desobediência às leis advém não de um desejo social por regras novas, mas sim pela aspiração de nenhuma regra⁸³¹. Diante de tal situação, o Estado costuma responder aos sinais de seu esfacelamento recorrendo à criminalização, à penalização e à judicialização dos conflitos.

Como adverte Mireille Delmas-Marty, criminalizar não é apenas criar comportamentos ilícitos (tipos penais)⁸³², mas, num sentido mais abrangente, exprime a necessidade de uma reação efetiva aos comportamentos indesejados. Por conseguinte, a política pela criminalização não se encerra com a criação do tipo penal, muitas vezes convenientemente concebido em reação às pressões da opinião pública. É imperioso que a criação do tipo penal seja acompanhada por uma resposta do Estado e da sociedade àqueles comportamentos rechaçados.

Tanto a penalização como a judicialização também despontam como reação estatal ao temor social. Assim, a penalização sobrevém não apenas quando são agravadas as penas, mas também quando se restringe o poder discricionário do juiz em relação às penas ou ao modo de seu cumprimento, o que contribui para o inchaço do sistema carcerário. No tocante à judicialização, a resposta penal concentra-se no processo judicial tradicional, centralizado

⁸²⁸ CRUET, Jean. "A Vida do Direito e a Inutilidade das Leis". Sem tradutor mencionado. Salvador: Progresso, 1956, p. 206-7.

⁸²⁹ Cf. HABERMAS, Juergen. "A Crise de Legitimação no Capitalismo Tardio". Trad. Vamireh Chacon. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002, p. 161-2.

⁸³⁰ Nesse contexto, a teoria da imputação objetiva traz a dogmática para o campo da realidade e, de certa forma, amplia o campo de tolerância do poder punitivo para como as condutas de risco permitido. Sobre a teoria, cf. ROXIN, Claus. "Estudos de Direito Penal". Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 80.

⁸³¹ CRUET, Jean. Op. cit., p. 258.

⁸³² DELMAS-MARTY, Mireille. "Modelos e Movimentos de Política Criminal". Trad. Edmundo Oliveira. Rio de Janeiro: Revan, 1992, p. 193.

como o meio mais *eficaz* de solução de conflitos, muito embora tal escolha dependa de mecanismos procedimentais mais demorados e menos eficazes⁸³³.

Mas nem sempre os resultados esperados com a criminalização-penalização-judicialização são os papáveis na realidade. O sistema entra em desequilíbrio no momento em que a (in)ação do Estado perde o compasso com a expectativa da sociedade ou quando o próprio Estado não cumpre os compromissos políticos aos quais se vinculou. Não mencionarei, senão *en passant*, o fato de que o valor que se dá ao crime varia conforme a época, conforme o "estado da sociedade civil", porque, ainda como enfatiza Hegel (1770–1831), "um Código Penal pertence essencialmente ao seu tempo e ao correspondente estado da sociedade civil"⁸³⁴.

Como a política criminal depende de uma relação multiforme com os variados segmentos sociais, não fica difícil perceber a sua predisposição à interferência externa. A economia e a religião estão, permanentemente, intercedendo na política criminal. Assim, por razões econômicas, o Estado opta por extinguir a punibilidade do agente que, antes do início da ação fiscal, efetua, espontaneamente, o pagamento das contribuições devidas à previdência social (arts. 168-A, § 2º, CP). Nos Estados Unidos, a política criminal de tolerância zero segue esta trajetória abertamente, não apenas contribuindo para a diminuição da massa de desempregados, mas também sustentando o aquecimento da indústria das prisões⁸³⁵.

Não obstante a natural predisposição das leis penais para a figuração de uma situação simbólica de controle social, é preciso saber que a lei penal torna-se temerária quando funções ocultas (oficiosas) passam a predominar sobre o que se determinou como *oficial* pelo legislador⁸³⁶. Nessas horas, percebe-se que a política criminal tal como prevista na lei nem sempre corresponde à política criminal efetivamente aplicada⁸³⁷. Algumas vezes, a falta de (re)ação do Estado anuncia o seu desmantelamento ou mesmo a sua tolerância para com a

⁸³³ Nitidamente, a Lei 11.340/06 optou por uma política de judicialização ao prescrever que a renúncia à representação para a ação penal somente terá validade quando realizada perante o juiz (art. 16). Esta lei também tornou pública incondicionada a ação penal por lesão corporal leve praticada contra a mulher em situação doméstica ou familiar (art. 41). Cf. ALVES, Fábio Wellington Ataíde; MAGALHÃES, Renato Vasconcelos. Breves Considerações sobre a Necessidade de Representação da Vítima nos Crimes de Violência Doméstica ou Familiar (Lei n. 11.304/06). "Direito e Liberdade". Mossoró: Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte, Região Oeste, ano 2, n. 1, v. 4, p. 105-113, jul-dez/2006.

⁸³⁴ "Princípios do Direito". 3ª ed., Trad. Orlando Vitorino. Lisboa: Guimarães, 1986, p. 182. Semelhantemente, Beccaria admite que a crueldade das penas esteja intimamente ligada ao "estado atual da nação" ("Dos Delitos e das Penas", XV).

⁸³⁵ WACQUANT, Loïc. "As Prisões da Miséria". Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 97.

⁸³⁶ HASSEMER, Winfried. Derecho Penal Simbólico y Protección de Bienes Jurídicos. "Pena y Estado". Barcelona, fascículo n. 1, p. 23-36, 1991, p. 30.

⁸³⁷ DELMAS-MARTY, Mireille. "Modelos e Movimentos de Política Criminal". Trad. Edmundo Oliveira. Rio de Janeiro: Revan, 1992, p. 182.

conduta tipificada, o que perturba a sociedade, fomentando processos de descrença para com as instituições do Estado⁸³⁸.

Assim, faz-se necessário entender que a reação ao crime tanto pode ser realizada de maneira direta, dando ensejo à vingança privada, como também pode acontecer indiretamente, pelos mais diversos meios de controle social, dentre os quais se destaca o Direito Penal.

Conforme reflete Michelangelo Vaccaro (1854–1937), numa sociedade organizada, a reação punitiva direta deve diminuir conforme crescem os mecanismos de reação indireta⁸³⁹. Dessa maneira, v.g., uma descriminalização *de direito* pode não significar a descriminalização *de fato*. Há casos em que a diminuição da reação punitiva indireta provoca o aumento da reação punitiva direta (vingança privada). Por outro lado, a criminalização (reação indireta) de uma conduta nem sempre pressupõe a ação punitiva efetiva. Como se infere, quando a criminalização *de jure* vem apenas para aplacar a opinião pública, em vários casos o que toma lugar verdadeiramente pode ser a tolerância (descriminalização indireta)⁸⁴⁰.

Às vezes, em resposta à tolerância estatal, a própria sociedade assume postura repressora à conduta formalmente descriminalizada⁸⁴¹. Por isso, o Estado teme retirar do ordenamento determinadas condutas para não motivar a vingança privada ou a reação desfavorável de setores sociais. Por interferência de motivos dogmáticos, o Estado evita descriminalizar determinados delitos, como o de aborto, muito embora os baixos índices de punição assinalem certa tolerância oficial para como a infração. O Direito Penal simbólico temerário não visa amparar efetivamente qualquer bem jurídico, mas, de forma acentuada, volta-se à proteção da imagem do legislador perante a sociedade⁸⁴².

São essas as causas do déficit de funcionalidade do Direito Penal da contemporaneidade⁸⁴³. O problema é que as garantias processuais também sofrem de elevada carga simbólica. Diante desse estado de coisas, aportam os processos de desjudicialização,

⁸³⁸ A inação estatal progride para uma situação de anomia, comprometendo a estrutura mínima da vida em sociedade. Como assegura Dahrendorf, a anomia assinala uma situação crítica de crescente desrespeito à lei, de modo que progressivamente as sanções penais vão se tornando enfraquecidas ("A Lei e a Ordem". Trad. Tamara D. Barile. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1997, p. 30). Ainda sobre anomia, cf. VELHO, Gilberto. O Estudo do Comportamento Desviante: a contribuição da antropologia social. In: VELHO, Gilberto (Org.). "Desvio e Divergência: uma crítica da patologia social". 4ª. ed., Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1981, p. 12.

⁸³⁹ Cf. VACCARO, M. Angelo. "Origem e Funções das Escolas Penais". Trad. Henrique de Carvalho. Belo Horizonte: ed. Líder, 2004, p. 37.

⁸⁴⁰ DELMAS-MARTY, Mireille. Op. cit., p. 177.

⁸⁴¹ Ibid, p. 194.

⁸⁴² HASSEMER, Winfried. Derecho Penal Simbólico y Protección de Bienes Jurídicos. "Pena y Estado". Barcelona, fascículo n. 1, p. 23-36, 1991, p. 35.

⁸⁴³ HASSEMER, Winfried. El Destino de los Derechos del Ciudadano en un Derecho Penal Eficaz. "Doctrina Penal: teoría y practica en las ciencias penales". Buenos Aires, v. 13, fascículo 49/52, p. 193-204, 1990, p. 203.

descriminalização e despenalização para dirimir não apenas a inflação legislativa, mas para conferir efetividade à norma (funcionalidade).

A descriminalização alivia o efeito da inação, uma vez que retira do ordenamento comportamentos tolerados ou inadequados à sociedade, em sintonia com a política garantista de Direito Penal mínimo. Ao seu passo, a despenalização não somente se compatibiliza com soluções alternativas à prisão (acesso às alternativas à prisão), mas de modo abrangente implica um conjunto de respostas que dão maior mobilidade para a aplicação da pena, como acontece com a admissão, v. g., da atenuação abaixo do mínimo⁸⁴⁴ ou da liberdade para progressão de regime menos gravoso, o que reduz a tensão penitenciária.

Noutra seara, a desjudicialização caracteriza-se pela adoção de modelos que buscam evitar (ou diversificar) o processo judicial, dando lugar à adoção de outras formas não-penais de controle.

Os teóricos da *labelling approach* perceberam que a diminuição dos índices de reincidência pode depender não apenas da eliminação das *cerimônias degradantes* existentes no processo, mas também da própria diversificação do processo, retirando o delinqüente das vias formais para meios informais de solução de conflitos, tudo isto destinado à facilitação da reinserção social⁸⁴⁵. Em conseqüência, seria possível inferir que este tipo de pensamento amplia a tolerância à delinqüência, estando intimamente relacionado com os princípios norteadores do Direito Penal mínimo⁸⁴⁶.

Por outro lado, cumpre advertir que devem ser recepcionados com cuidado os modelos processuais consensuais (aparentemente diversificadores), cuja celeridade pode, de fato, estar abrindo espaço à precipitação do incremento da criminalização-penalização ou, noutras palavras, fortalecendo mesmo as políticas criminais de tolerância zero, em prejuízo da garantia de defesa, em prejuízo das garantias processuais.

O garantismo censura a antecipação da tutela no processo penal, segundo modelos que adiantam os resultados que antes somente poderiam ser alcançados pela pena transitada em julgado. É assim que se justificam os institutos processuais diversificadores que cumprem uma função própria, independentemente da aplicação do direito material. Por exemplo, a suspensão condicional do processo (art. 89, Lei n. 9.099/95) trata-se de uma solução diversificadora, que, na prática, produz os mesmos efeitos da suspensão condicional da pena (art. 77, CP). Contudo, tais modelos consensuais restringem o acesso ao direito de defesa na

⁸⁴⁴ DELMAS-MARTY, Mireille. Op. cit. p. 164.

⁸⁴⁵ SHECAIRA, Sérgio Salomão. "Criminologia". São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 307-8.

⁸⁴⁶ Ibid, p. 311.

medida em que funcionam como expedientes punitivos capazes de despertar o interesse de réus hipossuficientes, não importando se são ou não inocentes.

Seguindo essa tendência, o processo penal, cada vez mais, se esmaece de seu caráter instrumental, passando a se preocupar com os fins que outrora apenas poderiam ser atingidos pelo Direito Penal. Em outras palavras, o direito de defesa morre por antecipação; não passa de uma promessa transgredida. Por tudo, não mais se reforma o direito material sem indiretamente reformar-se o processo⁸⁴⁷.

O garantismo desperta uma severa crítica às esperanças depositadas nos modelos consensuais. Considera, ademais, que crise do Direito Penal nutre-se da inflação legislativa, que aumenta o poder discricionário do juiz, como também a incerteza das leis aplicáveis, contribuindo mesmo para a demora processual⁸⁴⁸. Mas, antes ainda, a inflação legislativa converge para o Direito Penal máximo. Assim, o inchaço legal decorre da busca por uma atividade penal mais enérgica, muito mais como reação à perda da eficácia das normas penais carregadas de simbolismo. Nessa esteira, transfere-se para o processo penal a função de prevenção e defesa social, atribuindo-se à prisão provisória os mesmos fins a serem alcançados com a prisão definitiva⁸⁴⁹, isto é, mesmo sem existir culpa formada, o processo penal antecipa os efeitos que somente seriam atingidos com a pena. Nesse turbilhão de movimentos, o direito de defesa acaba por tornar-se igualmente simbólico.

Na sociedade de risco, o estado de emergência precipita a crise penal. Com razão, o sistema punitivo mundial segue tendência em direção à inflação penal, ao aumento dos tipos penais vagos ou valorativos e incentivo às transações e aos prêmios de incentivo à colaboração. De outra banda, vem a lume a inflação do processo penal, que se prolifera mesmo quando fadado a nenhum resultado, exceto quanto à punição antecipada, quase sempre levada ao público sem grandes possibilidades de defesa⁸⁵⁰. Numa palavra, o papel do Poder Legislativo em matéria penal torna-se assim simbólico. Talvez, por causa de tantos infortúnios, o garantismo não deixa de significar uma utopia, o que nem mesmo nega Ferrajoli⁸⁵¹.

⁸⁴⁷ FERNANDES, Fernando. "O Processo Penal como Instrumento de Política Criminal". Coimbra: Almedina, 2001, p. 162.

⁸⁴⁸ FERRAJOLI, Luigi. "Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal". Trad. Ana Paulo Zomer et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 574.

⁸⁴⁹ Ibid, p. 444.

⁸⁵⁰ Ibid, pp. 587-8.

⁸⁵¹ Ibid, p. 35.

6.7.3. O medo institucionalizado e os movimentos penais de tolerância zero

A contemporaneidade se destaca pelo primor da verdade, da segurança, da liberdade, da participação, da igualdade e da certeza, entre outros atributos, mas, em lugar bem próximo daí, somente vemos a crescente desordem descolando-se em reta de colisão contra todos esses valores. A globalização acelera o processo de exclusão social, em razão de que se intensifica a violência nos grandes centros urbanos. Aos poucos, desmontam-se as “estruturas institucionais do Estado moderno, gerando uma situação de medo e de total insegurança”⁸⁵², propiciamente isenta de restrições aos movimentos penais de *lei e ordem*.

A contemporaneidade se distingue pelo elevado número de pessoas à margem da lei. Os índices crescentes de criminalidade não seguem autonomamente; dentre tantas outras causas, eles resultam também da interdependência entre o desenvolvimento econômico de reduzida parcela da sociedade e a multiplicação de uma juventude periférica, sem perspectivas ou oportunidades de trabalho. Esta combinação, reiteradamente celebrada pelos sociólogos, sinaliza um mau caminho, ou melhor, indica a abertura em direção ao avanço do medo social causado pelo acréscimo de vítimas de delitos⁸⁵³. O medo é o tributo que se paga pelo crime. Neste contexto, a idéia de garantias penais, sob o véu do *devido processo legal*, atemoriza a opinião pública, ainda mais quando se tangenciam temas como inimizabilidade penal para menores de dezoito anos ou a prevalência de um Direito Penal mínimo.

Será que ainda está em voga o brocardo latino que propõe ser preferível absolver um culpado a condenar um inocente?⁸⁵⁴ Talvez, a sociedade já não esteja disposta a aceitar que seja melhor absolver cem culpados do que condenar um inocente⁸⁵⁵.

A filosofia da linguagem e a queda do mito da verdade real abrem um flanco no sistema penal clássico, erguido para *absolver os inocentes e condenar os culpados*, como se fosse possível saber quem são os *culpados* e quem são os *inocentes*. Diante dessa inaptidão sistêmica, a partir do séc. XX, emerge um movimento de política criminal muito mais atraído pela proteção da sociedade (*defesa social*), mesmo que para isso se condenem os inocentes,

⁸⁵² DELLA CUNHA, D Jason B. "Crise do Direito da Regulação Jurídica nos Estados Constitucionais Periféricos: modernidade e globalização". Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2003, p. 36.

⁸⁵³ Cf. DAHRENDORF, Ralf. "A Lei e a Ordem". Trad. Tamara D. Barile. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1997, p. 18.

⁸⁵⁴ Nocentem absolvere satius est quam innocentem damnare.

⁸⁵⁵ BINDER, Alberto M. Relaciones entre Dogmática Penal y la Política Criminal. In: CÓPPOLA, Patricia (Comp.). "Derechos Fundamentales y Derecho Penal". Córdoba: INECIP, 2006, p. 44-45.

como defenderam os adeptos do Direito Penal do autor. Em suma, esta é a imagem da colisão entre defesa e poder punitivo na contemporaneidade.

Atualmente, existe uma verdadeira indústria do medo. Ulrich Beck explica que há uma consciência de risco subjacente, de tal forma que somos levados a duvidar da realidade; esforçamo-nos para encontrar o perigo invisível⁸⁵⁶. Talvez seja o medo da sociedade contemporânea fator que mais influencia restrições da cidadania, da república e da democracia⁸⁵⁷.

Por tal razão, o neoliberalismo versa sobre política criminal de uma forma simples: mais *Estado Policial* e menos *Estado Social*. O extraordinário diferencial da contemporaneidade é que todos os governos, tanto de direita como de esquerda, levantam – com maior ou menor alcance – essa bandeira da segurança. A situação se agrava em muitos Estados periféricos, os quais passaram a reabsorver as técnicas policiais das antigas ditaduras, agora sob um novo viés político, encampando ações de tolerância zero, geralmente inspiradas em medidas ianques de limpeza urbana de pobres e marginais⁸⁵⁸.

No Brasil, o medo contemporâneo descende do autoritarismo engendrado desde o Estado Novo e, ininterruptamente, reproduzido durante a ditadura militar (1964–1984), quando então atinge um de seus cumes na década de 80, em consequência de que se deu a ampla reforma penal de 1984⁸⁵⁹, destacadamente garantista para os padrões deste período. No mundo, sobretudo depois do fim da Guerra Fria, anuncia-se uma era de promessas e temores. A chamada *nova ordem mundial* instala-se a partir de uma conjuntura complexa onde, de um lado, impera “a democratização e compromisso oficial com a proteção dos Direitos Humanos em muitas sociedades nacionais” e, de outro, aparecem a “derrocada do Estado, conflitos étnico-nacionalistas e severas violações de Direitos Humanos”⁸⁶⁰.

Ademais, o retorno à democracia não superou a sensação de temor. A bem dizer, o medo se alastra no país desde a década de 70, dado que ninguém mais – abastado ou pobre –

⁸⁵⁶ BECK, Ulrich. "La Sociedad del Riesgo: hacia una nueva modernidad". Trad. Jorge Navarro et al. Barcelona, Buenos Aires, México: Paidós, 1998, p. 81.

⁸⁵⁷ BINDER, Alberto M. Op. cit., p. 41.

⁸⁵⁸ WACQUANT, Loïc. “As Prisões da Miséria”. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, pp. 07, 13 e 19.

⁸⁵⁹ Sobre a cultura do medo durante o regime militar de 1964, cf. PASTANA, Débora Regina. “Cultura do Medo: reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil”. São Paulo: Método, 2003, p. 43.

⁸⁶⁰ FREEMAN, Michael. Direitos Humanos Universais e Particularidades Nacionais. In: PINHEIRO, Paulo Sérgio; GUIMARÃES, Samuel Pinheiro (Org.). “Direitos Humanos no Século XXI: Parte I”. Trad. Janete Ferreira Carneiro. Brasília: Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais; Fundação Alexandre de Gusmão; Senado Federal, 1998, p. 326.

está imune às conseqüências da violência⁸⁶¹. Violência, medo e controle social compõem o permanente estado de perigo, a gerar uma política pública predisposta a criminalizar, encarcerar e penalizar, mesmo que em sentido oposto às garantias do Estado Constitucional de Direito.

Contudo, marca o espírito desse tempo a multiplicidade da violência, não apenas a violência individual. As inúmeras formas de violência (individual, coletiva e social) nos remetem a uma (complexa) multiplicidade de vítimas⁸⁶². Dessa forma, a questão penitenciária apenas denota um segmento (uma secção) da questão criminal, a qual, por seu turno, não se encerra isoladamente, mas está inserida no alargado âmbito dos problemas sócio-político-econômicos do país⁸⁶³. Por tudo isto, não se soluciona a violência do sistema penitenciário sem o enfrentamento das diversas violências que o circundam. Porém, a questão penitenciária não pode ficar à espera da solução de todos os problemas sócio-político-econômicos. É diante deste quadro que a tensão penitenciária se avoluma. Em razão de sua urgência, o enfrentamento localizado da violência se impõe, mas a estratégia geral da política criminal não pode perder de vista a resolução da violência como um todo.

Nós todos somos vítimas. Em face dessas circunstâncias, a sociedade complexa, formada por possibilidades e contingências, cria um ambiente de expectativas e frustrações coletivas, sendo o Poder Judiciário o depositário de muitas destas (des)esperanças. A frustração causada pelo insucesso do combate às *violências* e à crescente criminalidade aflui até o sistema penal, comprometendo decisivamente a crença depositada no aparato estatal repressor⁸⁶⁴.

Desde a Constituição da República de 1988, essa constante se mantém visivelmente percebida pelo crescente incremento da legislação penal criminalizadora e penalizadora. A lei

⁸⁶¹ ADORNO, Sérgio. *Prisões, Violência e Direitos Humanos no Brasil*. In: PINHEIRO, Paulo Sérgio; GUIMARÃES, Samuel Pinheiro (Org.). "Direitos Humanos no Século XXI: Parte II". Brasília: Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais Fundação; Alexandre de Gusmão; Senado Federal, 1998, p. 1008.

⁸⁶² Nilzardo Carneiro Leão registra o seguinte: "Há violência feita através de textos legais para beneficiar pessoas determinadas, os fortes, os detentores do poder, incidindo sobre os mais fracos, os destinatários da norma; há a violência dos condicionamentos; há uma violência acolhida até pela visão distorcida da religiosidade no conformismo para com a injustiça; há a violência cínica, refinada, feita das mais variadas maneiras; há a violência da violação dos direitos humanos, das perseguições às minorias, dos genocídios planejados (até pela fome), há a violência que escandaliza, brutal, divulgada sensacionalisticamente, que serve para esconder outros tipos de violência; há a violência que se diz cega ou irracional, vizinha da violência racionalizada; há uma violência fixa, aceita e tão contundente que põe em crise todas as estruturas, inclusive do próprio Estado-de-Direito-Democrático, vez que os valores éticos, morais e até os preceitos legais, perdem validade social. E, em todas, há sempre a vítima" (*Violência, Vítima e Polícia*. "Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária". Brasília-DF, vol. 1, n. 11, p. 81-93, jan-jun./1998, p. 83).

⁸⁶³ THOMPSON, Augusto. "A Questão Penitenciária: de acordo com a Constituição de 1988". 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 110.

⁸⁶⁴ Cf. LUHMANN, Niklas. "Sociologia do Direito". V. 1, Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 73.

de crimes hediondos (Lei n. 8.072/90) chama atenção para o advento de mais um ápice de medo coletivo. Não coincidentemente, é na década de 1990 que se dá o auge da crise do Poder Judiciário⁸⁶⁵. A disseminação da criminalidade organizada, a corrupção propagada ineficazmente no poder público e o fortalecimento das facções criminosas são algumas das novas condições sociais que ameaçam a sobrevivência em sociedade, determinando o surgimento de um novo negócio nacional: a segurança privada⁸⁶⁶.

O medo se renova. O *Esquadrão da Morte* – organização constituída por policiais em 1964 com o fim de eliminar criminosos considerados perigosos – exibiu um modelo de violência ainda não vencida⁸⁶⁷. No que se refere aos Direitos Humanos, a inércia do Estado destaca as suas próprias posições ideológicas a respeito da questão. O imobilismo oficial fomenta o vantajoso mercado de crimes, tanto assim que mesmo partidos políticos exploram vantagens eleitorais do medo social⁸⁶⁸.

Não obstante o esforço criminalizador, parece que o Parlamento age inocuamente em alguns casos, ignorando por completo o poder judicial de individualizar a pena. Tomemos como exemplo a Lei n. 10.886/04, que incluiu o § 9º ao art. 129 do Código Penal, aumentando a sanção da lesão corporal culposa praticada contra ascendente, descendente,

⁸⁶⁵ Cf. CAPELLARI, Eduardo. A Crise do Poder Judiciário no Contexto da Modernidade: a necessidade de uma definição conceitual. "Revista de Informação Legislativa". Brasília: Senado Federal, n. 152, p. 135-149, 2001, p. 136. Ainda sobre o tema: FARIA, José Eduardo (org.). "A Crise do Direito numa Sociedade em Mudança". Brasília: Universidade de Brasília, 1988; VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacios Cunha et al. "Corpo e Alma da Magistratura Brasileira". Rio de Janeiro: Revan, 1997; ANTARES, Rogério Bastos. "Judiciário e Política no Brasil". São Paulo: Idesp: Sumaré: Fapesp: Edue, 1997; DALLARI, Dalmo de Abreu. "O Poder dos Juizes". São Paulo: Saraiva, 1996; GOMES, Luiz Flávio. "A Dimensão da Magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito: independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilidade dos juizes". São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

⁸⁶⁶ No Brasil, a Federação Nacional de Empresas de Segurança constatou que o efetivo de segurança privada tornou-se maior do que o contingente das Forças Armadas (Um Exército Paralelo no Brasil. "Veja", São Paulo, edição n. 1.962, ano 39, n. 25, p. 43, 28/06/06). Na Alemanha, o contingente da segurança privada também é maior do que a força policial do Estado (HASSEMER, Winfried; BITENCOURT, Cesar Roberto (resenha). Perspectivas de uma Moderna Política Criminal. "Revista Brasileira de Ciências Criminais" São Paulo, v. 2, fascículo 8, p. 41-51, out.-dez./1994, p. 47). No espectro da segurança privada também se inclui o surgimento de grupos de justiceiros armados, ciosos por uma execução autônoma da punibilidade (cf. OLIVEIRA, Marcus Vinícius Amorim de. Novas Facetas dos Grupos de Justiceiros. "Boletim IBCCRIM". São Paulo, n.162, p. 1-6, maio. 2006; ALVES, Fábio Wellington Ataíde. O Esquadrão da Morte Ainda Existe: o outro lado do sistema penal. "Jornal de Fato", Mossoró, 04.jun.06, Coluna de Fato e de Direito).

⁸⁶⁷ A experiência revelou que, ao longo dos anos, esta facção passou a atuar para o próprio crime organizado (traficantes, bicheiros etc), desviando-se de seu objetivo inicial em direção à prática de homicídios comerciais, o que motivou uma ampla investigação do Ministério Público. Tendo o então Procurador de Justiça Hélio Bicudo levado o assunto ao conhecimento do Colégio de Procuradores, com o objetivo de que a instituição travasse combate contra a ação dos policiais, o Governado do Estado, naquele momento, transpareceu, surpreendentemente, intratável àquelas pretensões, respaldando, de certa forma, as milícias de justiceiros (cf. BICUDO, Hélio Pereira. "Meu Depoimento sobre o Esquadrão da Morte". 3ª. ed., São Paulo: Pontifícia Comissão de Justiça e Paz, 1976, pp. 13 e ss.).

⁸⁶⁸ LUHMANN, Niklas. "Sociologia do Direito". V. 1, Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 172.

irmão, cônjuge ou companheiro, ou contra quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade. A partir dessa lei, a pena da lesão culposa passou de dois meses a um ano para seis meses a um ano. Afora a discreta expansão da pena mínima, nada se acresce. Melhor seria deixar o assunto para a individualização judicial, limitando-se a questão à modalidade dolosa do tipo (§ 10, art. 129, CP), sem que fosse necessário criar um dispositivo culposo estritamente simbólico. A alteração legislativa não tem sentido quanto àquelas infrações praticadas sem intenção, porquanto nestas o intuito (doloso) de se discriminar o gênero está ausente. A lei visa proteger aquelas lesões decorrentes da discriminação de gênero, a qual, na maioria dos casos, causa danos à mulher e pessoas submetidas à subordinação intrafamiliar⁸⁶⁹. Não é razoável punir mais severamente os acidentes domésticos (culposos), como de fato está acontecendo, como se todas as lesões culposas contra aquelas pessoas embutissem uma carga maior do que aquelas praticadas em relação a um estranho, mesmo que este estranho seja, por exemplo, um idoso⁸⁷⁰.

O medo cria um estado de anestesia às garantias penais, dentro do qual o texto constitucional não encontra aplicação prática. Quando se exprime que não haverá penas de caráter perpétuo ou cruel ou que ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III, CF), dificilmente cremos na veracidade declarativa do texto. Esta mesma incerteza se reproduz em uma plêiade de outros institutos constitucionais, não deixando de alcançar, a mancheias, a acepção da ampla defesa dos acusados em geral.

Realmente, aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes? Ninguém responde à questão sem hesitar. Sem dúvida, o sentido da Constituição transmitido pela tradição dos juristas dissente da realidade amedrontada. Acolhemos sem timidez o descumprimento quase integral da lei de execuções penais, simplesmente porque aquilo que ela diz que deve ser está fora do sentido comum teórico dos juristas e continuamos a interpretá-la como se o objeto (o sistema penitenciário) correspondesse ao que idealizou o sujeito ideal (o legislador). Não parece ser o Brasil

⁸⁶⁹ A Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006, inicia uma nova política pública de combate à violência doméstica no Brasil. Institui-se o Juizado de Família com competência para julgar todos os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher. A medida decorre de um compromisso internacional do governo para com o combate da violência contra a mulher, uma vez que o Brasil ratificara a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1984) e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra Mulher (1995).

⁸⁷⁰ Para Mariana Barros Barreiras, “acreditar que mudanças no sistema de Justiça Criminal possam levar a uma alteração no status feminino é crer no simbolismo do Direito Penal e viver em utopia” (O Discurso Feminista da Lei n. 11.106/05. “Boletim IBCCRIM”. São Paulo, n.150, p. 1-6, maio. 2005).

signatário das regras mínimas para tratamento de presos (Resolução de 30 de agosto de 1955, I Congresso das Nações Unidas).

É preciso contextualizar a interpretação do texto constitucional, de um lado, posicionando-a no âmago da realidade do Estado de Direito e, de outro, produzindo um novo significado para tudo que está em desarmonia com ele. Os *pré-juízos inautênticos* aproximam-se do que Streck chama de sentido comum teórico dos juristas, levando às interpretações descontextualizadas “do sentido da história, desbordantes do Estado Democrático de Direito”, notadamente porque “olhar o novo com os olhos do velho transforma o novo no velho!”⁸⁷¹.

No Estado Constitucional de Direito, o centro de decisão desloca-se do Poder Executivo em direção ao Judiciário⁸⁷², ao qual caberá controlar as tensões sociais por meio do emprego de um *programa de governo* extraído da Constituição. E aí reside o ponto de atrito com os valores neoliberais e pós-modernos, que aplicam força em sentido contrário, com vistas ao enfraquecimento do Poder Judiciário. Tendo na devida conta o que assegura Djason B. Della Cunha, o papel principal do Direito atende mesmo à mudança e à dinâmica social, não obstante se apresente liberalmente “como instrumento de manutenção do status quo de uma determinada sociedade”⁸⁷³.

Sob esta extensão de significado, o intérprete já não pode ser aquele ente superior que contempla – abstraído de seu tempo histórico – o objeto; deve concretizar a lei em cada caso e de acordo com a realidade histórica da comunidade na qual está inserido. Não se conformando com o sentido comum teórico dos juristas, exige-se desse sujeito contínua crítica em relação à lei e ao que fora pré-dito sobre ela. Este é o novo paradigma hermenêutico⁸⁷⁴. O juiz precisa acordar às novas responsabilidades impostas pelo Estado Constitucional de Direito.

⁸⁷¹ “Hermenêutica Jurídica e(em) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito”. 6ª. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 280-1.

⁸⁷² Ibid, p. 55.

⁸⁷³ “Sociologia Jurídica: Direito, cultura e cidadania”. Natal: Ágape, 1998, p. 80.

⁸⁷⁴ Cf. STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., p. 260 a 274. Sem afogadilho, na mesma linha de Lenio Luiz Streck, merece atenção o que afirma Eduardo Capellari: “De um modo geral, a magistratura brasileira foi formada a partir de uma matriz liberal- positivista que pressupõe a atividade jurisdicional como a resolução de conflitos interindividuais e, portanto, é em sua maioria refratária a judicialização de conflitos coletivos; concebe o direito como desprovido de valores axiológicos, e nessa medida não concebe a possibilidade de interdisciplinariedade metodológica como necessária à cognição dos fenômenos reais; é informada dos valores da tradição bacharelesca, na medida em que ostenta a oratória ornamental, desprovida de vinculação com o real e que esvazia de eficácia o direito, como característica cultural importante; e, por fim, apegada aos aspectos formais em detrimento, muitas vezes, dos aspectos materiais do fenômeno jurídico” (A Crise do Poder Judiciário no Contexto da Modernidade: a necessidade de uma definição conceitual. “Revista de Informação Legislativa”. Brasília: Senado Federal, n. 152, p. 135-149, 2001, p. 136.).

O quadro conjuntural do Brasil preconiza a reorientação do projeto de Estado Social, que não se recupera sob a luz de linhas neoliberais da contemporaneidade, ou, como anotaria Saïde Farhat, em função de um suposto *capitalismo humanizado*⁸⁷⁵. O desenvolvimento tecnológico e a mundialização tracejam as ocorrências elementares da contemporaneidade. A *pós-modernidade*, (re)conhecida enquanto fenômeno resultante, sobretudo, da consolidação do capitalismo no final do século precedente, herda muitas de suas características do início deste período. Assim, de maneira abrangente, identificam-na: (a) a economia global; (b) o fim dos grandes ideais políticos; (c) o Estado mínimo; (d) a miséria cultural; (e) a crescente importância do conhecimento tecnológico; (f) a crise das relações de trabalho; (g) o individualismo exacerbado; (h) a instabilidade econômica; (i) o abrandamento dos fins sociais do Estado; (j) o fortalecimento do mercado financeiro e das grandes corporações e (k) o consumismo⁸⁷⁶.

A ascensão do individualismo contemporâneo rompe os vínculos sociais e traz a crise da palavra. Já não sabemos se estamos em consenso com o outro⁸⁷⁷, exceto com relação à necessidade de aumento do recrudescimento penal. Nisto, a opinião pública parece fechar consenso. Como reconhece Hoyos, a *pós-modernidade* também enseja a era pós-utópica, onde ocorre o desmoronamento dos idealismos, do comunismo, da idéia de separação de poderes, de independência etc⁸⁷⁸. As utopias acabaram, mas ainda não sabemos o que de fato ganhamos com isso.

Caso tenha sido o século XX o do império da palavra⁸⁷⁹, hoje a palavra continua imperando pela sua manipulação – pela sua crise. É assim que o século XXI marca a era da *informação*; cada vez mais somos guiados por opiniões generalizadas, carregadas de controles e manobras, o que nos faz desconfiar do verbo expressado individualmente, isto é, receamos a palavra do outro. O processo judicial encontra esta resistência *pós-moderna*. É no processo onde deve imperar a palavra do outro por intermédio da defesa, mas o outro não vence as opiniões generalizadas sobre ele. "Cada um de nós tende a fechar-se à influência do outro, por desconfiança e por experiência", como completa Breton⁸⁸⁰.

⁸⁷⁵ FARHAT, Saïde. "Dicionário Parlamentar e Político: o processo político e legislativo no Brasil". São Paulo: Fundação Petrópolis: Companhia Melhoramentos, 1996, p. 928.

⁸⁷⁶ Sobre algumas dessas características, cf. MAGALHÃES, Fernando. "Tempos Pós-Modernos". São Paulo: Cortez, 2004, pp. 15, 29, 29, 36, 69 e 72.

⁸⁷⁷ BORGES, José Souto Maior. "O Contraditório no Processo Judicial (Uma Visão Dialética)". São Paulo: Malheiros, 1996, p. 114.

⁸⁷⁸ "El Debido Proceso". Santa Fe de Bogotá: Temis, 1998, p. 01.

⁸⁷⁹ BRETON, Philippe. "A Manipulação da Palavra". Trad. Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Loyola, 1999, p. 53.

⁸⁸⁰ Ibid, p. 123.

No entanto, o individualismo contemporâneo mostra-se sociável para com as opiniões unânimes, muitas das quais discriminatórias e presentes no processo penal diuturnamente. A sociedade individual *pós-moderna* contempla um modelo perfeito de comunidade igual, mesmo que para isso tenha que sustentar pensamentos nutridos pela separação dos *inimigos da comunidade* – dos indesejados, dos marginalizados, dos *outsiders*, dos perigosos, dos inimigos etc., em busca de uma revitalização nostálgica da comunidade situada num passado distante de nossas memórias⁸⁸¹.

A conseqüência de tudo isso tem sido o surgimento de uma coletividade desprovida de perspectivas e identidade, cujos desejos dispersos migram em direção tresloucada. A individualidade exacerba-se. Este ambiente, aliado ao declínio do Estado Social, revigora uma coletividade carente e não menos ciosa por decisões políticas em todos os sentidos, principalmente à volta das políticas criminais de contenção da crescente criminalidade, dela não se excluindo nem os pequenos e médios delitos praticados por indivíduos hipossuficientes⁸⁸². Nesse alvoroço, o processo penal move-se, como um pêndulo, entre o interesse do Estado-acusador (eficientismo) e o do cidadão-acusado (garantismo)⁸⁸³.

Nos Estados Unidos da América e também na Alemanha, é marcante a tendência política em direção ao lado pendular do Estado-acusador, mesmo em detrimento das garantias penais⁸⁸⁴. A garantia de defesa defronta-se com uma reação política autoritária de um Estado-Juiz que responde ao medo coletivo por meios de posturas agressivas às garantias individuais. Os movimentos de *lei e ordem* e as políticas penais de tolerância zero originam-se desta era *pós-moderna*. Se, por um lado, os jogos de linguagens permitem o alargamento das possibilidades de decisões para cada caso, por outro, o modelo penal neoliberal diminui a capacidade interpretativa do juiz, quando elege previamente os inimigos sobre os quais deva

⁸⁸¹ Cf. BRETON, Philippe. Op. cit., p. 128.

⁸⁸² MAGALHÃES, Fernando. Op. cit., p. 63.

⁸⁸³ DIAS NETO, Theodomiro. O Direito ao Silêncio: tratamento nos direitos alemão e norte-americano. "Revista Brasileira de Ciências Criminais". São Paulo, ano 5, n. 19, p. 179-204, jul.-set./97, p. 182. Trotsky resume os percalços enfrentados pela sociedade moderna na seguinte maneira: "Sob o chicote das necessidades exteriores, a vida retardatária é constringida a avançar por saltos. Desta lei universal da desigualdade do ritmo decorre outra lei que, na falta de melhor nome, pode denominar-se lei do desenvolvimento combinado, no sentido da aproximação das etapas diversas, da combinação de fases discordantes, da amálgama de formas arcaicas com as modernas" (apud FAORO, Raymundo. "Os Donos do Poder: formação do patronato político brasileiro". V. 2, 10ª ed., São Paulo: Globo: Publifolha, 2000, p. 365).

⁸⁸⁴ DIAS NETO, Theodomiro. Op. cit., p. 183. Sobre a tendência criminalizadora nos Estados Unidos, na Argentina e na Alemanha, cf. CHEVIGNY, Paul. A Repressão nos Estados Unidos após o Atentado de 11 de Setembro. "Sur: Revista Internacional de Direitos Humanos". São Paulo, ano 1, número 1, p. 151-168, 2004, p. 156; BINDER, Alberto M. Relaciones entre Dogmática Penal y la Política Criminal. In: CÓPPOLA, Patricia (Comp.). "Derechos Fundamentales y Derecho Penal". Córdoba: INECIP, 2006, p. 53; ROXIN, Claus. Problemas Atuais da Política Criminal. "Revista Ibero-Americana de Ciências Penais". Porto Alegre, v. 2, fascículo 4, p. 11-18, set.-dez./2001, p. 11.

agir a persecução criminal. A justiça penal da contemporaneidade opera, predominantemente, contra aqueles muitos que não tiveram acesso ao Estado Social, o que, não sem frequência, sugere ao juiz criminal a abandonar as conquistas dos ideais humanistas.

Na contemporaneidade, o estabelecimento da igualdade não impediu a divisão da sociedade em categorias, cujos signos indicativos estão bem focados nos objetos de consumo e muitos outros artefatos alusivos ao status da posição social ocupada pelo indivíduo⁸⁸⁵. A sociedade pode tender a não dividir as pessoas segundo categorias eugênicas, mas as classifica de fato segundo um padrão de comportamento. Analisando os estamentos nos Estados Unidos, Joseph H. Fichter conclui que, a despeito das reconhecidas diferenças sociais entre negros, imigrantes e brancos, ocorre o predomínio da igualdade num sentido abrangente, exceto quanto aos delinquentes, que *perderam* efetivamente o direito de “serem respeitados em pé de igualdade”⁸⁸⁶. Conforme adianta o autor, naquele País, pelos menos três categorias de pessoas carecem de classe social, quais sejam os “delinquentes habituais, os vagabundos e os desocupados”⁸⁸⁷. Embora sejam associadas aos pobres, na verdade, estas pessoas desclassificadas são o desígnio das políticas penais de tolerância zero.

Para compreender a chamada tolerância zero, cabe entender o custo e o impacto que este movimento despertou na década de 1990, notadamente quando implantadas em Nova Iorque durante a gestão do Prefeito Rudolph Giuliani. De fato, os índices de criminalidade diminuíram desde então nesta cidade, mas houve um custo pela implementação de uma política oficial de proscricção dos perniciosos – negros, mendigos, imigrantes, pobres e indesejáveis em geral. Desde aquela década, o crescente aumento da população carcerária americana tem estimulado a escalada dos custos financeiros destinados ao parque correcional, criando um ciclo de dependência muito caro para ser aplicado em países periféricos como o Brasil.

Nos Estados Unidos da América, como torna inteligível Loïc Wacquant, os transcendentes lucros do setor privado de prisões financiam a política do aprisionamento. Não contraditoriamente, o aumento dos índices de encarceramento ajuda a reduzir as assustadoras taxas de desemprego⁸⁸⁸. Esta aliança neoliberal, que consegue diminuir a criminalidade e simultaneamente *abater* a falta de emprego, exige, no entanto, a composição sistêmica de um

⁸⁸⁵ Pelo menos nos dois primeiros séculos da sociedade colonial, as classes se resumiam a duas: o proprietário rural e o trabalhador (semi-)escravo (FAORO, Raymundo. Op. cit., p. 365).

⁸⁸⁶ FICHTER, Joseph H. “Sociologia”. Trad. Hebe Guimarães Leme. São Paulo: Pedagógica e Universitária, 1973, p. 110.

⁸⁸⁷ Ibid, p. 390.

⁸⁸⁸ WACQUANT, Loïc. “As Prisões da Miséria”. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 97. Como explica Zaffaroni, a partir da década de setenta, no auge da economia de serviços, “o sistema penal se converteu em um fator de redução da taxa de desemprego ou mesmo em condição de plena ocupação” (“O Inimigo no Direito Penal”. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: REVAN, 2007, p. 61).

complexo comercial carcerário, que faça o papel semelhante à indústria militar dos anos de 1950 e de 1960, quando os Estados Unidos registravam queda nos indicadores de aprisionamento⁸⁸⁹.

Os adeptos da tolerância zero justificam o combate dos grandes crimes pelos pequenos, mas não dão a mesma entonação e frequência quando versam sobre a sua aplicação aos crimes financeiros⁸⁹⁰, o que revela a vocação desta política criminal, especialmente gerada para os crimes praticados por pobres e indesejados.

Conforme entendem os teóricos destas *novas* políticas penais, o Estado não precisa preocupar-se com as causas da criminalidade, exceto com os efeitos; e isto significa que as causas do crime estão apenas no delinqüente e não na sociedade, subtraindo, desta forma, o sentimento de culpa social motivado pelo delito⁸⁹¹. A tolerância zero refreia o aumento da pequena criminalidade por meio de medidas penalizadoras, financeiramente muito dispendiosas para os Estados periféricos. Cada vez mais é necessário recorrer-se a uma indústria prisional privada, alimentando um ciclo de lucros despreocupado com as causas ou com o tratamento humano dos delinqüentes, especialmente os juvenis, crescentemente sujeitos às medidas voltadas ao seu encarceramento⁸⁹².

O *plea bargaining* americano inspira juízos abreviados em muitos países. No Brasil, os Juizados Especiais Criminais não são garantia de obediência aos direitos fundamentais. Efetivamente, estes órgãos aumentaram o poder incriminador do Estado, ampliando a persecução penal para delitos e contravenções que estavam socialmente esquecidos. De fato, os Juizados funcionam como uma válvula de escape para o aumento crescente dos índices da criminalidade produto da pobreza, sem que haja pelo Estado o incremento do número de defensores para acompanhar os casos penais⁸⁹³.

⁸⁸⁹ WACQUANT, Loïc. Op. cit., pp. 99-100.

⁸⁹⁰ Ibid, pp. 25 e 27.

⁸⁹¹ Ibid, p. 50.

⁸⁹² Ibid, pp. 25 e 27.

⁸⁹³ Nos Estados Unidos, um caso revela a real feição do *plea bargainig*. Em 2001, o adolescente de 14 anos Lionel Tate foi condenado à prisão perpétua sem direito à fiança por um homicídio cometido quando tinha 12 anos (o menor causara a morte de uma amiga quando simulava uma luta). Em troca do reconhecimento da culpabilidade, o órgão acusador sugeriu a pena de três anos de prisão, mais um ano de prisão domiciliar e dez anos de liberdade sob fiança. Em não tendo aceitado o *plea bargainig*, o adolescente foi condenado à prisão perpétua, pena extrema e desproporcional à que tinha sido inicialmente proposta. Não obstante seja o adolescente de cor negra, a punição perpétua foi uma resposta à recusa do reconhecimento da culpabilidade, tendo um caráter exemplar para impedir que outros declinem do sistema de *plea bargainig* (MARTÍNEZ, Stella Maris. Quién defiende a la Defensa: el derecho de defensa como requisito inexcusable de una administración de justicia respetuosa de los derechos humanos. In: MESSUTI, Ana; SAMPEDRO ARRUBIA, Julio Andrés (comps.). “La Administración de Justicia: en los albores del tercer milenio”. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2001, p. 172).

O Estado neoliberal, embora capitaneie a diminuição da participação do Estado, recorre, antagonicamente, a um Estado penal máximo, no que diz respeito às políticas criminais. Nada obstante os projetos da burguesia tenham sido interrompidos pelo Welfare State, o fim do socialismo de matiz marxista garante ao capitalismo um caminho sem concorrentes, apto, portanto, a retomar a ascensão individualista, mesmo que para tanto ignore problemas sociais e deprecie os respectivos direitos fundamentais consolidados nas últimas décadas⁸⁹⁴. O enfraquecimento do Estado causado pela tendência neoliberal fortalece a concentração de desigualdades sociais, principalmente nos Países periféricos, o que naturalmente provoca o avanço da criminalidade e o crescente rigor da política criminal, cujo êxito não se condiciona ao emprego de ações favoráveis aos Direitos Humanos⁸⁹⁵. Não existe nenhuma evidência de que as violações de garantias individuais contribuam à diminuição da criminalidade, mas decerto convergem ao incremento do medo coletivo.

O liberalismo não implica necessariamente o respeito às diferenças ou à liberdade plena, mas cinge-se unicamente à liberdade “para fazer o qualquer é correto”, porquanto, como reconhece Fichte, o grande dilema é saber o que é correto⁸⁹⁶. Por tal motivo, o intérprete neoliberal alia-se, sem ressentimentos, às emblemáticas políticas de intolerância e às tendências vinculantes, que associam segurança jurídica à diminuição da capacidade interpretativa do juiz, em busca de recompor o magistrado tal qual um novo modelo montesquieuniano. Desta maneira, a garantia de defesa se submete a uma equação simples de resolver: A prisão empobrece, e para o pobre um Direto Penal igualmente pobre em garantias basta⁸⁹⁷.

O movimento *lei e ordem* não é capaz de solucionar a *múltipla violência*. O modelo de tolerância zero pode ser muito útil para países como os Estados Unidos da América, mas possui discutível eficácia na sociedade brasileira, onde os fatores que determinam o gênero violência (e a violência generalizada) são diferentes daqueles encontrados na América do Norte.

⁸⁹⁴ MAGALHÃES, Fernando. "Tempos Pós-Modernos". São Paulo: Cortez, 2004, p. 97.

⁸⁹⁵ GUIMARÃES, Samuel Pinheiro. Direitos Humanos e Neo-Liberalismo. In: PINHEIRO, Paulo Sérgio; GUIMARÃES, Samuel Pinheiro (Org.). "Direitos Humanos no Século XXI: Parte II". Brasília: Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais Fundação; Alexandre de Gusmão; Senado Federal, 1998, p. 1043. Outrossim, o articulista acresce que "as políticas neo-liberais tendem a agravar as violações de direitos humanos, de todo tipo e assim as três gerações de direitos humanos têm sido igualmente afetadas pelos efeitos perversos dessas políticas" (op. cit., p. 1041).

⁸⁹⁶ "Sociologia". Trad. Hebe Guimarães Leme. São Paulo: Pedagógica e Universitária, 1973, p. 369. Na liberdade de pensamento, o liberalismo nos Estados Unidos proíbe o que é capaz de causar mal ao outrem. Assim, tem-se liberdade para defender o aborto, relações concubinárias ou as mentiras em geral, mas não se admite o anti-semitismo e o racismo, por exemplo (FICHTER, Joseph H. Op. cit., p. 368).

⁸⁹⁷ WACQUANT, Loïc. Op. cit., p. 143.

7. A DISPOSIÇÃO ESTRUTURAL DA GARANTIA DE DEFESA

"Nenhum governante, seja qual for a natureza da sua autoridade, na medida em que é governante, não objetiva e não ordena a sua própria vantagem, mas a do indivíduo que governa e para quem exerce a sua arte; é com vista ao que é vantajoso e conveniente para esse indivíduo que diz tudo o que diz e faz tudo o que faz".

PLATÃO, *A República*.

7.1. O núcleo da garantia de defesa

A defesa trata-se de um *direito-marco*, sob o qual se acastelam vários outros direitos, como direito à informação, à audiência bilateral, ao contraditório, ao acesso, à defesa técnica, a prova, à não auto-incriminação, aos recursos, à última palavra etc⁸⁹⁸. Como corolário dessa assertiva, a Convenção Europeia de Direitos Humanos assegura que o direito de defesa pressupõe o direito de ser informado da acusação, o direito de preparação da defesa e o direito de autodefesa e de defesa técnica, o direito ao contraditório, o direito a igualdade de armas e o direito a assistência gratuita de intérprete, quando necessário⁸⁹⁹.

A defesa detém um sentido subjetivo e outro objetivo. Subjetivamente, caracteriza-se pelo ato espontâneo de reação à acusação. No sentido objetivo, abrange os elementos, provas e argumentos de fato ou de direito aduzidos pelo acusado e seu defensor com fins de viabilizar a defesa subjetiva⁹⁰⁰. Portanto, para que a execução da defesa subjetiva, são necessárias condições objetivas.

⁸⁹⁸ OÑA NAVARRO, Juan Manuel de. El derecho de defensa en la fase de instrucción del proceso penal en la doctrina del Tribunal Constitucional. In: COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel (Dir.). "Constitución y Garantías Penales". Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2004, p. 165-238, p. 170.

⁸⁹⁹ Ibid, p. 174.

⁹⁰⁰ Cf. ROSA, Borges da. "Comentários ao Código de Processo Penal". 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 387.

Como ajusta a doutrina mais abalizada, a defesa penal efetiva deve condensar tais condições objetivas, garantindo o direito à audiência em seu sentido amplo. De tal modo, a decisão judicial somente pode fundar-se em circunstâncias sobre as quais o acusado tenha tido oportunidade de ser ouvido, porque se impõe ao juiz o dever de apreciar as contraditas do acusado.

O direito à audiência fundamenta o direito de influenciar em qualquer decisão judicial, não se tomando a igualdade de armas de forma matemática, mas sim substancial. Logo, reserva-se ao acusado o direito de expor razões, em função de que deve ser-lhe assegurado o direito de ter conhecimento dos atos processuais, estando presente ou não durante sua realização, para, somente assim, poder controlar, produzir e valorar a prova⁹⁰¹. Para que a parte possa contrariar as provas desfavoráveis, é imprescindível que lhe seja assegurado o conhecimento de todas as questões de fato e de direito que possam interferir na decisão. Ou seja, qualquer decisão judicial somente deve fundar-se em argumentos contra os quais a defesa tenha tido oportunidade, mesmo indiretamente, de contrariar⁹⁰².

Em síntese, a inviolabilidade do direito de defesa pressupõe: direito de ser ouvido, que implica presença física; intimação e livre declaração; possibilidade de produzir provas; correlação entre acusação e sentença; proibição de *reformatio in pejus* e defesa técnica eficiente⁹⁰³.

O primeiro ato de audiência pessoal dá-se no interrogatório, momento em que o juiz deve assegurar-se de que as declarações prestadas pelo réu são espontâneas. Para tanto, deve cientificar o réu do direito ao silêncio, vedando-se que a sentença se fundamente em fatos sobre os quais o réu não teve a oportunidade de ser ouvido⁹⁰⁴.

Para que exista defesa efetiva, é necessário que o fato imputado esteja adequadamente descrito, com todas as suas circunstâncias, porque ninguém se defende do que desconhece⁹⁰⁵. Também se exige que o acusado seja informado de todos os atos processuais.

⁹⁰¹ MALARINO, Ezequiel. El Examen de las Actuaciones con Anterioridad a la Declaración del Imputado: a la vez, un alegato en favor de las facultades activas de intervención de la defensa en la investigación penal preparatoria. “Nueva Doctrina Penal”. Buenos Aires: Editores del Puerto, Fascículo B, p. 459-495, 1999, pp. 461 a 465.

⁹⁰² Cf. AROCA, Juan Montero. “Principios del Proceso Penal: una explicación basada en la razón”. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1997, p. 142.

⁹⁰³ LÓPEZ PULEIO, Maria Fernanda; GONZÁLEZ ESPUL, Estela; SARA PEÑA, GUZMÁN et al. Los Cuadernos de la Defensa: la defensa oficial en el nuevo código procesal penal de la Provincia de Buenos Aires, Argentina. “Periódico Pena y Estado”. Buenos Aires, v. 5, fascículo 5, p. 243-265, 2002, p.247.

⁹⁰⁴ TINEDO FERNÁNDEZ, Gladys. La Defensa en el Proceso Penal. “Capítulo Criminológico. Revista de las disciplinas del control social”. Maracaibo/Venezuela: Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad del Zulia, ISSN 798-9598, v. 22, p. 185-206, 1994, p. 199.

⁹⁰⁵ Ibid, p. 197.

Com efeito, o direito à informação trata-se de um mecanismo de controle sobre o conteúdo das decisões judiciais, exigindo expressa motivação das causas que levaram o juiz a tomar determinada decisão⁹⁰⁶. Como decidiu o Tribunal Constitucional espanhol (STC 18/99), o direito de notificação das decisões judiciais tem utilidade não somente por força do direito à informação, mas para que o acusado possa impugnar a decisão pelos meios recursais cabíveis⁹⁰⁷.

De modo geral, o grau de exercício dos direitos que se relacionam com a defesa adquire plenitude a partir da citação, ato que consagra o direito à informação. A partir deste instante, a relação dialética e contraditória que se tenciona entre os agentes processuais auferir estabilização, permitindo a isonomia material por intermédio do *devido processo legal*, com o qual se logra a efetiva paridade substancial de armas, mantida pela irrestrita participação do acusado⁹⁰⁸. Salvo exceções legais, ao indivíduo não se faculta a oportunidade de se defender pessoalmente. Igualmente não importa se o acusado anui com a imputação porque, mesmo nesses casos, a pena somente será validada depois do *devido processo legal*⁹⁰⁹.

Outrossim, especificamente no processo penal, pouco significa conhecer a existência de *lide penal*, em razão das singularidades em volta das partes, cuja postura não necessariamente decorre do lado ocupado no processo ou em função de qualquer pretensão resistida⁹¹⁰. Logo, a atuação do Ministério Público não se destina obrigatoriamente a pedir a condenação de alguém, mas busca somente a obtenção da justiça⁹¹¹, independentemente de ter havido revelia ou mesmo reconhecimento da conduta ilícita pelo sujeito passivo, motivo pelo qual a “pretensão no processo penal é sempre insatisfeita”, sempre sendo “necessário o devido processo penal”⁹¹². Ao indivíduo processado interessa simplesmente não suportar a sanção. No processo penal, o que distingue as partes não são os objetivos pretendidos por cada uma delas, que podem ser, até mesmo, idênticos, mas sim a função desempenhada individualmente, segundo os comandos do *devido processo legal* insertos no sistema acusatório.

Contudo, o rigor lingüístico exige precisão quanto aos predicados atribuídos ao sujeito em cada fase do jogo processual. O significante que determina o indivíduo submetido

⁹⁰⁶ OÑA NAVARRO, Juan Manuel de. Op. cit., p. 184.

⁹⁰⁷ Ibid, p. 183.

⁹⁰⁸ TUCCI, Rogério Lauria. “Teoria do Direito Processual Penal: jurisdição, ação e Processo Penal (estudo sistemático)”. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 182.

⁹⁰⁹ LIMA, Marcellus Polastri. “Curso de Processo Penal”. V. 1, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 06.

⁹¹⁰ Sobre a irrelevância do conceito de lide penal: TUCCI, Rogério Lauria. Op. cit., p. 36.

⁹¹¹ TORNAGHI, Hélio Bastos. “A Relação Processual Penal”. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, s.d., p. 128.

⁹¹² LIMA, Marcellus Polastri. Op. cit., p. 07.

à *persecutio criminis* não raro cultua sentidos contextualmente ambivalentes. O texto normativo da Constituição da República, por exemplo, lança-se ao emprego de vocábulos com essas peculiares quando se refere aos *litigantes em processo judicial*, aos acusados em geral, ao preso, ao réu, ao condenado, ao culpado (Cf.: art. 5º, V, XL, LXIV, LVII etc.). Em maior ou menor grau, igualmente seriam polissêmicos termos como processado, réu, autuado, investigado, inocente, primário e tantos outros.

Portanto, impende contornar uns enigmas terminológicos que podem deformar a determinação dos significados das palavras atribuídas ao sujeito processual passivo, porquanto o problema da linguagem é o “grande drama da metodologia”, em razão de que a busca pelos termos lingüísticos mais exatos não deixa de ser uma preocupação para o jurista⁹¹³. É mister entender que a denominação do sujeito passivo no processo penal varia de acordo com o grau de sua participação no processo. Assim, empregam-se os termos *suspeito*, *indiciado*, *denunciado*, *imputado*, *parte* e *acusado* de acordo com a fase do jogo processual. Desse modo, o grau de participação do sujeito pode ser aquilatado de acordo com alguns momentos processuais, como o (I) da investigação; (II) da oferta da denúncia ou da queixa; (III) do recebimento da denúncia ou da queixa e (IV) da efetiva citação. Quanto mais nos distanciamos da fase inicial (I) em direção ao momento extremo (IV), mais completo se torna o núcleo do direito de defesa.

De tal modo, na fase investigatória ainda não há propriamente uma *parte* ou um indivíduo *acusado*, senão um *suspeito* ou um *indiciado*. Na segunda fase entendida, com a oferta da denúncia, já haverá então um indivíduo *denunciado*, mas não formalmente uma *parte*. O recebimento da denúncia demarca nosso terceiro momento, trazendo-se a juízo finalmente a hipótese acusatória, que atribui ao sujeito passivo uma conduta típica, mas ainda não é possível ao sujeito refutar a acusação, o que somente sucederá em momento futuro, com a citação. Conseqüentemente, antes da convocação processual pela citação, não denominaremos o *denunciado* de *acusado* propriamente dito, mesmo tendo havido o recebimento da denúncia. O recebimento da denúncia apenas confere ao indivíduo a condição de *imputado*, mas não dá ao sujeito todas as oportunidades de defesa. Em seqüência, no extremo de nossa cadeia de atos, a citação demarca o primeiro elo formal que contorna concretamente a ampla defesa, finalmente abonando ao indivíduo a condição de *acusado* ou *parte*.

⁹¹³ SILVA, José Afonso da. “Aplicabilidade das Normas Constitucionais”. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 111.

O status de acusado somente deve ser reconhecido ao sujeito passivo a partir da realização da citação. Isto é, formalmente só haverá *acusado* ou *parte processual* no instante em que o sujeito passivo toma conhecimento oficial da hipótese acusatória, sendo convocado para, em data previamente determinada, participar do interrogatório, alcançando-se a partir daí todos os atos inerentes ao *devido processo legal*. É neste instante que aporta o direito de defesa em sua plenitude, selando a formação da relação processual. No entanto, não se nega que o direito de defesa possa ser exercido na fase pré-processual.

Garantido o direito à informação, permite-se que o acusado exerça o direito de preparação da defesa (art. 6.3, CEDH), assegurando-se o direito de dispor do tempo e das facilidades necessárias para o exercício da defesa. O direito de preparação da defesa exige direito de intervir na produção da prova e o direito de fazer alegações⁹¹⁴.

O direito ao segundo grau também deriva do direito de defesa, pois, do contrário, não seria possível compreender a tutela judicial efetiva. De fato, o direito ao recurso considera-se como parte do direito de fazer alegações, porque as alegações mais importantes são aquelas deduzidas contra a sentença⁹¹⁵.

Uma doutrina anacrônica sustenta que a Constituição (art. 5º, LV) não pretendeu firmar o direito ao duplo grau de jurisdição como condição ao exercício do direito de defesa, mas que tão somente teria impedido restrição injustificada aos recursos legais. Assim, segundo esse entendimento, os recursos poderiam ser restringidos mediante a estipulação de prazos ou outras limitações, como a que determina a deserção do recurso do réu fugitivo (art. 595, CPP)⁹¹⁶.

À luz da efetividade, a restrição ao recurso deve ajustar-se à importância do direito material. Vale dizer, o legislador pode impor restrições recursais às causas de acordo com o direito material em questão. Portanto, no âmbito do processo civil, faz-se razoável, v.g., a regra processual que impede embargos infringentes e de declaração das sentenças de primeira instância proferidas em execuções fiscais de valor igual ou inferior a cinquenta obrigações do tesouro nacional (art. 34, Lei n. 6.830/80), sem que haja restrição ao direito de defesa.

Porém, o mesmo não acontece no processo penal. A restrição ao recurso, como a que vem expressa pelo citado art. 595 do Código de Processo Penal, não se ajusta à necessidade

⁹¹⁴ OÑA NAVARRO, Juan Manuel de. Op. cit., p. 202.

⁹¹⁵ Ibid, p. 209.

⁹¹⁶ Nesse sentido, a jurisprudência chegou a firmar que “se o sentenciado recorre da decisão condenatória e foge em seguida, mostra-se correta a decretação da deserção de seu apelo, ainda que venha a ser recapturado antes de seu julgamento” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC n. 81.742-MG. Rel. Maurício Corrêa, inf. n. 265/02).

de tutela jurídica da liberdade. Em linhas gerais, as barreiras recursais que ignoram a natureza do direito fundamental à liberdade, estipulando condições cujos objetivos simplesmente respondem aos interesses de desafogar a pauta dos tribunais⁹¹⁷ ou forçar que o réu não fuja à aplicação da lei penal⁹¹⁸, não correspondem ao princípio da ampla defesa.

No entanto, ainda que o direito de alegações prepondere como uma faculdade⁹¹⁹, no ordenamento brasileiro, trata-se de uma imposição (injunção legal) para a defesa penal dativa, em razão do dever de fundamentar suas razões (art. 261, parágrafo único, CPP). Dessa forma, o direito de alegações, do qual decorre o direito ao segundo grau, não comporta uma mera faculdade para os defensores dativos. Assim, quanto aos defensores dativos – públicos ou nomeados –, o direito de recorrer também se torna uma injunção legal, desde que o acusado manifeste insatisfação com a decisão. Destarte, havendo conflito entre a vontade do defensor e a do acusado, deve prevalecer a medida que maior liberdade assegure.

Por fim, qualquer modificação da acusação deve estar protegida por todos os direitos inerentes ao núcleo do direito de defesa⁹²⁰. Logo, compõe o direito de defesa o direito de utilizar-se de todos os meios disponíveis e necessários a sua defesa⁹²¹.

É o direito à contradição e à igualdade de armas. Nesses termos, o art. 6.3 da CEDH assegura o direito a interrogar as testemunhas e a obter a citação daqueles que testemunhem em seu favor nas mesmas condições daqueles que o façam de sentido contrário⁹²². Contudo, advirta-se que o direito à igualdade de armas não tem precisão matemática, de modo que, em várias situações, a igualdade material justifica que o acusado se sobreponha ao órgão acusador.

O direito de defesa também afiança a assistência gratuita de intérprete, como condição do conhecimento claro da imputação. Por isto, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos já reconheceu que cabe ao Estado arcar com os honorários dos intérpretes⁹²³.

⁹¹⁷ Cf. MENDONÇA JÚNIOR, Delosmar. "Princípios da Ampla Defesa e da Efetividade no Processo Civil Brasileiro". São Paulo: Malheiros, 2001, p. 104.

⁹¹⁸ Nessa perspectiva, vem a decisão da 6ª T. do STJ, no sentido de que a declaração de deserção do recurso motivada pela fuga do réu causa evidente constrangimento ilegal, a justificar, inclusive, a concessão de HC de ofício (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 65.458-RJ, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 4/9/07, inf. n. 333/07).

⁹¹⁹ OÑA NAVARRO, Juan Manuel de. Op. cit., p. 209.

⁹²⁰ Ibid, p. 184.

⁹²¹ Ibid, p. 214.

⁹²² Ibid, p. 214.

⁹²³ Sentença de 28 de novembro de 1978 (caso Luediacke, Belkacen y Koc). Cf. OÑA NAVARRO, Juan Manuel de. Op. cit., p. 234.

7.2. O caráter dual da defesa penal: autodefesa e defesa técnica

7.2.1. Síntese histórica a respeito da divisão do direito de defesa: autodefesa e defesa técnica

Consagrado, até mesmo, no Antigo testamento⁹²⁴, o direito de defesa remonta aos primórdios da civilização. Na Grécia, o acusado tinha o direito de comparecer ao tribunal para se defender. Posteriormente, evolui-se para se permitir que um terceiro realizasse a defesa do acusado⁹²⁵. Em Roma, o direito de defesa se desenvolve juntamente com o instituto do patronato⁹²⁶, cabendo ao pretor assegurar um defensor a quem não o possuía⁹²⁷. Do mesmo modo, no direito germânico antigo o acusado era representado por um interlocutor (*Fürsprecher*), sendo sua participação obrigatória nalguns casos⁹²⁸.

De modo geral, esse é o modelo prevalente ainda hoje. É dessa forma que se compreende o direito de defesa de maneira dicotômica, ou seja, manifestada pessoalmente (autodefesa) e por um terceiro agente (defesa técnica), excetuada a hipótese de o próprio acusado possuir habilitação para promover a sua defesa técnica.

Historicamente, a supressão da defesa técnica tem sido associada aos modelos processuais autoritários. Na França, as ordenações de 1498 e 1539 chegaram a eliminar a defesa penal por terceiros, sob a consideração de que impediria a busca da verdade, justificando-se, assim, o exercício da defesa apenas pessoalmente⁹²⁹. Posteriormente, a Revolução Burguesa restabelece o fim da exclusividade da autodefesa, permitindo o exercício

⁹²⁴ No capítulo 13 do livro de Jô, lê-se: “Eis que tudo isto viram os meus olhos, e os meus ouvidos o ouviram e entenderam ... 3 Mas eu falarei ao Todo-Poderoso, e quero defender-me perante Deus. 4 Vós, porém, sois inventores de mentiras, e vós todos médicos que não valem nada... 6 Ouvi agora a minha defesa, e escutai os argumentos dos meus lábios... 12 As vossas memórias são como provérbios de cinza; as vossas defesas como defesas de lodo. 13 Calai-vos perante mim, e falarei eu, e venha sobre mim o que vier... 17 Ouvi com atenção as minhas palavras, e com os vossos ouvidos a minha declaração. 18 Eis que já tenho ordenado a minha causa, e sei que serei achado justo. 19 Quem é o que contenderá comigo? Se eu agora me calasse, renderia o espírito... 22 Chama, pois, e eu responderei; ou eu falarei, e tu me responderás. 23 Quantas culpas e pecados tenho eu? Notifica-me a minha transgressão e o meu pecado”.

⁹²⁵ GOLDSCHMIDT, James. “Princípios Gerais do Processo Penal”. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003, p. 109.

⁹²⁶ *Ibid*, p. 110.

⁹²⁷ TINEDO FERNÁNDEZ, Gladys. *Op. cit.*, p. 188.

⁹²⁸ GOLDSCHMIDT, James. *Op. cit.*, p. 111.

⁹²⁹ No séc. XVIII, o filósofo pré-marxista Morelly condenou a defesa realizada por terceiros (MORELLY. “Código de la Naturaleza o el Verdadero Espíritu de sus Leyes”. Trad. R. Garzaro, Salamanca: Cervantes, 1985, p. 164).

da defesa por terceiro (defesa técnica)⁹³⁰. Durante o nacional-socialismo, reaparecem várias regras que restringem a autonomia da defesa técnica, por se considerar o advogado como um mero auxiliar do Estado, tanto que, na Itália fascista, este profissional estava impedido de defender os reconhecidamente culpados⁹³¹.

Em essência, o direito de defesa decorre da faculdade primitiva de autodefesa, cuja remota origem antropológica deve ser reconhecida⁹³². No entanto, modernamente, o direito de defesa se consolida em duas vertentes: (I) autodefesa e (II) defesa técnica. A autodefesa identifica uma característica do Estado Liberal, cujo individualismo reservava ao próprio acusado a faculdade de realizar a sua defesa. Por outro lado, a defesa técnica muito mais se afilia ao dever de prestação do Estado Social, em função de que não pode ser dispensada pela parte, ao contrário do que acontece com a autodefesa⁹³³. Ou, noutras palavras, a autodefesa manifesta o caráter subjetivo do direito de defesa, enquanto a defesa técnica, em regra realizada por um terceiro, destaca o aspecto objetivo desse direito⁹³⁴.

7.2.2. A defesa técnica: conteúdo e meios de exercício

Não obstante a sua ligação com o patronato romano ou, mais proximamente, com a formação do *devido processo legal*⁹³⁵, a defesa técnica concilia-se, estreitamente, com o dever de prestação do Estado Social. Desse modo, impõe-se ao poder público a garantia de sua efetiva prestação em favor do acusado. Assim, o núcleo do direito à assistência técnica pode

⁹³⁰ TINEDO FERNÁNDEZ, Gladys. Op. cit., p. 189. Na França, um decreto de 8 de outubro de 1789 assegura então que um acusado pode dispor de vários defensores, com os quais se permite a livre comunicação, mesmo estando o réu detido. Uma lei de 29 de setembro de 1791, promulgada pela assembleia constituinte francesa, também garante ao acusado o direito de ser-lhe nomeado defensor no momento do interrogatório. Desta maneira, "pode afirmar-se que a obrigatoriedade da defesa e a possibilidade de o acusado prepará-la teve sua origem no contexto da assembleia constituinte francesa de 1789" (TINEDO FERNÁNDEZ, Gladys. Op. cit., p. 190).

⁹³¹ Ibid, p. 193.

⁹³² Cf. LÓPEZ LÓPEZ, Alberto Manuel. Defensa Técnica y Proceso Penal. "Actualidad Penal". Madrid: Actualidad Editorial, fascículo n. 2, p. 709-722, 1994, p. 709.

⁹³³ CANO CUENCA, Adoración. Sobre el Derecho de Defensa. "Estudios del Ministerio Fiscal". Madrid: Ministerio de Justicia e Interior: Secretaria General Técnica, Fascículo n. 2, p. 657-663, 1995, p. 661.

⁹³⁴ Sobre a defesa subjetiva e objetiva, cf. ROSA, Borges da. "Comentários ao Código de Processo Penal". 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 387.

⁹³⁵ A 6ª Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América já assegurava o direito à assistência de advogado. Cf. WEINBERGER, Andrew D. "Liberdade e Garantias: a Declaração de Direitos". Trad. Hersília Teixeira Leite Vasconcelos. Rio de Janeiro: Forense, 1962, p. 50.

ser sintetizado em (I) direito à livre designação de advogado; (II) direito a nomeação de defensor público ou advogado de ofício e (III) direito de assistência jurídica gratuita⁹³⁶.

No processo penal, a defesa técnica não depende do preenchimento de condições específicas pelo acusado, ou seja, não importa a sua situação financeira ou a sua confissão ou mesmo a recusa do auxílio técnico. O direito à assistência técnica também não depende da manifestação do acusado. Com isso, mesmo quando o acusado tenha manifestado desinteresse pela presença de seu advogado, cabe ao Estado-Juiz assegurar-se que houve a efetiva intimação do defensor para o ato processual, caso contrário deverá adiar o ato, a fim de que ocorra a efetiva comunicação.

Como a defesa técnica decorre de um dever de prestação do Estado Social Democrático para como o indivíduo, não há como o acusado renunciar a tal direito. Assim, exceto quando o acusado constituir advogado ou quando ele próprio possuir condições técnicas para se defender, o juiz deverá nomear-lhe defensor público ou, na falta, um advogado que possa exercer o encargo.

Dado o caráter de indisponibilidade da defesa técnica, o defensor não se reveste autêntico mandatário do acusado, mas um assistente técnico, que poderá agir, inclusive, contra a vontade do constituinte⁹³⁷.

O direito a uma defesa técnica encontra fundamento de princípio da igualdade de armas, porque o órgão acusador é um agente com capacidade técnica⁹³⁸. Assim, a jurisprudência internacional consagra a indispensabilidade da nomeação da defesa técnica, salvo se o acusado possuir capacidade técnica⁹³⁹. Contudo, não basta a mera nomeação de defensor, sendo necessário à realização de defesa real e efetiva⁹⁴⁰. A defesa deve ser eficaz, o que exige um significado diferente quando se trata de defensor dativo, porque, neste caso, o acusado não escolheu livremente a defesa técnica⁹⁴¹.

No âmbito dos tribunais, têm-se existido vários obstáculos à efetivação da defesa técnica. De fato, o Supremo Tribunal Federal já chegou a firmar que a defesa patrocinada por

⁹³⁶ OÑA NAVARRO, Juan Manuel de. EI derecho de defensa en la fase de instrucción del proceso penal en la doctrina del Tribunal Constitucional. In: COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel (Dir.). “Constitución y Garantías Penales”. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2004, p. 165-238, p. 211.

⁹³⁷ MARQUES, José Frederico. “Elementos de Direito Processual Penal”. V. 2, Campinas: Bookseller, 1997, 4v, p. 74.

⁹³⁸ OÑA NAVARRO, Juan Manuel de. Op. cit., p. 210.

⁹³⁹ Cf. STC 29/95.

⁹⁴⁰ Neste sentido decidiu o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (caso Artigo de 13 de maio de 1989) e o Tribunal Constitucional espanhol (STC n. 178/91; 71/88; 47/03) (cf. OÑA NAVARRO, Juan Manuel de. Op. cit., p. 212)

⁹⁴¹ Cf. OÑA NAVARRO, Juan Manuel de. Op. cit., p. 212.

bacharel com inscrição suspensa ou cancelada junto ao órgão de classe “não induz nulidade sem a comprovação concreta do prejuízo sofrido pelo acusado”⁹⁴². Neste mesmo sentido, Fernando de Almeida Pedroso argumenta que a nulidade da defesa realizada por bacharel sem inscrição no órgão de classe depende da comprovação de prejuízo, uma vez que a expressão *defensor* designa algo mais amplo do que o *advogado*⁹⁴³. Igualmente, dando um amplo sentido à defesa técnica, o Superior Tribunal de Justiça já entendeu não violar a ampla defesa o patrocínio da causa por defensor técnico não devidamente registrado, afastando a ocorrência da nulidade por falta de comprovação da existência de prejuízo para o réu⁹⁴⁴.

Tais decisões quebram a higidez do princípio da indispensabilidade do advogado à administração da justiça (art. 133, CF), gerando indiscutível prejuízo à defesa técnica do acusado. A este respeito, a 2ª Turma do STF anulou processo, no qual as alegações finais foram apresentadas por advogado com inscrição profissional suspensa. Na oportunidade, asseverou-se “a desnecessidade de demonstração da ocorrência de prejuízo, porque *in re ipsa*, decorrente da própria ausência de patrono legalmente apto a exercer, de modo pleno, a defesa técnica”⁹⁴⁵.

Nesta oportunidade, convém não olvidar os quatro habeas corpus que motivaram a edição da Súmula n. 523/69 do Supremo Tribunal Federal⁹⁴⁶. O primeiro caso⁹⁴⁷ diz respeito a uma ação penal na qual duas testemunhas foram ouvidas apenas na presença de estagiário. O Tribunal desconsiderou a existência de nulidade, porque os outros depoimentos testemunhais foram tomados perante advogado, o qual não suscitou qualquer prejuízo, de modo que não teria havido falta de defesa, a explicar a alegação de nulidade absoluta. No outro caso⁹⁴⁸, que também deu efeito à Súmula, reconheceu-se a falta de defesa porque o advogado limitou-se a *nada requerer* na defesa prévia, tendo permanecido inerte durante a instrução e nos debates, apenas se referindo a expressões vazias de significados, embora os outros réus do processo tivessem direcionado a responsabilidade do fato para o seu constituinte. No terceiro caso⁹⁴⁹,

⁹⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 70.749/RJ, 1ª T., Rel. Ilmar Galvão, DJU 6/5/94, p. 10.470.

⁹⁴³ "Processo Penal. O Direito de Defesa: repercussão, amplitude e limites". 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 221.

⁹⁴⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC n. 11.252-AM, Rel. Min. Vicente Leal, j. 24/5/01, inf. n. 97/01. Na verdade, vários julgados têm considerado a validade de defesa técnica realizada por advogado com inscrição da OAB cancelada. Nesse mesmo sentido: STF, HC n. 69.466/MS, 1ª T. Rel. Moreira Alves, DJU 11/09/92, p. 14.714; STJ, RHC n. 4014/RJ, 5ª T., Rel. Min. Assis Toledo, DJU 20/02/95, p. 3198.

⁹⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 85.717/SP, 2ª T., Rel. Min. Celso de Mello, 9.10.2007, inf. n. 483/07.

⁹⁴⁶ Súmula n. 523, STF: “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”.

⁹⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RJT 33/717, Rel. Min. Victor Nunes Leal, j. 10.6.1965.

⁹⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RJT 38/581, Rel. Min. Oswaldo Trigueiro, j. 22.8.1966.

⁹⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 45.015, 2ª. T., Rel. Min. Adaucto Cardoso, un., j 20/2/1968.

verificou-se que o advogado não havia assinado o termo de uma testemunha ouvida por precatória, tendo sido anulado o processo a partir deste ato, porque o réu teria ficado indefeso. No último precedente⁹⁵⁰, reconheceu-se a falta de defesa porque o defensor público não assinara o termo de audiência e as alegações finais foram assinadas por estagiário, não acontecendo, portanto, a defesa efetiva⁹⁵¹.

As garantias processuais visam assegurar a efetiva participação do acusado no processo. Por isso, não cabe duvidar que a participação do acusado aconteça de forma mais significativa por meio do direito à audiência e por meio do direito à assistência técnica⁹⁵². A defesa técnica garante, assim, a efetivação do direito de participação no processo. Em razão da efetividade exigida do direito de defesa, é inconstitucional a regra que não permite o adiamento de algum ato do processo em razão da falta justificada do defensor (art. 265, parágrafo único, CPP). A regra deve ser interpretada conforme os princípios constitucionais, de maneira que se extraia do texto o comando de maior efetividade. Assim, o adiamento da audiência deve ser determinado sempre que o defensor justificar a sua ausência.

7.2.3. A autodefesa: conteúdo e meios de exercício

A ampla defesa se completa com a autodefesa, cujo núcleo abrange o direito de audiência e o de presença. Em nosso ordenamento, o direito de presença decorre não apenas do *devido processo legal*, mas, ainda, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que assegura ao acusado o direito de defender-se pessoalmente e de inquirir as testemunhas presentes (art. 8.2, d e f). Assim, deve assegurar-se ao acusado o direito de apresentação a sua própria versão, reagindo ou não à imputação, como também o direito de estar presente em todos os atos processuais⁹⁵³.

Na perspectiva do binômio defesa técnica e autodefesa, cabe chamar atenção para o fato de que a autodefesa permite ao acusado utilizar, pessoalmente, a técnica processual. Assim, o acusado pode, independentemente da defesa técnica, oferecer defesa prévia, exceção

⁹⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RCH n. 45.336, 3ª. T., un., Rel Min. Hermes Lima.

⁹⁵¹ PENTEADO, Jaques de Camargo. “Acusação, Defesa e Julgamento”. Campinas: Millenium, 2001, pp. 245 a 247.

⁹⁵² DIAS NETO, Theodomiro. O Direito ao silêncio: tratamento nos direitos alemão e norte-americano. “Revista Brasileira de Ciências Criminais”. São Paulo, ano 5, n. 19, p. 179-204, jul.-set./97, p. 184.

⁹⁵³ Em razão do direito de audiência e de direito de presença do acusado, prerrogativas originárias do devido processo legal que consubstanciam o direito de autodefesa, o STF considerou nula qualquer audiência de instrução realizada sem a presença pessoal do acusado (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 86634/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, 18/12/2006. 2ª. T., inf. n. 453/06).

de suspeição ou de impedimento, arrolar testemunhas, interpor recurso ou habeas corpus, requerer progressão de regime ou revisão criminal e, ainda, se fazer presente nos atos processuais, sendo deles previamente notificado⁹⁵⁴.

O interrogatório compreende um dos momentos processuais mais importantes para o exercício da autodefesa, mas não o único. Por isso, a autodefesa não se restringe ao interrogatório nem este ato se reduz àquela. Pelo menos no sistema processual vigente, além de garantir a autodefesa, o interrogatório presta-se para (I) determinar o grau da pena; (II) formar a convicção judicial e (III) individualizar a pessoa do acusado (qualificação)⁹⁵⁵.

Quanto ao último aspecto, o interrogatório divide-se em interrogatório de qualificação e de mérito. Este se direciona ao objeto da autodefesa, estando, assim, protegido pelo direito ao silêncio, enquanto aquele outro unicamente visa estabelecer uma relação entre a pessoa identificada na denúncia e a que se apresenta para exercitar a autodefesa. Anota-se, desse modo, que o direito ao silêncio não dá amparo às declarações prestadas durante o interrogatório de qualificação⁹⁵⁶, uma vez que este ato não se relaciona com a causa de pedir da ação penal.

Advirta-se que, no sistema acusatório-garantista, o interrogatório não se estabelece com o objetivo de extrair a confissão. Com efeito, quando o acusado passa a ser assistido por um defensor técnico, o direito ao silêncio começa a se estruturar⁹⁵⁷, predispondo o desapego à confissão como meio supremo de convicção judicial. Na medida em que o acusado já possui alguém com capacidade técnica para falar por ele, diminui-se o interesse por suas próprias declarações. E isto está claro no atual sistema legislativo, que reposicionou o interrogatório (autodefesa) do procedimento ordinário para depois da instrução (art. 400, CPP). Conseqüentemente, o caráter do interrogatório como meio exclusivo de defesa sobrevém justamente porque a confissão deixa de ser o fim desse ato⁹⁵⁸, ou seja, a confissão perde a qualidade essencial de construir a verdade e, como segurança da espontaneidade, será importante que o interrogando seja agora acompanhado por um defensor técnico.

A rigor, o garantismo alinha-se à tradição iluminista para condenar toda forma de manipulação durante o interrogatório, desde a restrição ao direito ao silêncio até o emprego de tortura para alcançar a verdade. Os subterfúgios destinados à colaboração com a acusação são,

⁹⁵⁴ Cf. SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. “Curso de Direito Processual Penal: teoria (constitucional) do processo penal”. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 711 a 723.

⁹⁵⁵ Entendendo que a qualificação não é fim do interrogatório (HADDAD, Henrique Borlido. “Interrogatório no Processo Penal”. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 85).

⁹⁵⁶ Ibid, p. 101.

⁹⁵⁷ Ibid, p. 145.

⁹⁵⁸ Ibid, p. 65.

na verdade, novas modalidades de deslealdades contra a autodefesa. Em sentido semelhante, o décimo capítulo da obra clássica de Beccaria já havia vedado a sugestionabilidade dos interrogatórios e a obtenção forçada da confissão, mesmo sem deixar de criticar os juramentos pelo acusado. Desde este ponto de vista, são condenáveis os meios farmacológicos ou a hipnose para a obtenção forçada da verdade no interrogatório⁹⁵⁹. Dessa maneira, como se deve velar pela lealdade da autodefesa⁹⁶⁰, o garantismo assevera que a exigência de juramentos de verdade, a atenuação da pena pela confissão e os prêmios pela delação ou outras formas de cooperação com o poder punitivo comprometem a separação de funções do sistema acusatório⁹⁶¹.

Infere-se que a autodefesa não se limita ao interrogatório, mas envolve o aspecto de todo ato processual. Porém, já é possível conceber o interrogatório como um meio *exclusivo* de defesa, não importando se as declarações do acusado possam contribuir à convicção judicial.

O princípio da proibição da auto-incriminação relaciona-se diretamente com a autodefesa, exigindo, assim, que o réu sempre esteja consciente dos seus efeitos. Isto significa dizer que o direito ao silêncio alcança não apenas a possibilidade de silenciar durante o interrogatório de mérito, mas, inclusive, admite que o acusado altere os fatos ou, noutro aspecto, esteja desobrigado de comparecer a algum ato processual. Seja como for, a autodefesa(diferenças) não se governa rigorosamente pelos mesmos princípios que norteiam a defesa técnica, não obstante faça parte do conteúdo do pleno direito de defesa. Desse modo, ao contrário da defesa técnica, não se exige que a autodefesa seja eficaz⁹⁶², tanto que o réu pode faltar aos atos processuais ou mesmo reconhecer a imputação⁹⁶³. Noutras palavras, a

⁹⁵⁹ Cf. ALTAVILLA, Enrico. "Psicologia Judiciária: o processo psicológico e a verdade judicial". 3a. ed. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: Armênio Amado, 1981, pp. 444 e 453. Também este autor é contrário à narcoanálise química (op. cit., p. 449).

⁹⁶⁰ Pietro Verri (1728-1797) exalta que como se exige lealdade na defesa técnica, com maior razão se justifica que o acusado não seja traído por si próprio, o que acontece quando confessa por meio da tortura, violência injustificável e desleal contra a sua autodefesa ("Observações sobre a Tortura. Trad. Federico Carotti. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 97).

⁹⁶¹ Cf. "Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal". Trad. Ana Paulo Zomer et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 487.

⁹⁶² Cf. MENDONÇA JUNIOR, Delosmar. "Princípios da Ampla Defesa e da Efetividade no Processo Civil Brasileiro". São Paulo: Malheiros, 2001, p. 59.

⁹⁶³ Em sua monografia pioneira, Serra Neves dá um contorno amplo ao princípio da proibição contra a auto-incriminação, ao vedar a legitimidade da confissão pura e simples, pela qual o acusado, assentindo com a imputação, deixa de apresentar alguma justificativa em seu próprio benefício ("O Direito de Calar". Rio de Janeiro, São Paulo: Freitas Bastos, 1960, p. 113).

autodefesa é dispensável⁹⁶⁴, mas, de qualquer modo, será motivo de nulidade processual quando não assegurada pelo Estado.

É importante frisar que o direito de defesa, ainda que seja um direito fundamental, pode ser dispensável quanto ao seu exercício, desde que, para tanto, inexista norma dispendo em contrário. Assim, é possível anuir com a disponibilidade do exercício da autodefesa, sem que isso implique violação ao direito fundamental.

Sobre o ponto em causa, convém trazer à luz um debate entre Ferrajoli e Guastini. Para Ferrajoli, a universalidade dos direitos fundamentais diz respeito à titularidade, de modo que um direito será fundamental quando conferido a todas as pessoas físicas, aos cidadãos ou às pessoas capazes de realizá-lo. Tomando a titularidade como a parte mais essencial dos direitos fundamentais, entende Ferrajoli que a universalidade implica, naturalmente, a indisponibilidade. Guastini apega-se a esta questão para adiantar, ao contrário de Ferrajoli, que a indisponibilidade somente deve ser reconhecida quando existir uma norma determinando-a, diferentemente da norma que preveja a titularidade do direito fundamental⁹⁶⁵.

Portanto, Guastini identifica problemas na teoria garantista de Ferrajoli quanto a sua concepção de direitos fundamentais universais e indisponíveis. De fato, um direito universal quanto ao titular pode ser disponível quanto ao seu exercício. Exemplifica aquele publicista que o direito fundamental de liberdade, ainda que universal, pode ser restringido por uma decisão judicial que determine a prisão cautelar de alguém segundo os requisitos permitidos pelo ordenamento. Por esta razão, mesmo um direito fundamental pode ser disponível quanto ao seu exercício, exceto se existir uma norma que concretize esta indisponibilidade. E esta norma não pode ser a mesma que determina a titularidade do direito fundamental, completa Guastini⁹⁶⁶. Nestes termos, as palavras de Geórgia Bajer Porfírio assumem um sentido digno quando enunciam que a autodefesa pode ser dispensável quanto ao seu exercício, ou seja, apenas o beneficiário do direito pode dispensá-la, de tal modo que não condiz ao Estado a mesma possibilidade⁹⁶⁷.

Por essas singularidades, a autodefesa no interrogatório tende a perder importância. Em relação aos procedimentos ordinário e sumaríssimo, a legislação sinalizou neste sentido ao prever que o interrogatório seja tomado no final da instrução, depois da coleta dos

⁹⁶⁴ MARQUES, José Frederico. “Elementos de Direito Processual Penal”. V. 2, Campinas: Bookseller, 1997, 4v, p. 72.

⁹⁶⁵ FERRAJOLI, Luigi. “Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales: debate con Luca Baccelli, Michelangelo Bovero, Ricardo Guastini, Mario Jori, Anna Pintore, Ermanno Vitale, Danilo Zolo”. Madrid: Trotta, 2001, p. 61.

⁹⁶⁶ Ibid, p. 62.

⁹⁶⁷ “A Tutela da Liberdade no Processo Penal”. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 186.

depoimentos testemunhais (art. 400, CPP; art. 81, Lei n. 9.099/95), o que não apenas fortaleceu o seu caráter defensivo, mas igualmente favoreceu a invocação do direito ao silêncio. De fato, o reconhecimento do interrogatório como meio exclusivo de defesa depende de seu reposicionamento no final da instrução processual⁹⁶⁸, resguardando, deste modo, que o réu tenha cabalmente a oportunidade de silenciar ou apresentar a sua versão para os fatos, uma vez já produzidas as provas do órgão acusador.

No Tribunal do Júri, as funções da defesa podem comportar-se de forma diferenciada, porque deve vigorar por imposição constitucional o princípio da plena defesa (art. 5º, XXXVIII, CF). Assim, a legislação processual exigia a presença do acusado na sessão de julgamento para os crimes inafiançáveis e a necessidade de sua intimação pessoal da decisão de pronúncia, com a posterior entrega de uma cópia do libelo acusatório⁹⁶⁹.

Hoje, o ordenamento não somente aboliu o libelo-crime, como evoluiu para consagrar ao acusado solto o direito de não comparecimento à sessão do Tribunal do Júri, conseqüência natural do princípio contra a auto-incriminação (art. 457, CPP). Por outro lado, passou-se a admitir que o acusado solto não encontrado seja intimado da pronúncia por edital (art. 420, parágrafo único, CPP), o que de fato impõe uma prevalência do princípio da celeridade sobre o da ampla defesa.

Também, por isso, durante o julgamento em plenário, a plena defesa determina que o réu deva estar ao lado de seu defensor, assegurando-se que com que ele possa comunicar-se⁹⁷⁰. Ainda sob o ângulo da plena defesa, será possível aos juízes de fato absolver o réu apenas por força de seu interrogatório⁹⁷¹. Neste caso, vale dizer, a tese apresentada pela autodefesa também deverá ser objeto de questionamentos aos jurados, ainda quando contraditória à tese da defesa técnica. E não é somente isto. De fato, a possibilidade conferida ao acusado de recusar os jurados – independentemente de qualquer fundamento explícito – evidencia que o direito de defesa se dá, de forma muito mais intensa, no Tribunal do Júri (art. 459, CPP)⁹⁷².

⁹⁶⁸ Cf. HADDAD, Henrique Borlido. Op. cit., p. 105.

⁹⁶⁹ Cf. SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. “Curso de Direito Processual Penal: teoria (constitucional) do processo penal”. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 718.

⁹⁷⁰ Ibid, p. 710.

⁹⁷¹ HADDAD, Henrique Borlido. Op. cit., p. 35.

⁹⁷² Pietro Verri (1728-1797) justamente elogiava o júri anglo-saxão por admitir a rejeição dos jurados (“Observações sobre a Tortura”. Trad. Federico Carotti. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 128). Na mesma linha, Mittermaier (1787–1867), não obstante opor-se à íntima convicção, observa que uma das vantagens do júri está mesmo no “amplo direito de recusa que compete ao acusado, e faz com que os jurados apareçam como juízes” (“Tratado da Prova em Matéria Criminal ou Exposição Comparada”. Trad. Herbert Wüntzel Heinrich. Campinas: Bookseller, 1997, p. 105). Eduardo Espínola Filho realiza um estudo sobre o sistema de recusas

7.2.4. O direito de presença em imagem e som: questões em torno do interrogatório por videoconferência

Feitas essas colocações, resta tratar do consentimento do acusado para o interrogatório por videoconferência. Mesmo tendo a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal considerado inconstitucional esta modalidade de interrogatório⁹⁷³, entendendo que viola os princípios do *devido processo legal* e da ampla defesa, parece-nos, à luz do direito de presença (autodefesa), conferir um outro enfoque para a questão.

Antes de adiantarmos qualquer desaprovação à decisão, cabe igualmente levar em conta a inércia do Legislativo que, a despeito das várias ocasiões em que alterou o Código de Processo Penal, não regulamentou o assunto. Muito pelo contrário, na reforma de 2003, o legislador, simplesmente, ignorou a videoconferência e, demonstrando desconhecer a realidade judiciária do país, preferiu editar uma lei predestinada ao desuso, determinando que o interrogatório do acusado preso fosse feito no estabelecimento prisional (art. 185, § 1º, CPP).

De fato, a declaração de inconstitucionalidade em questão representa um inquestionável avanço para a efetivação dos princípios constitucionais, especialmente por renovar a importância da autodefesa realizada presencialmente. Efetivamente, não existe previsão legal para aplicação coercitiva da videoconferência, e tampouco a esfera estadual possui competência para legislar sobre o tema. Com efeito, o Código de Processo Penal apenas prevê que o interrogatório se realize na presença do juiz, seja no local onde se encontra o acusado preso, seja na sede do juízo criminal.

Entretanto, rigorosamente não é correto afirmar que o ordenamento infraconstitucional não disponha de nenhuma norma que regule o assunto. O Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, promulgado pelo Brasil a partir do Decreto n. 4.388/02, abona que a “testemunha preste declarações oralmente ou por meio de gravação em vídeo ou áudio”, desde que não haja prejuízo para o réu (art. 69, 2). A adesão ao Estatuto de Roma submete o Brasil à jurisdição complementar do Tribunal Penal Internacional Permanente quanto aos “crimes mais graves de transcendência para a comunidade internacional em seu

imotivadas, mostrando que o seu reconhecimento advém de nossa tradição jurídica (“Código de Processo Penal Brasileiro Anotado”. V. 4, Campinas: Bookseller, 2000, 9v, p. 489).

⁹⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 88914, 2ª. T., Rel. Min. Cezar Peluso, j. 14/08/07.

conjunto”⁹⁷⁴. Mesmo sendo limitado o âmbito do Estatuto, a sua aplicação analógica *in bonam partem* poderá acontecer quanto aos crimes internos, desde que o próprio acusado e a defesa técnica consentam com a utilização do recurso audiovisual.

São subsistentes as críticas tempestuosas direcionadas à teleaudiência⁹⁷⁵. Grosso modo, as *vantagens* que são suscitadas para a adoção dessa tecnologia geralmente invocam razões de segurança ou de economia financeira, mas olvidam que a própria defesa obtenha algum benefício com o seu uso.

Não se sustenta, igualmente, o argumento de que o interrogatório presencial proporciona o exame da personalidade do agente. Tais raciocínios estimam um resgate aos ideais do Direito Penal do autor. O interrogatório não pode ser reduzido a um momento de exame da personalidade, por meio da qual se identifique o inimigo. Conforme tem decidido o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o juiz não possui “habilitação técnica para proferir juízos de natureza antropológica, psicológica ou psiquiátrica, não dispondo o processo judicial de elementos hábeis (condições mínimas) para o julgador proferir ‘diagnósticos’ desta natureza”⁹⁷⁶.

Por força do princípio da ampla defesa e do *devido processo legal*, deve dedicar-se ao acusado o sagrado direito de ser levado à presença de um juiz (CADH, art. 9º, III). Porém, também não desconhecemos que assiste ao acusado o direito de não ser conduzido coercitivamente até a autoridade jurisdicional ou, de outra forma, de ser *conduzido* pelo menos em imagem e som.

Sob um determinado enfoque, a decisão do Supremo Tribunal Federal traz um leve descompasso com o princípio que pretende proteger. Temos de nos perguntar se a autodefesa foi efetivamente protegida com a abolição do interrogatório por videoconferência. Apesar da ausência de previsão legal, a videoconferência é uma realidade tecnológica disponível e acessível, cuja aplicação não deveria ser simplesmente banida. Ou, noutras palavras, vale dizer que não se consagra a videoconferência como um mecanismo tecnológico invariavelmente prejudicial à defesa.

⁹⁷⁴ MACHADO, Máira Rocha. “Internacionalização do Direito Penal: a gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena”. São Paulo: 34/Edesp, 2004, p. 107.

⁹⁷⁵ Neste sentido crítico, são dignos de nota os seguintes textos: LOPES JÚNIOR, Aury. O Interrogatório On-Line no Processo Penal: entre a assepsia judiciária e o sexo virtual. “Boletim IBCCRIM”. São Paulo, v.13, n.154, p. 6-7, set. 2005; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Garantismo à Paulista: a propósito da videoconferência. “Boletim IBCCRIM”. São Paulo, v. 12, n.147, p. 6, fev. 2005.

⁹⁷⁶ BRASIL. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Ap. n. 70.005.127.295, 5ª C. Crim., Des. Amilton Bueno de Carvalho. Boletim IBCCRIM n. 129, agosto/2003. Precedentes no TJRS: Ap. Crim. ns. 70.000.592.683 e 70.000.767.269, 5ª C. Crim., e acórdão n. 296021173, 4ª C. Crim. do extinto Tribunal de Alçada/RS, julgados n. 100/143.

Seguindo este norte, não duvidamos que a autodefesa – composta pelo direito de audiência e de presença – manifesta o caráter subjetivo (pessoal) do direito de defesa. Todavia, a despeito da importância que se reveste o interrogatório para a autodefesa, convém assinalar que os princípios que norteiam a autodefesa não são os mesmos da defesa técnica. Nem é aconselhável tentar realizar esta equiparação. Desse modo, tanto são diferentes os componentes da autodefesa, que, ao contrário da defesa técnica, não se exige dela eficácia⁹⁷⁷, uma vez que o réu pode dispensá-la⁹⁷⁸, faltando ao interrogatório ou mesmo reconhecendo a imputação.

Logo, em última análise, a videoconferência deveria ser um mecanismo tecnológico à disposição da autodefesa, da qual poderia o réu lançar mão sempre que entendesse conveniente. Sem desconsiderar as dimensões continentais de nosso país, a defesa pode preferir o emprego de videoconferência pelos mais diversos motivos. Assim, o interrogatório à distância pode, v.g., oferecer-lhe a razoável oportunidade de abreviar o tempo de encarceramento, notadamente naqueles casos em que a prisão preventiva fora decretada exclusivamente para garantir a instrução processual, sem ignorar ainda que muitos juízes deixam para analisar o pedido de liberdade provisória depois do interrogatório⁹⁷⁹.

Ademais, a videoconferência evita a condução coercitiva até a presença do juiz e, por isto, ameniza, no processo, esta *cerimônia degradante*, o que pode significar proveitoso para a defesa. Muito embora seja possível concordar que, em si, o interrogatório *on-line* possa tornar-se uma *cerimônia degradante*⁹⁸⁰, também será aceitável invocar o princípio da proporcionalidade para resguardar ao réu o direito de poder utilizar esse meio audiovisual, até mesmo evitando que se opere a *cerimônia degradante* de condução coercitiva.

De fato, a hipótese de prolongamento da duração da prisão, (in)diretamente causada pela abolição do sistema de videoconferência, releva um aspecto negativo da decisão do Supremo Tribunal Federal. Deve ser assegurado ao acusado o direito de empregar

⁹⁷⁷ Cf. MENDONÇA JUNIOR, Delosmar. Op. cit., p. 59.

⁹⁷⁸ HADDAD, Henrique Borlido. “Interrogatório no Processo Penal”. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 44.

⁹⁷⁹ Esta mesma tem sido a preocupação de Marco Antonio de Barros e César Eduardo Lavoura Romão, cujas palavras estão assim transcritas: “É comum – e a rotina forense o tem demonstrado em muitos casos – a extrema cautela de magistrados, que insistem em aguardar o interrogatório do réu para só a partir disto apreciar o seu pedido de liberdade provisória. Quando ocorre o adiamento da audiência por falta de transporte ou de escolta do preso até o fórum, o pedido de liberdade demora mais tempo para ser apreciado e, conseqüentemente, o réu permanece preso em situação indefinida. É evidente, portanto, que o sistema de videoconferência favorece o cumprimento da garantia constitucional da celeridade do processo penal. E, no exemplo dado, isso pode ocorrer em atenção ao próprio interesse do acusado” (Internet e Videoconferência no Processo Penal. “Revista do Centro de Estudos Jurídicos da Justiça Federal”. Brasília, n. 32, p. 116-125, jan./mar. 2006, p. 123).

⁹⁸⁰ DOTTI, René Ariel. O Interrogatório à Distância: um novo tipo de *cerimônia degradante*. “Revista de Informação Legislativa”. Brasília, a. 34, n. 134, p. 269-274, abr./jun., 1997, p. 273.

mecanismos tecnológicos em seu benefício. Não compete ao juiz o poder de interferir na técnica defensiva. Cabe à defesa discernir se deseja ou não participar de tal interrogatório. A nosso ver, o fechamento das portas para a videoconferência pode exprimir uma precipitada interferência na defesa dos acusados que queiram beneficiar-se dessa vantagem tecnológica.

Não parece acertado acreditar que o acusado não possa se beneficiar da teleconferência. A adesão ao sistema audiovisual deve caber à defesa, enquanto inexistam hipóteses legais de sua aplicação coercitiva. É útil lembrar que um dos primeiros presos a ser interrogado por videoconferência na cidade de São Paulo, em setembro de 2002, anuiu com a medida, alegando que, quando se dirigia à presença do juiz, tinha que passar o dia inteiro sem alimentação⁹⁸¹. Com efeito, este motivo afigura-se deprimente para aceitação da videoconferência, mas não deixa de ilustrar uma realidade.

Tanto mais valioso que o direito de presença física perante o juiz se reveste o direito de identidade física do próprio juiz. Contudo, doutrina e jurisprudência seguiam admitindo o julgamento do réu por juiz que não o interrogou ou, pior ainda, que sequer participou da instrução criminal. O próprio Supremo Tribunal Federal já havia decidido que o sistema penal brasileiro não contemplava a identidade física do juiz⁹⁸². Hoje, o sistema processual vigente passou a acolher o princípio da identidade física do juiz, o que restaura uma cultura acusatória importante para a efetivação da ampla defesa (art. 399, § 2º, CPP).

Havendo consentimento e benefício para a defesa, entendemos admissível a videoconferência. Não seria difícil encontrar casos concretos nos quais o seu uso seja benéfico à defesa. Hipoteticamente, como negar a vantagem do emprego da videoconferência para a coleta das testemunhas da defesa residentes noutra Comarca e impossibilitadas de comparecer à sessão do Júri? Como se tem cultivado jurisprudencialmente, o “ordenamento jurídico não dispõe de qualquer preceito que determine o comparecimento à sessão do Tribunal do Júri de testemunha residente noutra Comarca”⁹⁸³. A lei processual, de duvidosa constitucionalidade, autoriza o prosseguimento do Júri, se impossível o comparecimento da testemunha (art. 455, § 2º, CPP).

Em realidade, o julgamento do Júri pode até se operar com base no depoimento testemunhal colhido por precatória, privando os jurados de realizarem qualquer indagação direta à testemunha ausente, o que, de fato, representa um cerceamento de defesa, não

⁹⁸¹ CASTELO BRANCO, Tales. Parecer Sobre Interrogatório On-Line. “Boletim IBCRRIM”. São Paulo, n. 124, março, 2003. Henrique Borlido Haddad registra que o primeiro interrogatório por videoconferência ocorreu em 27 de agosto de 1996, na cidade de Campinas/SP (op. cit., p. 108).

⁹⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 76.563-SP, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 19/06/98, inf. n. 115/98.

⁹⁸³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 18.196-SP, Rel. Min. Vicente Leal, j. 23/4/02, inf. n. 131/02.

obstante a lei assegure aos jurados o direito de perguntar diretamente (sem interferência do juiz) as testemunhas (arts. 467 e 468, CPP)⁹⁸⁴.

Por fim, a utilização coercitiva do interrogatório por videoconferência – contra os interesses da defesa – afronta os princípios constitucionais, porquanto desprovida de qualquer regulamentação que prescreva a restrição ao direito de presença⁹⁸⁵. No entanto, a aplicação analógica do Estatuto de Roma admite que a teleconferência aconteça com a anuência do acusado, ao qual cabe o direito de equilibrar o seu direito de presença, podendo fazer-se presente perante o juiz apenas em imagem e som.

7.2.5. A comunicabilidade entre autodefesa e defesa técnica. A relação entre garantia de defesa e o princípio da publicidade. O excesso de exposição do acusado

Via de regra, todos os princípios processuais orientam-se para garantir a ampla defesa e, por conseguinte, a máxima efetividade da liberdade (*favor libertatis*)⁹⁸⁶. A garantia de defesa é uma condição de efetividade processual, base lógica do *devido processo legal*, cujo descumprimento retira o embate dialético do processo judicial, esvaziando qualquer procedimento condenatório que resolva validamente o conflito instaurado entre as partes.

Por isso, o processo judicial precisa oportunizar à defesa os meios pelos quais poderá desconstituir a hipótese acusatória. Assim, cabe assegurar-se ao réu o direito de ser ouvido e participar ativamente de todos os atos judiciais, deles tomando conhecimento com antecedência razoável. Para tanto, deve ser proporcionada ao acusado a extensa publicidade, excetuando-se apenas aquelas situações, expressamente estabelecidas em lei, em que o conhecimento dos atos seja diferido, isto é, postergado para um momento posterior a sua realização⁹⁸⁷.

⁹⁸⁴ Sobre o assunto, confira o trabalho pioneiro: PAREDES, José Roberto. “A Inquirição Direta das Testemunhas no Júri”. Rio de Janeiro: Líber Júris, 1985.

⁹⁸⁵ Em hipóteses excepcionais, Henrique Borlido Haddad admite a realização da videoconferência (op. cit., p. 114).

⁹⁸⁶ Cf. VÁZQUEZ ROSSI, Jorge E. "La Defensa Penal". 4ª ed., Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni Editores, 2006, p. 238.

⁹⁸⁷ A interceptação telefônica – regida pelo princípio da proibição do excesso – figura exemplo de medida cautelar *in aliter pars*, que excepciona a audiência prévia do investigado (ou do acusado, se ocorrer durante a instrução processual penal). Em tais situações probatórias, adia-se o exercício da ampla defesa e do contraditório para um momento posterior à realização do ato (Lei n. 9.296/96). Depois de levantado o segredo a interceptação, a publicidade é restrita ao réu e ao seu defensor (não qualquer defensor) (GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. "Interceptação Telefônica: Lei 9.296, de 24.07.96". São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 160 e 161). Por implicar exceção à regra da audiência prévia, o procedimento de interceptação telefônica tramitará em segredo de justiça, somente podendo acompanhá-lo o Ministério Público (art. 6º, Lei n. 9.296/96).

Não existe defesa técnica sem o cumprimento da devida comunicação entre o defensor e o réu, permitindo-se assim que este tenha o mais amplo acesso àquele, como condição inerente ao *devido processo legal*. Sem obediência a este requisito mínimo, o defensor não estará hábil a transformar as informações que lhe são prestadas em razões técnicas inerentes o bom exercício da defesa. Nesta esteira, Locke (1632–1704) apreciou, com destaque, os motivos que impedem uma regular comunicação, apontando (I) o uso de palavras sem idéias claras; (II) o equívoco no emprego das terminologias ou (III) a “suposição de que as palavras têm um significado certo e evidente” como motivos de uma comunicação cortada e imperfeita⁹⁸⁸.

A comunicação se justifica porque a defesa precisa fazer uma reconstrução teórica do caso, encontrando as contradições de sua descrição⁹⁸⁹. Para tanto, o advogado deve conhecer os fatos e, conseqüentemente, precisa estar em permanente contato com o acusado. Porém, não apenas é necessário que o acusado dê amplo conhecimento dos fatos ao defensor, mas deve assegurar-se ao defensor a possibilidade de tomar conhecimento da causa por si só, tendo acesso aos fatos que, por ventura, sejam desconhecidos de seu cliente⁹⁹⁰. Neste aspecto, não deve haver nenhuma hipótese de incomunicabilidade entre a defesa técnica e a autodefesa.

Como condição ao exercício da ampla defesa técnica, o defensor poderá comunicar-se a qualquer tempo com o acusado, não se admitindo restrição a este direito nem durante o Estado de Defesa (art. 136, § 3º, IV, CF-88). Em decorrência da comunicabilidade irrestrita, predominante em nosso ordenamento constitucional, o defensor terá acesso a todos os atos que compõem o processo, não se aceitando a possibilidade de limitações, sob efeito de se prejudicar substancialmente a sua comunicação com o acusado.

Não obstante o conteúdo modesto do ordenamento legal sobre o assunto, a comunicação entre o defensor e o acusado não se o sujeita a limitações, nada impedindo, entretanto, que exista regulamentação no âmbito dos estabelecimentos prisionais, em favor de um balanceamento com o princípio da segurança, desde que não se extrapole a razoabilidade.

Em geral, durante a realização dos atos processuais será assegurada a plena comunicação, especialmente quando coletadas as provas orais. Na fase de interrogatório, o

Nas provas técnicas, como no exame de corpo de delito, o contraditório é diferido (GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. “As Nulidades no Processo Penal”. 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 123).

⁹⁸⁸ “Ensaio acerca do Entendimento Humano”. Trad. Anoar Alex. São Paulo: Nova Cultura, 2000, p. 198.

⁹⁸⁹ VÁZQUEZ ROSSI, Jorge E. Op. cit., p. 253.

⁹⁹⁰ Ibid, p. 251.

Código de Processo Penal concede momento para que o defensor formule ao interrogando perguntas pertinentes à causa (art. 188, CPP). Mesmo assim, antes de iniciar-se o interrogatório, impõe-se assegurar ao acusado – especialmente quando preso – o contato prévio como seu defensor por prazo razoável (art. 185, § 2º, CPP).

A Lei n. 8.906/94 garante ainda ao defensor o direito de examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar os apontamentos. Quanto aos processos judiciais ou administrativos, ser-lhe-á possível ter vista na repartição respectiva, podendo retirá-los pelos prazos legais ou, em caso de autos findos, pelo prazo de dez dias.

Em resumo, são direitos inerentes à defesa técnica plena: o direito à extensa publicidade dos atos processuais, deles devendo tomar conhecimento com antecedência razoável; o direito de comunicar-se com o acusado ou investigado, pessoal e reservadamente, qualquer que seja o local ou a natureza da detenção, não importando que estejam incomunicáveis⁹⁹¹; o direito à inviolabilidade de comunicação e dos meios a ela inerentes, exceto em casos estritamente determinados por ordem judicial⁹⁹²; o direito de intervir e de recorrer de todos os atos do processo sujeitos à formação da convicção judicial; o direito de examinar os autos de flagrante, inquérito ou do processo judicial; o direito a contato prévio como o acusado ou investigado antes da realização dos atos procedimentais; o direito de contraditar peritos ou testemunhas ou lhes reperguntar sobre os fatos pertinentes à causa e direito de perguntar ao réu durante seu interrogatório.

Em linhas gerais, o princípio da publicidade assegura que a defesa técnica seja, previamente, informada da realização dos atos processuais. Neste sentido, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal considerou que, tendo a defesa manifestada a intenção de realizar sustentação oral, deve ser previamente informada da data do julgamento. Assim, mesmo sendo omissa o regimento interno do tribunal respectivo, entendeu-se que as informações sobre o julgamento dos remédios constitucionais impetrados deveriam estar disponíveis nos sistemas informatizados com a antecedência mínima de 48 horas, a fim de se garantir à defesa o direito de realizar sustentação oral⁹⁹³.

⁹⁹¹ Cf. art. 7º, inc. III, Lei n. 8.906/94.

⁹⁹² Cf. art. 7º, inc. II, Lei n. 8.906/94.

⁹⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 92.290/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 30/10/07, inf. 486/07.

Em função do princípio da publicidade, não se faz constitucional a incomunicabilidade absoluta do preso, reduzindo o processo a um sistema inquisitivo medieval⁹⁹⁴. No Estado de Direito, a incomunicabilidade entra em choque direto com o princípio da publicidade, tornando-se de fato uma tortura moral para o imputado⁹⁹⁵. Sem dúvida, a persecução penal interfere na liberdade do indivíduo⁹⁹⁶. A restrição de comunicação cerceia o direito de defesa, nem se justifica diante do princípio da efetividade da persecução penal.

A Constituição também assegura o direito de informação à família e ao advogado do preso. Mesmo que fosse considerada a constitucionalidade da incomunicabilidade do preso, esta deveria ser aberta ao advogado e aos seus familiares (art. 5º, LXII, CF)⁹⁹⁷, de tal forma que seria difícil defender a utilidade prática da medida, à luz da efetividade da persecução penal, quando familiares e advogados poderiam comunicar-se com o preso. A Convenção Americana de Direitos Humanos igualmente assegura ao acusado o direito de “comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor” (art. 8.2, “d”). Logo, não restam dúvidas que a incomunicabilidade absoluta do preso viola frontalmente o núcleo essencial do direito de defesa.

Um outro aspecto da publicidade diz respeito à exposição pública do acusado ou dos agentes que participam do processo em geral. O processo em sentido amplíssimo é um meio de isolar o indivíduo, de maneira que a decisão – justa ou não – tende a passar por um movimento de aceitação social⁹⁹⁸. Logo, a legitimação do processo suscita que até mesmo os terceiros (não-partes) compartilhem do processo, contribuindo para o isolamento de quem o perdeu⁹⁹⁹. É desta necessidade de participação ampla que decorre o princípio da publicidade, o qual transmite para a sociedade que qualquer um pode inteirar-se do conteúdo da instrução¹⁰⁰⁰. Assim mesmo, o processo constitucional deve resguardar não apenas a integridade moral do acusado, mas de todos os seus participantes.

Dentre deste quadro, a publicidade atua com dupla função, tanto em proveito do acusado como também dando aos cidadãos o direito de informação, porque o conhecimento

⁹⁹⁴ PIÑOL SALA, Nuria K. Incomunicación del imputado y restricciones al derecho de defensa: a propósito del derecho a la entrevista previa regulado en el art. 197 del CPPN. “Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal”. Buenos Aires: Ad-Hoc, v. n. 5 fascículo 9B, p. 341-371, oct.1999, p. 350.

⁹⁹⁵ *Ibid*, p. 351.

⁹⁹⁶ *Ibid*, p. 342.

⁹⁹⁷ Art. 5º, LXII: “a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada”.

⁹⁹⁸ LUHMANN, Niklas. “Legitimação pelo Procedimento”. Trad. de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980, p. 100.

⁹⁹⁹ *Ibid*, p. 104.

¹⁰⁰⁰ *Ibid*, p. 105.

dos atos públicos funciona com uma forma de controle do poder¹⁰⁰¹. Assim, atendendo que a publicidade interessa ao acusado e também presta um dever de informação à sociedade, não será difícil concluir que a restrição da publicidade não se limita aos interesses do acusado, mas atinge o direito de todo cidadão ser informado da atuação dos órgãos públicos. O juiz, portanto, ao restringir a publicidade, não deve ignorar esses dois aspectos.

De tal modo, os meios de comunicação em geral contribuem para a transmissão de uma imagem favorável à imparcialidade do Judiciário, concorrendo indiretamente para a diminuição do âmbito das possibilidades de crítica à decisão¹⁰⁰² e reforçando, em contrapartida, o espaço de aceitação social. Sem discordar da importância do princípio da publicidade, no mirante das idéias de Tourinho Filho, o certo é que “a publicidade absoluta ou geral acarreta, às vezes, quer no Processo Penal, quer no Civil, inconvenientes de toda ordem”¹⁰⁰³. O sensacionalismo, a forte impressão do público e o desprestígio do réu são inconvenientes decorrentes da publicidade, sem deixar de registrar a exposição da vítima¹⁰⁰⁴.

Como estigmatiza Eduardo J. Couture, a defesa é a ação do réu¹⁰⁰⁵, que possui o direito de exercê-la da maneira menos gravosa à sua pessoa e imagem, de modo que haja compatibilidade harmônica entre os princípios da presunção de inocência e da igualdade. A publicidade de um julgamento pode, por si só, importar uma *sanção pública* ao acusado, sem, no entanto, haver possibilidade de qualquer defesa prévia. E daí advém o prejuízo. Noutra ótica, a razão da publicidade dos julgamentos pode socorrer, igualmente, a parte do pólo passivo, garantindo a exteriorização dos fundamentos do quem imputa (ataque) e de quem repele (contra-ataque).

No entanto, o princípio da publicidade não autoriza a exposição do preso sem limites, como também não permite a sua incomunicabilidade plena. Estas duas particularidades devem ser destacadas.

O excesso de exposição de suspeitos em veículos de comunicação de massa gera um sentimento de condenação antecipada, o que se torna muito perigoso, principalmente nos crimes sujeitos ao julgamento perante o Tribunal do Júri, em que os juízes de fato poderão

¹⁰⁰¹ IGNACIO ANITUA, Gabriel. “Justicia Penal Pública: un estudio a partir del principio de publicidad de los juicios penales”. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003, p. 89.

¹⁰⁰² LUHMANN, Niklas. Op. cit., p. 113.

¹⁰⁰³ “Processo Penal”. V. 1, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 47.

¹⁰⁰⁴ Sobre a exposição da vítima: FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias; LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. “Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais”. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 312.

¹⁰⁰⁵ “Fundamentos del Derecho Procesal Civil”. 3.ª ed., Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1988, p. 96. Em sentido semelhante, cf. ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. “A Contrariedade na Instrução Criminal”. São Paulo: sem editor mencionado, 1937, p. 110.

inclinarse, inconscientemente, segundo algum sentimento coletivo (des)favorável ao acusado. A liberdade de expressão não aceita o emprego de forma absoluta e arbitrária, a justificar que indivíduos ainda sob a condição dos suspeitos sejam apresentados publicamente como culpados. A humilhação do preso é um resquício que decorre do Direito Penal da vingança privada¹⁰⁰⁶, não se compadecendo com a feição contemporânea do sistema acusatório, nem tampouco se justificando pela aplicação do princípio da publicidade.

Dentro deste quadro, a teoria do *labelling approach* nota com inteligência que o processo penal está repleto de *cerimônias degradantes*, as quais inovam o procedimento com rituais que privam desnecessariamente o indivíduo de sua dignidade¹⁰⁰⁷. O uso indiscriminado de algemas pode ser apresentado como uma cerimônia que serve para rotular a imagem individual, sem que obrigatoriamente preste alguma utilidade ao processo¹⁰⁰⁸.

Seja como for, todos os aspectos negativos da exposição pública do acusado são extremamente potencializados quando o processo extrapola os limites da duração razoável, quando então cai em descrédito público a imagem do Poder Judiciário como poder capaz de restabelecer a ordem social afetada.

A ampla defesa se relaciona, intimamente, com a presunção de inocência e com a duração razoável do processo. Portanto, a condição de *condenado* só existirá após o trânsito em julgado da sentença, sob pena, como assevera Luiz Vicente Cernicchiaro, de serem postergados o contraditório e a defesa plena, "cedendo espaço a presunções que não encontram guarida na Constituição"¹⁰⁰⁹. Fauzi Hassan Choukr anuncia que a idéia de que o suspeito deve ser execrado publicamente desrespeita o princípio da presunção de inocência, cuja dimensão jurídica precisa igualar-se à social¹⁰¹⁰.

A proteção da intimidade não se restringe aos acusados, mas a todos que participam do processo. Neste sentido, Eduardo Espínola Filho pondera que a leitura do nome do jurado recusado, imotivadamente, no plenário do Tribunal do Júri, provoca uma situação de constrangimento pessoal, justamente porque o jurado desconhece o motivo pelo qual sua

¹⁰⁰⁶ BARROS FILHO, José Nabuco Galvão de. O Direito à Informação e os Direitos dos Presos: um libelo contra a execração pública. "Revista de Informação Legislativa", Brasília: Senado Federal, ano 34, n. 135, p. 169-173, julho e setembro de 1997, p. 172.

¹⁰⁰⁷ SHECAIRA, Sérgio Salomão. "Criminologia". São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 298.

¹⁰⁰⁸ Neste sentido, a Súmula Vinculante n. 11 foi editada pelo Supremo Tribunal Federal nos seguintes termos: "Só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado".

¹⁰⁰⁹ CERNICCHIARO, Luiz Vicente e COSTA JUNIOR, Paulo José da. "Direito Penal na Constituição". São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 111.

¹⁰¹⁰ "Garantias Constitucionais na Investigação Criminal". São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 93.

pessoa foi declinada, levantando-se suspeitas sobre sua idoneidade. Por esta razão, o autor ampara a lição de Pimenta Bueno, para quem o juiz deveria ler, primeiramente, o nome do jurado sorteado apenas para as partes, declarando a sua recusa sem tornar público o nome da pessoa. Assim, apenas em caso de aceitação é que o nome do jurado seria divulgado pelo juiz¹⁰¹¹. Portanto, numa interpretação conforme a Constituição, para preservar a integridade moral dos jurados, seria possível admitir que o comando do art. 459, § 2º, CPP, que determina a leitura do nome do jurado pelo juiz, seja realizado, num primeiro momento, apenas para as partes. Havendo aceitação do nome, a leitura seria, finalmente, procedida para o plenário.

Situações de grande divulgação comovem às vezes até os magistrados mais conscientes. A população não raro sente-se atraída por situações em que pessoas de destaque são indigitadas ou quando algum de seus membros apresenta-se vitimado. Com esmero, Carlos Maximiliano expõe os malefícios da audiência pública na interpretação do julgador. Segundo afirma, as sessões públicas podem desvirtuar a exegese do magistrado; impressionado com a galeria, o juiz poderá muito bem inclinar-se "insensivelmente ante os preconceitos e paixões dominantes, julga nos termos de outro veredictum por ele proferido, embora haja entre os dois fatos apreciados ligeiras divergências que mereçam distinção no modo de decidir"¹⁰¹².

Dentre os direitos do preso insere-se a "proteção contra qualquer forma de sensacionalismo" (art. 41, inc. VIII, LEP). Segue o legislador o sistema de obstrução às *cerimônias degradantes*. Os princípios da responsabilidade penal pessoal, da dignidade, da presunção de inocência, da intimidade pessoal e o da publicidade correlacionam-se densamente sob o manto do *devido processo legal*. Em razão da limitação constitucional imprimida ao princípio da responsabilidade pessoal, as *cerimônias degradantes*, quanto mais amplamente divulgadas, resultam em autênticas *sanções* que ultrapassam a pessoa do acusado, atingindo indevidamente familiares e pessoas próximas, sem que existam contra as quais possibilidades de defesa.

7.3. A defesa técnica dativa

¹⁰¹¹ ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. "Código de Processo Penal Brasileiro Anotado". V. 4, Campinas: Bookseller, 2000, 9v, p. 489.

¹⁰¹² "Hermenêutica e Aplicação do Direito". 15ª. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 104.

7.3.1. A realização da cidadania pela defesa dativa efetiva

A assistência judiciária molda condição *sine qua non* a toda política do Estado projetada à efetiva satisfação das garantias processuais. Intimamente ligada ao princípio de igualdade¹⁰¹³ e aos preceitos elementares do Estado Social, trata-se de um direito público subjetivo imprescindível para o acesso à justiça penal.

Contemporaneamente, três são os modelos políticos de assistência judiciária que prevalecem. Pelo primeiro, somente o Estado presta a assistência judiciária. O segundo tipo confere apenas aos advogados autônomos a defesa dos necessitados, cabendo ao Estado o pagamento da verba honorária. O terceiro sistema – adotado pelo Brasil – combina as características dos outros dois, admitindo a assistência tanto pelo Estado (Defensoria Pública) como por advogados particulares¹⁰¹⁴. Mauro Cappelletti e Bryant Garth entendem que este sistema misto apresenta mais vantagens, na medida em que faculta ao próprio indivíduo a escolha do sistema mais adequado a sua causa¹⁰¹⁵.

Segundo o método brasileiro, cabe à Defensoria Pública a orientação jurídica e a defesa dos necessitados, entendendo-se como tais não apenas os desprovidos de recursos financeiros (proteção típica), mas todos aqueles que, por presunção legal, suportem dificuldades de acesso ao Judiciário (proteção atípica), tais como crianças, adolescentes, detentos, consumidores *etc* (art. 4º, LC n. 80/94)¹⁰¹⁶.

Muito embora detenha o status de instituição essencial à função jurisdicional do Estado, a Defensoria Pública ainda não conseguiu cumprir o dever de prestar assistência jurídica integral e eficaz aos necessitados. No processo penal, os serviços defensivos continuam sendo prestados em larga escala por advogados nomeados judicialmente. Assim, é possível admitir, no mundo da realidade, uma contraposição entre defesa pública real e a ideal. Tomando como parâmetro o sistema penal brasileiro, a Defensoria Pública somente será bem sucedida quando seus serviços puderem ser prestados à maioria dos necessitados, especialmente aos hipossuficientes.

¹⁰¹³ MORAES, Humberto Pena de; SILVA, José Fontenelle T. da. “Assistência Judiciária: sua gênese, sua história e a função protetiva do Estado”. 2ª ed., Rio de Janeiro: Líber Juris, 1984, p. 141.

¹⁰¹⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. “Acesso à Justiça”. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 76.

¹⁰¹⁵ *Ibid*, p. 46.

¹⁰¹⁶ Cf. MORAES, Sílvio Roberto Mello. “Princípios Institucionais da Defensoria Pública: Lei Complementar 80, de 12.1.94 anotada”. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 24.

Arrogando-se da estrutura material das Defensorias Públicas, não será difícil concluir que a defesa realizada por um advogado constituído tende a ser naturalmente mais eficaz do que a desempenhada por um defensor público ou advogado nomeado¹⁰¹⁷. Tal estado de coisas nega a cidadania. O conceito de *administrado*, já há muito, deve ser substituído pelo de *cidadão*. Como explica Raymundo Faoro, na transição do capitalismo político para o modelo dito moderno, o indivíduo súdito passa a ser cidadão, enquanto o Estado muda “de senhor a servidor”¹⁰¹⁸. Esta reflexão permite compreender que o acusado hipossuficiente relaciona-se com o defensor público na qualidade de sujeito de direitos, isto é, na condição de alguém que espera a atuação efetiva do serviço que lhe é devido pelo Estado.

Em razão disso, não é apropriado atribuir ao acusado a condição de mero beneficiário da assistência judiciária. Necessário se faz reconhecê-lo como um titular de direito público subjetivo. A assistência judiciária não é um favor estatal, mas um direito público subjetivo do cidadão¹⁰¹⁹. Ser cidadão significa possuir direitos de participação; direitos civis (autodeterminação) e direitos sociais (direito à prestação do Estado)¹⁰²⁰. Dessa maneira, a cidadania exige que o direito a uma defesa dativa efetiva decorra do comando segundo o qual caiba ao Estado Social garantir a ampla defesa por meio da autodefesa (autodeterminação) e, igualmente, pela defesa técnica (dever de prestação social).

Portanto, considerando-se que a cidadania significa pertencer a uma comunidade¹⁰²¹ e, de igual modo, gozar dos benefícios que esta comunhão social proporciona a seus

¹⁰¹⁷ Um estudo realizado entre os crimes de roubo no Estado de São Paulo entre 1999 e 2000 constatou o seguinte: 1) na fase de inquérito policial, não houve qualquer tipo de defesa em 98,18% dos casos; 2) em 92,89% dos casos, não houve defesa após a denúncia; 3) apenas 23,8% dos processos apresentaram pedidos de advogados constituídos destinados à liberdade do acusado, enquanto sequer houve obtenção de coeficiente estatístico seguro para se determinar qual o percentual dos pedidos de mesma natureza dirigidos por defensores dativos; 4) a atuação da defesa dativa se concentra com maior ênfase na fase de defesa prévia (52,07%) [Instituto Brasileiro de Ciências Criminais; Instituto de Defesa do Direito de Defesa (Org.). “Decisões Judiciais nos Crimes de Roubo em São Paulo”. São Paulo: IBCCRIM; IDDD, 2005, p. 35-6].

¹⁰¹⁸ “Os Donos do Poder: formação do patronato político brasileiro”. V. 3, 10ª ed., São Paulo: Globo: Publifolha, 2000, p. 364. Ferrajoli, por seu turno, explica semelhantemente o que isso pode significar: “A transformação do Estado absoluto em Estado de Direito ocorre simultaneamente à transformação do súdito em cidadão, isto é, em um sujeito titular de direitos não mais exclusivamente ‘naturais’ mas ‘constitucionais’ em relação ao Estado, que se torna, por sua vez, vinculado em relação àquele. O denominado contrato social, uma vez traduzido em impacto constitucional, não é mais uma hipótese filosófico-política, mas um conjunto de normas positivas que obrigam entre si o Estado e cidadão, tornando-os dois sujeitos de soberania reciprocamente limitada” (“Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal”. Trad. Ana Paulo Zomer et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 690).

¹⁰¹⁹ Neste sentido: MORAES, Humberto Pena de; SILVA, José Fontenelle T. da. Op. cit., p. 143; FERENCZY, Peter Andreas. “Defesa Dativa: o elo frágil na relação processual penal (prisão para os pobres: nunca mais...)”. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 03.

¹⁰²⁰ PASSOS, J. J. Calmon de. Cidadania Tutelada. “Revista de Processo”. São Paulo, n. 72, ano 18, p. 126-145, out.dez./1993, p. 130.

¹⁰²¹ VIEIRA, José Ribas. A Cidadania: sua complexidade teórica e o Direito. “Revista de Informação Legislativa”. Brasília: Senado Federal, ano 34, n. 135, p. 219-224, julho/setembro de 1997, p. 220.

membros, a ineficácia dos serviços prestados pelas Defensorias Públicas confirma que os acusados hipossuficientes ainda não pertencem a nenhuma comunidade. No Estado Constitucional de Direito, a função da Defensoria Pública busca irromper a desigualdade para se tornar o instrumento do cidadão capaz de desfazer os obstáculos que o mantêm na marginalidade.

7.3.2. A efetivação da defesa dativa pela fiscalização judicial da atividade defensiva. O princípio da motivação defensiva. A distinção entre defesa dativa formal e material

Antes de tudo, é adequado advertir que nos reportamos ao defensor dativo no sentido abrangente, incluindo tanto o defensor público, como o advogado particular que exerce função semelhante. Assim, para os efeitos deste trabalho, será considerado *defensor dativo* o advogado particular judicialmente nomeado para a defesa de um acusado que não constituiu patrono.

Na ótica garantista, o ponto central de concretização do princípio acusatório exige a realização material da defesa penal dos hipossuficientes¹⁰²². Por isto, o processo penal como *indicador político* exige a satisfação dos direitos dos despossuídos como cláusula de realização do sistema acusatório, parte integrante do núcleo do Estado de Direito ideal¹⁰²³. Exatamente como demonstra Stella Maris Martínez, a importância das Defensorias Públicas precisa crescer conforme aumenta o nível de desigualdade social¹⁰²⁴. A igualdade formal não satisfaz a necessidade de se superarem as desigualdades reais das partes. Enquanto o Estado se estrutura organizadamente com o fim da persecução penal, muitos dos indivíduos acusados padecem pela falta de condições financeiras e sociais, sem efetiva possibilidade de fazer frente à acusação. A igualdade material reclamada pelo Estado Democrático Constitucional de Direito exige tratamento desigual para os *ontologicamente desiguais*¹⁰²⁵.

¹⁰²² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Las Ideas Básicas en la Relación Defensa Pública-Estado de Derecho. “Periódico Pena y Estado”. Buenos Aires, v. 5, fascículo 5, p. 17-20, 2002, p. 18.

¹⁰²³ Ibid, p. 19.

¹⁰²⁴ Como relata a autora, na cidade de Buenos Aires, em 1994 a defensoria pública absorvia 65% dos casos penais, contra 92% dos casos somente no primeiro semestre do ano 2000 (Quién defiende a la Defensa: el derecho de defensa como requisito inexcusable de una administración de justicia respetuosa de los derechos humanos. In: MESSUTI, Ana; SAMPEDRO ARRUBIA, Julio Andrés (comps.). “La Administración de Justicia: en los albores del tercer milenio”. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2001, p. 165).

¹⁰²⁵ TINEDO FERNÁNDEZ, Gladys. La Defensa en el Proceso Penal. “Capítulo Criminológico. Revista de las disciplinas del control social”. Maracaibo/Venezuela: Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad del Zulia, v. 22, p. 185-206, 1994, p. 200.

Então, urge que a efetividade da defesa reclame do juiz uma atuação garantista. Cabe ao magistrado identificar as situações de desigualdades e, assim, estabelecer o equilíbrio de armas¹⁰²⁶. Portanto, o Estado-Juiz deve exercer controle sobre a função do defensor dativo, a fim de que se pratique efetivamente a defesa penal.

Desde logo, impende advertir que o caráter indisponível da liberdade torna também indisponível o direito à ampla defesa, de modo que interessa ao Estado o cumprimento da defesa efetiva. Porém, a efetividade somente se dá em relação à defesa técnica, própria do dever de prestação do Estado Democrático Social.

A autodefesa como conceito originário do Estado Liberal não se submete às condições de efetividade¹⁰²⁷, ou em outras palavras, o juiz somente pode assegurar a efetividade da autodefesa em seu aspecto meramente formal, garantindo o seu exercício voluntário e cuidadosamente consciente do direito ao silêncio. Em razão da autodeterminação conferida ao acusado, não há como se gerenciar um controle de mérito da autodefesa. Agora, no tocante à defesa técnica, o Judiciário obriga-se a fiscalizar o mérito da defesa dativa como condição de efetividade.

Sob esse ponto de vista, sem ignorar que o equilíbrio processual acontece de muitas formas, cumpre acautelar que a igualdade material será, precipuamente, garantida por meio da defesa técnica¹⁰²⁸. De pronto, cabe ao juiz assegurar, durante o processo, a qualidade da defesa. Por conseqüência, o defensor dativo não pode desempenhar um mero papel formal ou abdicar livremente dos recursos e meios processuais a sua disposição. Para exercitar a defesa e garantir a isonomia material entre as partes, o defensor precisa desenvolver um curso de defesa sujeito ao controle permanente do presidente do processo.

Contudo, os tribunais não têm atentado para a necessária separação entre a função do advogado constituído e a do defensor dativo. Distraidamente, o Supremo Tribunal Federal já aceitara o desentranhamento de defesa prévia apresentada fora do prazo, ainda que dativo o defensor, sem que se configure ofensa à garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa¹⁰²⁹.

Muito embora o ofício do defensor dativo se desenvolva de maneira autônoma à vontade do acusado¹⁰³⁰, a sua atividade no processo penal rende-se à injunção legal de

¹⁰²⁶ Ibid, p. 200.

¹⁰²⁷ Cf. MENDONÇA JUNIOR, Delosmar. "Princípios da Ampla Defesa e da Efetividade no Processo Civil Brasileiro". São: Paulo: Malheiros, 2001, p. 59.

¹⁰²⁸ TINEDO FERNÁNDEZ, Gladys. Op. cit., p. 204.

¹⁰²⁹ Neste sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 70.175-RS, R. Min. Celso de Mello, DJ 17/06/05.

¹⁰³⁰ Cf. TINEDO FERNÁNDEZ, Gladys. Op. cit., p. 193.

fundamentar os arrazoados (art. 261, parágrafo único, CPP)¹⁰³¹. Este dispositivo incorpora o princípio da motivação defensiva, o qual permite, assim, que o juiz controle o mérito das razões do defensor dativo. No entanto, o citado princípio não se aplica, exclusivamente, à fase da defesa prévia, como se poderia entender pela redação literal (estricta e topográfica) do art. 261, parágrafo único, CPP. O dever de motivação defensiva deve atingir todas as interferências do defensor dativo, sob efeito de destituição do encargo.

É fundamental que, diante do caso concreto, o juiz debeat a atuação meramente protocolar do defensor dativo. Como decidira o Supremo Tribunal Federal, se o “defensor designado teve desempenho simplesmente formal, em verdadeira postura contemplativa, forçoso é concluir que o réu esteve indefeso”¹⁰³². A efetividade obsta que o profissional nomeado se faça presente no processo sem ativa participação¹⁰³³. O defensor não é meramente uma exigência formal, mas uma garantia de igualdade material. De sorte que, havendo “desídia do defensor nomeado, o réu deve ser tido por indefeso e anulado o processo desde o momento em que deveria ter sido iniciado o patrocínio técnico no juízo penal”¹⁰³⁴.

Convém reforçar que não se admite, em nenhum momento, que o juiz possa interferir na técnica defensiva praticada pelo defensor, especialmente porque não se submete o defensor ao julgo de qualquer poder. Como observa López Puleio, o defensor não deve ser considerado um mero auxiliar da justiça, porquanto sua função se volta à defesa dos interesses do acusado, nem mesmo importando se a sua tese contraria a autodefesa (defesa material)¹⁰³⁵. A noção do defensor como auxiliar da justiça exprime um conceito autoritário, sob a crença de que os interesses estatais da persecução penal estão acima dos interesses individuais da defesa¹⁰³⁶.

¹⁰³¹ Expressa o art. 261, parágrafo único, CPP, que “a defesa técnica, quando realizada por defensor público ou dativo, será sempre exercida através de manifestação fundamentada” (redação dada pela Lei n. 10.792/03).

¹⁰³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 72.573/RJ, 2ª T., Rel. Min. Marco Aurélio, DJU 08/3/96, p. 6.214.

¹⁰³³ É de se destacar o seguinte julgado: “Não há praticamente defesa oferecida em benefício ao réu se o defensor dativo comportou-se com omissão em substância quanto a atos próprios de seu ofício na ação, limitando-se a assinar atas e termos de depoimentos testemunhas que não reinquiriu, apenas cumprindo um rito formal e burocratizante, o qual não corresponde à garantia constitucional da ampla defesa do acusado. Recurso de habeas corpus a que se dá provimento para anular o processo desde a denúncia inclusive” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC, Rel. Clóvis Ramallete, RT 572/430). Cf. FRANCO, Alberto Silva e STOCO, Rui (Coord.). “Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisprudencial”. V. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 2306. Em sentido oposto: “Não caracteriza, necessariamente, deficiência de defesa o fato de o defensor dativo, sem elementos, deixar de arrolar testemunhas, por conveniência, não formular reperguntas às testemunhas, e diante das circunstâncias, apresentar considerações defensivas de ordem genérica” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal., HC n. 76.226/CE, 1ª T., Rel. Min. Sydney Sanches, DJU 03/4/98).

¹⁰³⁴ MARQUES, José Frederico. “Elementos de Direito Processual Penal”. V. 2, Campinas: Bookseller, 1997, 4v, p. 388.

¹⁰³⁵ LÓPEZ PULEIO, Maria Fernanda; GONZÁLEZ ESPUL, Estela; SARA PEÑA, GUZMÁN et al. Los Cuadernos de la Defensa: la defensa oficial en el nuevo código procesal penal de la Provincia de Buenos Aires, Argentina. “Periódico Pena y Estado”. Buenos Aires, v. 5, fascículo 5, p. 243-265, 2002, p. 246.

¹⁰³⁶ TINEDO FERNÁNDEZ, Gladys. Op. cit., p. 193.

Por outro lado, o princípio da independência assegurado à defesa não pode ser invocado em prejuízo da eficiência do direito de defesa. Ponderando a independência com a eficiência, concluímos que a escolha da técnica defensiva cabe ao defensor, que a exerce livremente. Porém, se este profissional decai do dever de defender, impõe-se ao juiz o poder de intervir, em função da falta de defesa. O Judiciário sempre deve interferir para prevenir abusos e isto se dá, até mesmo, em matérias delicadas como essa. Em razão disso, por exemplo, é legítima a interferência judicial quando o defensor deixa de defender o réu. De igual modo, a fixação de honorários de sucumbência pelo juiz compreende uma modalidade de intromissão permitida.

No Estado de Direito, o defensor público e o advogado nomeado não atuam diretamente em favor dos interesses do Estado-acusador, mas no interesse do indivíduo perante a persecução penal¹⁰³⁷. Reflexamente, a defesa técnica ampara os interesses do Estado de Direito, na medida em que importa ao sistema democrático que as condenações obedçam ao *devido processo legal*. Por tal motivo, como afirma Zaffaroni, o maior erro das defensorias decorre de sua ligação com qualquer dos poderes, em razão de que deve ser pressuposto da defesa pública uma organização menos dependente possível dos poderes do Estado¹⁰³⁸. Mesmo assim, o advogado nomeado ou o defensor público podem, em certas circunstâncias, tangenciar interesses do Estado incriminador, afastando-se da efetiva defesa do acusado¹⁰³⁹. Por tal razão, eiva-se de nulidade o ato defensivo que contraria os interesses do acusado, tal como acontece quando o defensor pede a procedência da condenação, não obstante o réu negue a autoria delitiva¹⁰⁴⁰.

Ainda neste tópico, cabe registrar que, no mundo da realidade, há uma indevida segregação dos advogados particulares que são nomeados judicialmente para a defesa da causa; em muitos casos esta separação é prejudicial à defesa dativa material. No plano da realidade, cumpre entender que o advogado particular constituído (de livre escolha do

¹⁰³⁷ Ibid, p. 194.

¹⁰³⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Las Ideas Básicas en la Relación Defensa Pública-Estado de Derecho. “Periódico Pena y Estado”. Buenos Aires, v. 5, fascículo 5, p. 17-20, 2002, p. 18. Na Argentina, a defensoria pública é exercida pelo Ministério Público da defesa, órgão autárquico e independente tanto do Poder Judiciário como do Ministério Público Fiscal (Lei n. 24.946/98). Sobre o assunto, cf. MARTÍNEZ, Stella Maris. Quién defiende a la defensa: el derecho de defensa como requisito inexcusable de una administración de justicia respetuosa de los derechos humanos. In: MESSUTI, Ana; SAMPEDRO ARRUBIA, Julio Andrés (comps.). “La Administración de Justicia: en los albores del tercer milenio”. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2001, p. 165.

¹⁰³⁹ LÓPEZ LÓPEZ, Alberto Manuel. Defensa Técnica y Proceso Penal. “Actualidad Penal”. Madrid: Actualidad Editorial, fascículo n. 2, p. 709-722, 1994, p. 711.

¹⁰⁴⁰ Neste sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 12.743-MT, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 7/11/00, 5ª T., inf. n. 77/00. Cf. ainda: STF, HC n. 73.428-MS, DJ 13/9/96; STJ, REsp. n. 49.744-PR, DJ 21/8/95.

acusado) diferencia-se do defensor público. Contudo, como condição de uma defesa material, não deve haver qualquer tratamento discriminatório em relação aos defensores públicos e os advogados particulares nomeados judicialmente, independentemente da escolha da parte¹⁰⁴¹.

Como distingue Oña Navarro quanto à defesa técnica, também é preciso considerar as peculiaridades dos casos de defesa particular e de defesa dativa¹⁰⁴². De certa forma acertada, López explica que o defensor constituído decorre de uma relação de direito privado, ao passo que o defensor dativo deriva de um comando de ordem pública¹⁰⁴³, ou seja, de uma injunção legal. Com efeito, o advogado constituído não se confunde com o defensor dativo, motivo pelo qual ambos não podem se sujeitar a um mesmo regramento.

Impõe-se assimilar bem: por mais que existam diversidades entre o mandato do advogado constituído e a função da defesa dativa, não há razão para se conferir tratamento diferenciado entre o defensor público e o advogado nomeado judicialmente para cumprir função equivalente. A efetividade da defesa dativa exige que o advogado nomeado seja equiparado em todos os termos ao defensor público, com o propósito de se assegurar a sua efetiva participação no processo.

O advogado nomeado exerce parcela de encargo de responsabilidade direta do Estado, não havendo motivo para diferenciar a sua atuação em relação àquela desempenhada pelos agentes do próprio Estado. Enfim, o advogado dativo, como condição de efetiva participação, precisa tomar conhecimento do conteúdo dos atos processuais em igualdade de condições com os defensores públicos, caso contrário prejudicar-se-á a eficiência de seus serviços.

7.3.3. Efeitos da inércia da defesa penal dativa

A função do defensor dativo não prescinde da efetividade, não obstante a sua atuação se sujeite ao princípio da independência (art. 3º, LC n. 80/94) e não se vincule a um mandato (art. 44, XI, LC n. 80/94). O exercício de qualquer atividade pública exige obediência aos preceitos de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, sobretudo, eficiência (art.

¹⁰⁴¹ Na Itália, Ferrajoli admite a inferioridade da defesa técnica em relação à acusação, dado que o órgão acusador está institucionalmente ligado ao Poder Judiciário (“Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal”. Trad. Ana Paulo Zomer et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 597).

¹⁰⁴² OÑA NAVARRO, Juan Manuel de. El derecho de defensa en la fase de instrucción del proceso penal en la doctrina del Tribunal Constitucional. In: COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel (Dir.). “Constitución y Garantías Penales”. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2004, p. 165-238, p. 175.

¹⁰⁴³ LÓPEZ LÓPEZ, Alberto Manuel. Op. cit., p. 711.

37, CF), sem os quais não se reconhecerá a ampla defesa eficaz. A atividade do advogado nomeado também se subordina a tais princípios, porque realiza função própria do dever de prestação do Estado.

Enquanto o advogado constituído não está obrigado a cumprir atos de defesa que lhe são facultados – como a oferta de razões recursais¹⁰⁴⁴ –, ao defensor dativo se impõe o dever de praticar técnica processual necessária e útil ao acusado, preservando o seu direito indisponível à liberdade. Assim, quando o defensor dativo deixa de realizar um ato processual ou não o faz satisfatoriamente, os efeitos devem ser diversos do que normalmente acontece com o advogado constituído. Desta forma, até mesmo em função do dever de fundamentação dos atos administrativos como uma "garantia essencial da cidadania"¹⁰⁴⁵, não cabe à defensoria dativa o poder de plena discricionariedade sobre a defesa penal, diferentemente do que ocorre com a defesa do advogado constituído.

Importa notar que a inércia do defensor dativo deve resvalar sobre o profissional e não sobre o acusado. Logo, não cabe ao acusado suportar preclusões processuais por deficiência da prestação da defesa do Estado. Em sendo o Estado de Direito Democrático Social inativo, cumpre ao juiz destituir o defensor e comunicar o ocorrido à instituição respectiva (Defensoria Pública ou Ordem dos Advogados), a fim de que sejam tomadas as medidas sancionadoras, se for o caso.

O princípio da voluntariedade do recurso não se aplica, igualmente, para o defensor dativo como para o advogado constituído¹⁰⁴⁶. A aplicação indiscriminada desse princípio aos defensores dativos ignora o caráter indisponível da liberdade e, acima de tudo, desatende à necessidade de se constituir um controle judicial da atividade defensiva, em vista à obtenção de uma qualidade na eficiência do serviço prestado.

Assim, somente cabe admitir-se a voluntariedade do recurso quando evidentes as vantagens para o réu ou quando este anui com o resultado da sentença, renunciando ao prazo recursal ou, manifestamente, expressando o desejo de não recorrer. Por tal razão, impõe-se que o acusado, quando da intimação da sentença penal, seja instado a manifestar a intenção de

¹⁰⁴⁴ Neste sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 83292/RS, Rel. orig. Min. Marco Aurélio, Rel. para o acórdão Min. Cezar Peluso, 10/2/2004, 1ª T., inf. n. 336/04.

¹⁰⁴⁵ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral dos Procedimentos de Exercício da Cidadania perante a Administração Pública. "Revista dos Tribunais". São Paulo, ano 86, n. 743, p. 26-63, setembro de 1997, p. 44.

¹⁰⁴⁶ O STJ decidiu que "o defensor público não é obrigado a recorrer de tudo, ainda que em caso de sentença condenatória" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC n. 1508/SP, 5ª T., Rel. Min. Edson Vidigal, DJU 07/6/93, p. 11.264). Também neste sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 9814/RJ, 5ª T., Rel. Min. Gilson Dipp, DJU 27/9/99, p. 105.

recorrer, hipótese em que caberá ao juiz – caso o defensor constituído se quede inerte – nomear-lhe outro defensor para assegurar o direito ao segundo grau.

Nada obstante, em razão da prevalência da defesa técnica sobre a autodefesa, o defensor poderá recorrer mesmo contra a manifesta vontade do acusado¹⁰⁴⁷. Agora, havendo o réu declarado a pretensão de recorrer, não compete ao defensor dativo contrapor-se a esta vontade. Em caso de conflito de vontades, sempre deve prevalecer a posição mais favorável à liberdade, ou seja, a opção pelo recurso confirma-se como mais conveniente ao princípio *in dubio pro libertate*.

7.3.4. A (in)constitucionalidade temporária dos privilégios da defensoria pública

Apesar do desequilíbrio ínsito entre a defensoria dativa e a defesa privada, merece consideração especial a interpretação restritiva que vem sendo dada ao art. 5º, § 5º¹⁰⁴⁸, da Lei n. 1.060/50, assegurando os *privilégios* de contagem do prazo em dobro para o defensor público ou quem exerça o *cargo equivalente*. Como os advogados nomeados não exercem *cargo*, mas cumprem uma função, determinada orientação jurisprudencial consolidou um sentido não isonômico ao texto legal, impedindo que tais profissionais tenham direito ao prazo em dobro ou à intimação pessoal¹⁰⁴⁹.

Contudo, torna-se urgente que, em comarcas desprovidas do serviço estatal de Defensoria Pública, a defesa penal exercida por advogado nomeado deva gozar dos mesmos *privilégios processuais* dos defensores públicos, notadamente porque ambos profissionais estão sujeitos ao princípio da fundamentação de seus arrazoados.

¹⁰⁴⁷ Neste sentido: "Ainda que o réu tenha se manifestado expressamente no sentido de não recorrer da sentença condenatória, tem o defensor público legitimidade para interpor recurso de apelação, uma vez que cabe a este a avaliação técnica sobre a conveniência de recorrer (...)" (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 76.524-RJ, Plenário, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 01/04/98, inf. n. 105/98).

¹⁰⁴⁸ § 5º acrescentado pela Lei n. 7.871/89.

¹⁰⁴⁹ Ainda não está estabilizada a orientação segundo a qual os advogados nomeados não têm direito à intimação pessoal, porque não exercem cargo equivalente ao de defensor público. Desta forma, a 2ª T. do STF julgou que defensor dativo não tem direito à intimação pessoal: "Habeas Corpus. Processo penal. Defensor dativo. Intimação pessoal. 1. A jurisprudência da Corte é firme no sentido de que a prerrogativa processual da intimação pessoal prevista no art. 5º, § 5º, da Lei nº 1.060/50 não se aplica ao defensor dativo, mas, tão-somente aos defensores públicos. Precedentes. 2. Ordem indeferida" (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 85.543-DF, Rel. Min. Ellen Gracie, 2ª T., DJ 15/04/05, inf. n. 383/05). Em sentido contrário, a 1ª T. do mesmo Tribunal entendera que, a partir de 1996, com a redação do § 4º do art. 370 do Código de Processo Penal, os defensores nomeados (incluídos os chamados dativos) passaram também a possuir a prerrogativa da intimação pessoal (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 89710/SP, Rel. Cármen Lúcia, 12/12/06, inf. n. 452/06). Em sentido semelhante, o STJ decidiu que o defensor nomeado deve ser intimado pessoalmente em primeiro e segundo graus, reconhecendo assim "a sua equivalência ao cargo de defensor público" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 10.639-SP, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 14/12/99, 5ª T., inf. n. 44/99).

A questão deve ser resolvida à luz do princípio isonômico, não havendo razoabilidade penalizar uma garantia do acusado, restringindo o seu direito de defesa efetiva simplesmente porque o próprio Estado não assegura a instalação e o devido funcionamento do serviço público considerado essencial à função jurisdicional do Estado (art. 134, CF). Naquelas comarcas em que o serviço essencial ainda não esteja exercendo sua função constitucional de defesa dos necessitados, cabe assegurar que os defensores nomeados desfrutem das mesmas garantias processuais dos defensores públicos.

Uma outra tendência jurisprudencial firmou, indevidamente, a compreensão de que os defensores públicos devam ser intimados das decisões proferidas na instância especial pelo Diário Oficial¹⁰⁵⁰. Justifica-se que a Lei n. 1.060/50 (art. 5º, § 5º) determina a intimação pessoal dos defensores em *ambas* as instâncias e não em *todas* as instâncias. Esta interpretação restritiva viola a prerrogativa funcional de receber intimação pessoal em qualquer grau de jurisdição (art. 44, I, LC n. 80/94). Além disso, o Código de Processo Penal (art. 370) tratou da intimação pessoal do defensor sem mencionar exceções, ou seja, sem limitá-la de qualquer forma¹⁰⁵¹.

Por causa da instituição de *privilégios processuais*, inquina-se o art. 5º, § 5º, da Lei n. 1.060/50, de violar o princípio isonômico. Desta maneira, sua constitucionalidade foi devidamente questionada no Supremo Tribunal Federal. Empreendendo técnica inovadora, o Tribunal admitiu que o referido dispositivo, ao conceder prazo em dobro para a Defensoria Pública, viola a igualdade, na medida em que rompe as premissas para um processo penal de partes. Contudo, no plano da realidade, o Tribunal reconheceu que, em vários Estados, as Defensorias Públicas ainda não estão estruturadas satisfatoriamente, motivo pelo qual os privilégios legais deveriam ser considerados constitucionais apenas no âmbito dos Estados onde não houve a devida organização desses órgãos, a permitir a atuação dos defensores públicos em igualdade de armas¹⁰⁵².

¹⁰⁵⁰ Segundo o STJ, “a intimação pessoal do defensor público não se aplica à instância especial, devendo, pois, considerar-se realizada por meio de publicação no Diário da Justiça” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ag. n. 376.841-SP, Rel. Min. Ruy Rosado, j. 7/5/02, 4ª T., inf. n. 133/02). No mesmo sentido: STJ, Ag. n. 364.274-RJ, DJ 6/2/02; AgRg. no Ag. n. 45.718-SP, DJ 16/5/94, e AgRg. no Ag. n. 19.720-SP, DJ 17/8/92.

¹⁰⁵¹ O art. 370, § 4º, assim expressa: “A intimação do Ministério Público e do defensor nomeado será pessoal” (parágrafo incluído pela Lei n. 9.271/96).

¹⁰⁵² O Min. Moreira Alves esclareceu o seguinte em seu voto: “A única justificativa que encontro para esse tratamento desigual em favor da Defensoria Pública em face do Ministério Público é a de caráter temporário: a circunstância de as Defensorias Públicas ainda não estarem, por sua recente implantação, devidamente aparelhadas como se acha o Ministério Público. Por isso, para casos como este, parece-me deva adotar-se a construção da Corte Constitucional alemã no sentido de considerar que uma lei, em virtude das circunstâncias de fato, pode vir a ser inconstitucional, não o sendo, porém, enquanto essas circunstâncias de fato não se apresentarem com a intensidade necessária para que se tornem inconstitucionais. Assim, a lei em causa será

Portanto, em tese, reconhece o Supremo Tribunal Federal que o art. 5º, § 5º, da lei de assistência judiciária imprime privilégios processuais violadores do princípio da igualdade. Porém, diante da realidade, reconhece que as defensorias não estão aptas a confrontar-se com o Ministério Público, o que justificaria o reconhecimento da constitucionalidade momentânea e circunstancial dos privilégios, como critério de equilíbrio de armas. Indubitavelmente, os *privilégios* decorrem de uma situação empírica (desestruturação das defensorias) tributada ao próprio Estado, tornando razoável a manutenção de critérios legais de isonomia. É imperioso que o Estado assegure a organização das defensorias, de modo que se ajustem ao princípio da igualdade e, assim, cumpram o preceito constitucional de ampla defesa penal.

7.3.5. Exigências procedimentais à efetivação da defesa dativa

A Constituição assegurou não somente a assistência judiciária – no transcurso do processo –, mas, além disso, a assistência jurídica, ou seja, independentemente do processo (art. 5º, LXXIV, CF). Assim sendo, impõe-se ao Estado-Juiz o dever de assegurar ao indivíduo a defesa técnica, até mesmo, na fase do inquérito, notadamente quando o procedimento atingir um estado em que seja necessária a intervenção técnica para resguardar a liberdade. Para que haja igualdade, é necessário que a defesa possua os mesmos poderes e capacidade da acusação, e que o contraditório seja admitido em todas as fases processuais. De tal modo, como condição de igualdade, é necessário que o indivíduo esteja assistido por um defensor técnico, constituído ou assegurado pelo Estado¹⁰⁵³.

Em regra, os réus hipossuficientes somente têm defensores dativos nomeados no ato do interrogatório judicial, quando, muitas vezes, a designação já deveria ter ocorrido ainda na fase pré-processual. Sempre que o suspeito ou investigado estiver numa situação de risco à liberdade, cabe garantir-lhe o patrocínio de seus direitos por meio de um defensor. Seguindo este norte, a prisão cautelar dá ensejo a uma situação que justifica a imediata intervenção de defesa técnica (art. 5º, LXIII, CF).

Muito embora signifique um avanço, a Lei n. 11.449/07, que determina o envio do auto de prisão em flagrante à Defensoria Pública em vinte e quatro horas, caso o autuado não

constitucional enquanto a Defensoria Pública, concretamente, não estiver organizada com a estrutura que lhe possibilite atuar em posição de igualdade com o Ministério Público, tornando-se inconstitucional, porém, quando essa circunstância de fato não mais se verificar" (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgI n. 582280, AgR/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 29/09/06, inf. n. 442/06).

¹⁰⁵³ FERRAJOLI, Luigi. "Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal". Trad. Ana Paulo Zomer et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 491.

possua advogado, não garante o exercício da defesa na fase pré-processual. A lei apenas institui uma cerimônia formal, sem assegurar a participação eficaz da defesa dativa na fase do inquérito.

Outra questão diz respeito aos procedimentos que estabelecem uma resposta preliminar anterior ao recebimento da denúncia. Sobre este assunto, anda em rumo incerto a orientação jurisprudencial que dispensa a nomeação de defensor dativo para os casos em que o imputado deixa de ofertar resposta ou constituir advogado. Citamos como exemplo o caso do procedimento das ações penais perante os tribunais (Lei n. 8.038/90). Esta lei normatiza que, depois da oferta da denúncia ou da queixa (e antes do recebimento), o imputado será notificado para oferecer resposta no prazo de quinze dias. No entanto, diante da inércia do imputado, tem-se decidido que não haveria necessidade de nomear-se defensor técnico para a oferta da resposta preliminar¹⁰⁵⁴.

Ante a inércia do denunciado, é inarredável a nomeação de um defensor dativo. Mantendo a linha da efetividade defensiva, a ocasião reservada para apreciar a resposta preliminar não somente admite o ato de recebimento da denúncia, mas, também torna possível até mesmo, o julgamento antecipado de mérito pela improcedência da acusação (art. 6º, Lei n. 8.038/90). Daí, nesta fase preliminar, impera o dever de prestação do Estado por meio da nomeação de defesa técnica, uma vez não ocorrendo a autodefesa. Então, caso o imputado não exerça a sua defesa material (direito à autodeterminação), convém que o Estado lhe assegure – por força do dever de prestação – o direito à defesa preliminar realizada por um defensor dativo¹⁰⁵⁵.

¹⁰⁵⁴ Neste sentido: “Inexiste nulidade quando o réu, devidamente notificado, deixa de apresentar resposta por escrito e não se nomeia defensor dativo para fazê-lo” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 74100/GO. Rel. Min. Moreira Alves. DJ 09/05/97, p. 18128, j. 28/06/96, 1ª T., ement. 1868-02/345).

¹⁰⁵⁵ Na hipótese de crime de responsabilidade de funcionários, o art. 514, parágrafo único, CPP, prescreve que “se não for conhecida a residência do acusado, ou este se achar fora da jurisdição do juiz, ser-lhe-á nomeado defensor, a quem caberá apresentar a resposta preliminar”. No entanto, nesses casos, tem sido entendimento que “a falta de notificação prévia ao funcionário público não causa a nulidade do processo, se não demonstrado o prejuízo para a defesa” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RE. n. 25.023-0, Min. Costa Lima, 16.11.92). No mesmo sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 65.277-8, Min. Djaci Falcão, 25/09/87, RT 625/379. Por outro lado, ainda quanto à oportunidade de defesa preliminar prevista pelo art. 514, CPP, é preciso destacar que o plenário do STF modificou a sua jurisprudência, passando a entender que a inobservância do art. 514, CPP gera nulidade absoluta e que a defesa preliminar é indispensável, mesmo quando a denúncia se fundamenta em inquérito policial (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 85779/RJ, Rel. orig. Min. Gilmar Mendes, Rel. para o acórdão Min. Cármen Lúcia, 28/2/07, pleno, inf. n. 457/07). No mesmo sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 89.686/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 12/6/07, inf. n. 471/07.

Também importa destacar que o defensor dativo não pode abster-se do encargo defensivo, salvo motivo relevante (art. 264, CPP)¹⁰⁵⁶. No entanto, com relação a advogado particular nomeado para o exercício da defesa dativa, entendo que a sua atuação se dá de forma subsidiária, isto é, ante a inércia da Defensoria Pública. Assim, para a nomeação de advogado particular, faz-se essencial a constatação da impossibilidade de execução do serviço estatal pela Defensoria Pública. Noutras palavras, graças à primazia do dever de prestação do Estado, impõe dar-se preferência à nomeação de defensor público ou do agente público que exerça cargo equivalente, exceto se o próprio acusado manifesta interesse pela nomeação de advogado privado ou se o serviço da Defensoria não esteja apto a assumir a causa.

Entretanto, a nomeação supletiva do advogado não acontece livre de regras. Preferencialmente, deverá recair sobre o advogado indicado pelo interessado e que aceite o encargo (art. 5º, § 4º, Lei n. 1.060/50). A fim de assegurar a efetividade da defesa, a todo instante, cabe ao imputado o direito de substituir o advogado nomeado por defensor de sua confiança. E não é apenas isto. O advogado de confiança do acusado deve estar presente em todos os atos processuais, apenas se excetuando os casos em que a sua presença poderá tornar ineficaz a diligência ou quando ele deixa de comparecer ao ato injustificadamente. Assim, não se reconhece como constitucional a regra do art. 265, parágrafo único, CPP, que determina a substituição compulsória do defensor em casos de ausência motivada. A falta motivada do advogado deve permitir o adiamento do ato processual, a fim de garantir o direito à assistência jurídica por defensor de confiança, como condição de efetividade da defesa.

Ainda em razão do direito à escolha de defesa técnica, sempre que o advogado constituído renunciar ao mandato, impõe intimar-se o acusado para constituir outro profissional. Com efeito, somente depois da inércia do acusado, é que então deverá ser-lhe nomeado defensor dativo. E, quanto mais madura estiver a causa, mais tempo deve assegurar-se ao defensor nomeado para tomar conhecimento dos fatos.

Como uma última exigência, confere enfrentar a questão da efetivação da comunicação entre a parte e o defensor dativo. À luz da superação do modelo de defesa formal, não basta a nomeação de um defensor. Importa, sim, que a efetividade do papel defensivo no processo penal irrompa a relação de inferioridade para com o Ministério Público. Mauro Cappelletti e Bryant Garth anotaram que, a despeito de uma natural

¹⁰⁵⁶ Em sentido semelhante ao Código de Processo Penal, prescreve o art. 34, XII, da Lei n. 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil) que constitui infração disciplinar a recusa injustificada a prestar assistência jurídica, diante da nomeação judicial.

desconfiança para com os advogados, o próprio ambiente formal do Judiciário institui barreiras restritivas ao acesso¹⁰⁵⁷.

Em regra, a assistência prestada pelo advogado nomeado não assegura o estabelecimento de uma relação de confiança e plena comunicação. As razões são elementares. O hipossuficiente ressent-se de comparecer a um escritório particular sem que tenha condições de cobrir os gastos financeiros com a causa¹⁰⁵⁸. E sente-se mais receado quando sabe que o Estado não liquidará seu débito satisfatoriamente.

Na seara da defesa exercida por advogado particular, é natural ao profissional constituído apurar-se em preparar a técnica defensiva com apoio do acusado, o qual contribui para a escolha de provas e teses a serem argumentadas.

Diferentemente, a defesa pública (dativa), não raramente, se desenvolve sem qualquer amparo ou comunicação. De certo, o réu hipossuficiente padece de dificuldades à obtenção de uma defesa efetiva, mas os obstáculos acontecem não apenas por força de dificuldades financeiras. Por vezes, o próprio aparato administrativo-judiciário cuida de elevar barreiras à defesa.

Não é raro encontrar réus que nem mesmo sabem onde localizar seus defensores nomeados. Em relação à massa carcerária hipossuficiente, majoritariamente defendida por advogados nomeados, é comum que comportamentos profissionais desidiosos fiquem encobertos. Portanto, a fim de se minorar o desequilíbrio, é imprescindível que o acusado seja informado da nomeação de seu defensor e do local onde pode encontrá-lo¹⁰⁵⁹, como também deve garantir-se que, em caso de prisão, existam efetivos meios de comunicação entre eles.

Num caso em que o acusado estava preso em uma unidade da Federação e respondendo a processo penal noutra, o Supremo Tribunal Federal enfrentou a questão da ausência de comunicação com a Defensora Pública, nomeada no Estado onde corria a ação penal. A 1ª Turma do STF reconheceu o cerceamento de defesa, porque o acusado não foi levado para participar dos atos onde tramitava a ação penal, ficando, portanto, impedido de ter contato com a defesa técnica. Na situação, considerou-se que a falta de recursos materiais para providenciar o deslocamento não pode inviabilizar o acesso às garantias constitucionais, desequilibrando a relação entre acusação e defesa. Por outro lado, como a comunicação entre presos e pessoas alheias ao sistema prisional acontece de maneira restrita, não impediu o

¹⁰⁵⁷ “Acesso à Justiça”. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 24.

¹⁰⁵⁸ Ibid, pp. 38-9.

¹⁰⁵⁹ FERENCZY, Peter Andreas. "Defesa Dativa: o elo frágil na relação processual penal (prisão para os pobres: nunca mais...)". Rio de Janeiro: Forense, 1998, pp. 50, 61 e 64.

reconhecimento da nulidade a circunstância de que o acusado pode, teoricamente, estabelecer a comunicação com a Defensora Pública por outros meios, como telefone ou correspondência¹⁰⁶⁰.

Desde esta perspectiva, também é imprescindível que o juiz identifique a condição de alfabetizado do acusado com o objetivo de assegurar-lhe tratamento adequado às suas limitações, notadamente porque o analfabeto terá mais dificuldades de compreender as múltiplas circunstâncias linguísticas que envolvem o processo judicial¹⁰⁶¹.

O processo, ou melhor, a instrução processual é uma porta aberta às armadilhas da linguagem. Não fica difícil elencar os erros aos quais uma pessoa poderá ser levada se não tiver capacidade de compreender a linguagem dos interlocutores do processo. À luz dos ensinamentos de Leibniz, a comunicação com o réu analfabeto poderá ser distorcida pelo emprego de palavras ambíguas (inconsciente ou voluntário), pelo uso de neologismos, pela crença de que todos estão de acordo com o sentido dado às palavras, pela utilização de alusões ou de figuras de linguagem (apego à retórica), etc¹⁰⁶².

A aptidão de leitura determina o grau de informação que uma pessoa pode assimilar. Explicamos. Quando damos conhecimento ao réu de uma norma ou pedimos para que ele leia uma ata de audiência ou um mandado judicial, não apenas solicitamos para essa pessoa decodificar sinais de um texto, mas para adotar determinados comportamentos ou assumir certas responsabilidades. A leitura e a percepção do sentido das palavras, portanto, ligam-se diretamente à noção de participação efetiva no processo. A legislação pátria está repleta de regras que removem responsabilidades dos que não lêem ou não compreendem o alcance da magnitude deste ato. Seguindo este caminho, o Código Civil impõe restrições aos analfabetos para testemunhar casamento (art. 1.539), para testar de próprio punho (art. 1.894) etc. Da mesma forma, o Código de Processo Penal cria restrições às pessoas sem habilidade para ler e escrever (art. 279, III; art. 192).

Na linha desse raciocínio, compete ao juiz, ainda na primeira fase do interrogatório judicial, não somente levantar dados sobre a residência, meios de vida ou profissão, oportunidades sociais e vida pregressa do acusado (art. 187, § 1º, CPP), mas também a

¹⁰⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 85.200/RJ, Min. Eros Grau, j. 08/11/05, 1ª T., DJ 03/02/06, p. 31, Ement. 2219-04/777, RBV. 18, n. 510, 2006, p. 31-35.

¹⁰⁶¹ FERENCZY, Peter Andreas. Op. cit., p. 68. O STF decidiu que a Defensoria Pública tem o dever de esgotar os meios recursais, notadamente quando o acusado não possui instrução que lhe permita compreender ato de desistência recursal (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 76.526-3, 2ª T., Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 17/03/98, v.u., DJU 30/04/98, p. 10).

¹⁰⁶² “Novos Ensaios sobre o Entendimento Humano”. Trad. Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultura, 2000, pp. 333 a 343.

respeito das suas habilidades cognitivas e de seu grau de instrução. Permite-se, assim, que sejam reconhecidas as suas capacidades para estabelecer uma comunicação eficaz com os participantes *lato sensu* do processo (juiz, promotor de justiça, defensor, peritos, testemunhas etc.).

7.4. O exercício da garantia de defesa pela pessoa jurídica

7.4.1. A crise do modelo antropocêntrico: proteção ambiental e revisão dos postulados penais clássicos

A revolução industrial e, agora, a sociedade de risco levam ao extremo a exploração dos recursos naturais, criando uma relação insustentável entre o homem e a natureza¹⁰⁶³. Acostumado a proteger bens individuais, o Direito Penal é solicitado a proteger bens supra-individuais. Não obstante sejam muitas as críticas direcionadas à sua capacidade de cumprir tal função satisfatoriamente, o bem ambiental – enquanto valor fundamental – não se afasta do sistema punitivo. Desse modo, a crise da garantia de defesa se acentua na seara da proteção criminal do meio ambiente. Isto porque, enquanto a Ciência Penal está fincada no modelo antropocêntrico clássico (liberal-individualista-patrimonialista), o Direito Ambiental expande-se em direção aos postulados do antropocentrismo moderado, propondo uma ampla revisão de valores e, até mesmo, das garantias penais historicamente presas à origem do Estado Liberal.

Diante deste panorama, fica fácil explicar o motivo pelo qual o Direito Penal contemporâneo passa a se ocupar em proteger o bem-estar social, aqui também incluído o bem-estar ambiental¹⁰⁶⁴. Dessa forma, o Direito Penal ambiental sofre pressão para inclinar-se em favor da atenuação do paradigma antropocêntrico clássico. É nesta ótica que se desenvolve a colisão entre o poder punitivo e a garantia de defesa.

Até antes do século XX, a relação do homem com a natureza dava-se de forma

¹⁰⁶³ Ulrich Beck chega mesmo a encontrar na sociedade de risco uma forma de depauperação, comparável à depauperação das massas trabalhadoras da metade do séc. XIX; tanto agora como à época da revolução industrial, a industrialização e a modernização causam impactos drásticos nas condições de vida ("La Sociedad del Riesgo: hacia una nueva modernidad". Trad. Jorge Navarro et al. Barcelona, Buenos Aires, México: Paidós, 1998, p. 56).

¹⁰⁶⁴ Hassemer é um dos maiores críticos da proteção de bens coletivos pelo Direito Penal contemporâneo. Segundo ele, não se busca proteger bens jurídicos individuais do direito clássico (vida, saúde, liberdade etc), mas bens jurídicos coletivos, voltados ao bem-estar (saúde pública, mercado de capitais etc), muitas vezes recorrendo aos delitos de perigo em abstrato (El Destino de los Derechos del Ciudadano en un Derecho Penal Eficaz. "Doctrina Penal: teoría y practica en las ciencias penales". Buenos Aires, v. 13, fascículo 49/52, p. 193-204, 1990, p. 199).

meramente antropocêntrica. No séc. XX, o meio ambiente surge com um limite à liberdade do homem¹⁰⁶⁵. Assim, em garantia da sobrevivência na Terra, a responsabilidade ambiental funda um imperativo contra a arbitrariedade individual¹⁰⁶⁶. O antropocentrismo clássico começa a ceder espaço para a vertente moderado e para o biocentrismo¹⁰⁶⁷.

Precipuamente, toca refletir que, nos países de tradição romano-germana, o sistema penal foi edificado sobre os postulados do antropocentrismo clássico. Talvez por este motivo, o Direito Penal individualista-patrimonialista não depura com facilidade as novas reivindicações sociais para o século XXI. De fato, a sociedade ainda não alcançou a íntima relação entre meio ambiente e vida, cuja ampla proteção não pode deixar de interessar à ciência penal.

O Direito Penal ainda se assenta sobre a idéia cristã de responsabilidade e culpa individual, que toma a transgressão da lei penal como autodeterminação de uma vontade humana. O sistema penal ainda está estruturado para punir pecadores, mas pessoas jurídicas não podem pecar (!). Com efeito, no tocante aos crimes ambientais, a responsabilidade individual vem a serviço de um modelo de Direito Penal burguês, que ainda ignora a efetiva proteção do trabalhador.

Se pararmos para pensar, a responsabilidade penal da pessoa jurídica pode significar um caminho para uma dogmática penal socialista, não apenas adaptada a uma realidade pós-moderna, mas capaz, sobretudo, de pensar o Direito Penal além do homem, isto é, fora de uma idéia antropocêntrica rigorosa. A ciência caminha nesta direção.

Na sociedade capitalista avançada, o fenômeno crime não mais se explica singela e exclusivamente pela vontade individual. Assim, a criminalidade precisa ser compreendida como resultado de circunstâncias que possuem um endereço histórico certo, de tal modo que o crime deixa de ser uma categoria exclusiva do universo antropocêntrico clássico¹⁰⁶⁸.

¹⁰⁶⁵ COUTINHO, Francisco Seráfico da Nóbrega. A Liberdade do Homem e a Responsabilidade Ambiental. "Direito e Liberdade", Natal, v. 1, n. 1, p. 165-175, jul-dez./2005, p. 172.

¹⁰⁶⁶ Ibid, p. 173.

¹⁰⁶⁷ ALMEIDA JÚNIOR, Antônio Borja de; COUTINHO, Francisco Seráfico da Nóbrega. A Matriz Teórica do Direito Ambiental: uma reflexão sobre o fundamento da necessidade de preservação do meio ambiente. "Direito e Liberdade", Natal, v. 3, n. 1, p. 71-82, 2006, p. 75. Estes autores afirmam que, com a superação do paradigma antropocêntrico clássico, "o homem não é mais visto como um ente desvinculado da natureza e, sim, integrado e integrante desta, que repele a idéia de apropriação dos recursos naturais de forma desmedida e induz à necessidade de preservação e defesa do ambiente, dado o valor intrínseco que possui" (op. cit., p. 76).

¹⁰⁶⁸ No Direito Ambiental, a eficiência penal atinge, diretamente, o manejo da responsabilidade penal das pessoas de jurídicas. A evolução crescente da complexidade da sociedade criou um obstáculo intransponível para a descoberta de alguns crimes, especificamente os ambientais e aqueles relacionados com a ordem econômica. Cada vez mais, esses crimes são cometidos em função de complicados processos decisórios que ocorrem no interior de empresas. É preciso, pois, encontrar a criminalidade ambiental em seu contexto macro, que ocorre no âmbito vasto da esfera global, além das fronteiras dos Estados ou do domínio da política nacional (Cf. PAUL,

As sociedades complexas e, inclusive, aquelas cuja estrutura é formada por pessoas jurídicas, despojam o homem da capacidade de compreender o que faz¹⁰⁶⁹, sendo preferível mesmo eximi-lo de culpa. Neste tempo de capitalismo pós-moderno, a criminalidade identifica-se por contingências históricas resultantes do processo de pauperização social, tanto que o crime não deve ser observado como algo neutro e que não participa da história¹⁰⁷⁰. A responsabilidade penal da pessoa jurídica vem ao cabo de tudo isso, como superação de uma forma burguesa de pensar, sem que implique, absolutamente, o fim das garantias processuais de estirpe individual¹⁰⁷¹.

Tudo que se refere à vida importa ao Direito Penal, porque a ele se impõe o dever de proteger os valores superiores. Todavia, convém sublinhar que a proteção do meio ambiente pelo Direito Penal tem sido conflituosa, mas isto não significa que devemos afastar por completo a intervenção penal. Ao menos, o Direito Penal em si cumpre uma função simbólica que não deixa de ser útil à sociedade pós-moderna.

A intervenção penal protetora do meio ambiente movimenta-se em oposição ao sistema penal liberal, vinculado à proteção do patrimônio e da liberdade individual. Não somente o princípio da ampla defesa, mas os princípios da legalidade, da responsabilidade pessoal e da culpabilidade, entre outros, mostram-se configurados para uma realidade estritamente antropocêntrica.

A relação harmônica entre o sistema coercitivo e o meio ambiente passa, obrigatoriamente, pela revisão dos postulados penais clássicos e pelo expurgo das condutas e atividades resultantes da inflação legislativa. Portanto, é premente a ingerência dos princípios da intervenção mínima, da insignificância, da *ultima ratio* (ou da subsidiariedade), da fragmentariedade, da lesividade (ou ofensividade) e da adequação social, os quais, resumidamente, formam um completo sistema de controle ao excesso da criminalização¹⁰⁷².

Wolf. Megacriminalidad Ecológica y Derecho Ambiental Simbólico: una intervención iusfilosófica en el sistema de la Organizada Irresponsabilidad. "Pena y Estado". n. 1, p. 111-122, septiembre-diciembre, 1991, p. 122).

¹⁰⁶⁹ Cf. HABERMAS, Juergen. "A Crise de Legitimação no Capitalismo Tardio". Trad. Vamireh Chacon. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002, p. 161-2.

¹⁰⁷⁰ FERRAJOLI, Luigi; ZOLO, Danilo. Marxismo y Cuestión Criminal. "Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales". Buenos Aires, v. 3, fascículo 4/5, p. 59-91, 1993/1994, p. 75.

¹⁰⁷¹ Para Ferrajoli e Danilo Zolo, a hipótese estratégica para a política criminal socialista está na superação "de la ideología cristiana y burguesa de la culpa y de la responsabilidad individual que, como hemos dicho, está en la base del proceso de criminalización de tipo moderno" (op. cit., p. 86). No entanto, os penalistas advertem que, mesmo assim, é necessária a manutenção das garantias burguesas, inclusive a do contraditório (op. cit., p. 90).

¹⁰⁷² É emblemático o caso em que se deu início a demanda penal por crime contra a fauna praticado contra "quatro minhocucus", oportunidade em que o STJ reconheceu a incidência do princípio da insignificância para trancar a ação penal (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. C. Comp. n. 20.312-MG, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 6ª T., j. 1/7/99, inf. n. 25/99).

Como o Direito Penal clássico possui um caráter não-preventivo, ou seja, somente reage contra lesões já praticadas, precipitam-se as contradições com o Direito Ambiental, que exige, cada vez mais, uma atuação preventiva do Estado. Deste modo, para a tutela efetiva dos bens ambientais, faz-se imprescindível revisar valores estabelecidos. Como para o meio ambiente importa mais prevenir do que reprimir¹⁰⁷³, ganha um contorno inteiramente diferente a reparação do dano ambiental, em função de que se justifica a sua valorização para, *v. g.*, a concessão dos institutos de transação penal e de suspensão condicional do processo.

Na sociedade complexa e de risco, as decisões do homem refletem em toda a sociedade. Dentro deste quadro, Ulrich Beck cria o termo sociedade de risco para designar aquela sociedade cujas ameaças escapam das esferas de controle, tornado mais frágeis as condições de sobrevivência humana¹⁰⁷⁴. Assim, a globalização, como fenômeno cultural e econômico ligado à sociedade de risco, tem contribuído para o ascendente sentimento de medo¹⁰⁷⁵.

Constata-se que o Direito Penal não funciona como ferramenta para contar a criminalidade da era global. Como resolver o impasse? Como conter o medo que transborda em terror? É dessa forma que o Estado entra na ciranda do Direito Penal antiterrorismo, emergencial, mágico, simbólico, burocrático etc.

Em preparação à nova sociedade, os princípios penais clássicos experimentam as primeiras revisões. Sem dúvida, neste contexto, não fica de fora a ampla defesa. É justamente este princípio que depura, no processo concreto, o medo da sociedade e os efeitos contrários

¹⁰⁷³ OLIVEIRA, Lenôra Azevedo. A proteção do bem jurídico ambiental e os limites do Direito Penal contemporâneo. In: CARVALHO, Salo de (Org.). "Leituras Constitucionais do Sistema Penal Contemporâneo". Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 73.

¹⁰⁷⁴ De fato, como explica Ulrich Beck, a ameaça à vida em sociedade está democratizada, ou seja, "el fatalismo ecológico del final de los tiempos hace que el péndulo del estado de ánimo privado y político oscile em todas las direcciones" ("La Sociedad del Riesgo: hacia una nueva modernidad". Trad. Jorge Navarro et al. Barcelona, Buenos Aires, México: Paidós, 1998, p. 43). Para Ulrich Beck, a sociedade evoluiu em três etapas distintas. Na primeira fase, quando evidente o conflito entre capital e trabalho, os riscos atingiam apenas os pobres, muitas vezes provenientes de acontecimentos naturais. Na segunda fase, que vai do final do século XIX até metade do século XX, começa-se a entender que os riscos não somente advêm de causas naturais, mas pela ação do homem. Por fim, a terceira etapa supera a relação capital-trabalho instaurada pela luta de classes e compreende que os riscos não apenas advêm da natureza ou do homem, mas da própria estrutura social; o desenvolvimento social é um gerador de riscos (Apud OLIVEIRA, Lenôra Azevedo. Op. cit., pp. 66-7).

¹⁰⁷⁵ RODRIGUES, Fabíola Emilin. Direito Penal ambiental e a sociedade atual. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antônio Marques (Coords.). "Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais: visão luso-brasileira". São Paulo; Quartier Latin, 2006, p. 982. Na era global, sobrepõe-se ao Direito Penal clássico (patrimonialista-individualista) o espectro de novas dificuldades. Assim, observa esta autora: "Com a inserção de novos riscos na sociedade, novos bens jurídicos passam a solicitar a proteção do Direito Penal, os doutrinadores têm-se mostrado unânimes em afirmar a necessidade de uma nova dogmática jurídico-penal capaz de se antecipar a proteção penal a esferas anteriores ao dano e algumas vezes a própria exposição à perigo. Na era globalizada, o crime passa a ser o econômico, o do colarinho branco, da lavagem de dinheiro, da evasão de divisas, dos lucros fabulosos envolvendo tráfico de drogas, de crianças, de órgãos, o crime ambiental, a corrupção ativa e passiva, a concussão, dentre outros" (op. cit., p. 989).

que isto causa à igualdade material. A defesa penal revisitada foge dos padrões formalísticos em direção ao reconhecimento de que os novos problemas que se instalam abruptamente não serão resolvidos pelo singelo abandono das antigas garantias.

A ciência penal ainda está em grande parte na segunda fase da sociedade de risco. Limita-se a entender que apenas o indivíduo é capaz de produzir um risco para outro indivíduo. O modelo antropocêntrico-individualista confronta-se com o Direito Penal que entende a sociedade em si como produtora de risco, mas a solução do confronto depende de uma ampla reorientação dogmática.

Convém sublinhar a solução dada por Hassemer, um audacioso crítico da adequação do Direito Penal à tutela ambiental. Dado o caráter simbólico do Direito Penal ambiental na Alemanha, este autor propõe que seja criado um novo ramo científico – o Direito de intervenção –, ao qual caberia tratar das novas categorias que surgem na contemporaneidade, mantendo-se, portanto, o Direito Penal clássico apenas para os casos de cunho individualista-patrimonialista. Caberia a este novo ramo do Direito a sobra de conflitos que transborda do Direito Penal. Somente assim seria possível conceber um direito sancionador que atue preventivamente, coletivamente ou em reflexo a riscos em abstrato¹⁰⁷⁶, ou seja, que responda às especificidades do Direito Ambiental.

O futuro do Direito Ambiental é complexo e imprevisível, mas, qualquer que seja a conjectura, passa pelo Estado de Direito Ambiental (Montoro Chiner)¹⁰⁷⁷. O Direito Ambiental do futuro pautar-se-á pela efetividade de suas normas no plano macro, no sentido de que, cada vez mais, presenciaremos a ampliação dos meios de controle e coação, no domínio da responsabilidade civil, penal e administrativa¹⁰⁷⁸.

Dentre os princípios do Direito Ambiental, destaca-se o princípio do limite, segundo o qual se impõe ao Estado o dever de exercer ação restritiva sobre a liberdade, “impondo restrições às pessoas físicas e jurídicas, e sanções aos infratores, por meio de responsabilidade civil, penal e/ou administrativa”¹⁰⁷⁹.

¹⁰⁷⁶ OLIVEIRA, Lenôra Azevedo. Op. cit., p. 85. Ainda, cf. HASSEMER, Winfried. El Destino de los Derechos del Ciudadano en un Derecho Penal Eficaz. “Doctrina Penal: teoría y practica en las ciencias penales”. Buenos Aires, v. 13, fascículo 49/52, p. 193-204, 1990, p. 199; HASSEMER, Winfried. Características e Crises do Moderno Direito Penal. “Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal”. Porto Alegre, a. III, n. 18, p. 144-157, fev.-mar./2003, p. 150.

¹⁰⁷⁷ JORDANO FRAGA, Jesús. El Derecho Ambiental del siglo XXI. “Revista de Direito Ambiental”. Ano 9, n. 36, p. 200-230, out-dez., 2004, p. 223.

¹⁰⁷⁸ Ibid, p. 224.

¹⁰⁷⁹ CAMPOS, Aline da Veiga Cabral. Precaução ambiental na era do Direito Penal secundário. In: D’ÁVILA, Fábio Roberto; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder (Coords.). “Direito Penal Secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões”. São Paulo; Coimbra: Revista dos Tribunais; Coimbra,

O Direito Ambiental, opondo-se à política liberal não-intervencionista, deve revisar as bases do direito de propriedade, propondo-lhe o cumprimento de uma função social¹⁰⁸⁰. Interrompe-se, assim, a leitura acrítica da noção clássica de direito de propriedade estabelecida desde Locke (1632–1704).

Mesmo que não seja adotada a solução dada por Hassemer, o Direito Penal ambiental passará a trabalhar com categorias que naturalmente contradizem os postulados tradicionais para a defesa penal. A responsabilidade penal das pessoas jurídicas e os crimes de perigo abstrato são alguns desses conceitos que desafiam a revisão dos fundamentos penais clássicos.

7.4.2. A adequabilidade da responsabilidade penal da pessoa jurídica à garantia de defesa

A responsabilidade penal das pessoas jurídicas não se trata de nenhuma novidade. Liszt e Prins defenderam-na sob o ponto de vista pragmático. Quem pode firmar contratos, afirma Liszt, também pode firmar contratos fraudulentos¹⁰⁸¹. Nos Estados Unidos da América, existe previsão de aplicação desta responsabilidade desde 1882¹⁰⁸². O Tribunal de Nuremberg puniu não somente pessoas físicas, como igualmente pessoas jurídicas¹⁰⁸³. A par disto, a tendência moderna do Direito Penal é desvincular a sanção penal das idéias de prisão, da mesma forma que se dirige para processos de *desindividualização* penal em algumas áreas específicas. Assim, o Direito Penal mundial converge para a responsabilização das pessoas jurídicas em matérias de crimes contra a ordem econômica e contra o meio ambiente. Estados Unidos da América, Austrália, França, Dinamarca, Portugal, Áustria e Holanda, entre vários outros países, adotam políticas criminais voltadas à responsabilidade penal da pessoa jurídica¹⁰⁸⁴. Na América Latina, o Código de Defesa Social de Cuba de 1963 reconheceu, pioneiramente, a responsabilidade penal da pessoa jurídica¹⁰⁸⁵.

2006, p. 101¹⁰⁸⁰ CARVALHO, Carlos Gomes. Direito Ambiental: perspectivas no mundo contemporâneo. "Revista de Direito Ambiental". Ano 5, n. 19, p. 201-208, jul-set., 2000, p. 206.

¹⁰⁸⁰ CARVALHO, Carlos Gomes. Direito Ambiental: perspectivas no mundo contemporâneo. "Revista de Direito Ambiental". Ano 5, n. 19, p. 201-208, jul-set., 2000, p. 206.

¹⁰⁸¹ Apud MIR PUIG, Santiago. "Direito Penal: fundamentos e teoria do delito". Trad. Cláudia Vianna Garcia e José Carlos N. P. Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 171.

¹⁰⁸² LUISI, Luiz. "Os Princípios Constitucionais Penais". 2ª ed., Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 148.

¹⁰⁸³ CORREIA, Sabrina de Sousa. A responsabilidade penal do Estado por crimes ao ambiente. "Direito e Liberdade", Natal, v. 3, n. 1, p. 545-555, set./2006, p. 553.

¹⁰⁸⁴ Nos países do common law a responsabilidade da pessoa jurídica é aceita sem maiores transtornos dogmáticos. Nos Estados Unidos, o primeiro precedente (New York e Hudson River Railroad versus EUA) admitiu a responsabilidade da pessoa jurídica simplesmente porque não existia proibição legal (cf. FREITAS,

Avaliando que os crimes ambientais protegem direitos de terceira geração, a dogmática penal clássica de cunho liberal-patrimonialista não tem tido serventia para impedir uma nova reorientação do Direito Penal com fins de efetivamente proteger valores universais. A dimensão elevada dos bens ambientais ordena que a defesa ambiental aconteça em todas as esferas de proteção, civil, administrativa e penal.

A *desindividualização* do Direito Penal – usando a expressão de Mireille Delmas-Marty – surge em razão da deficiência do Direito Penal clássico para prevenir essas novas condutas. Em relação a crimes ambientais praticados por pessoas jurídicas, a responsabilidade penal clássica, muitas vezes, somente alcança o indivíduo que cumpre a ordem executória final, ignorando, completamente, a cadeia do processo decisório, que oculta quem se serve dos entes morais para fugir da persecução penal¹⁰⁸⁶.

Sem dúvida, a Constituição Federal de 1988 confere a responsabilidade penal da pessoa jurídica por crimes ambientais (art. 225, § 3º)¹⁰⁸⁷ e também por atos contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular (ar. 173, § 5º). Segundo a Constituição, as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados (CF, art. 225, § 3º)¹⁰⁸⁸.

Muito embora adote o Brasil o sistema francês de dupla responsabilidade (pessoa física e jurídica), a lei ambiental (Lei n. 9.605/98) regulamentou a Constituição sem

Vladimir Passos de. O Crime Ambiental e a Pessoa Jurídica. "Cidadania e Justiça". Ano 3, n. 5, p. 212-219, 1999, p. 212). No Direito Espanhol, não obstante a resistência da doutrina majoritária, a pessoa jurídica sofre conseqüências acessórias e também solidárias, tendo, v.g., que pagar multas impostas aos seus representantes (MIR PUIG, Santiago. Op. cit., p. 173). De fato, a responsabilidade da pessoa jurídica é apontada como parte de um projeto pós-moderno de uma política criminal recrudescente (BERBERI, Marco Antonio Lima. "Reflexos da pós-modernidade no sistema processual penal brasileiro (algumas considerações básicas). In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). "Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal". Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 68).

¹⁰⁸⁵ LUISI, Luiz. Op. cit., p. 150. No Brasil, a política legislativa ambiental clássica considerava os recursos naturais como *res nullius*, muito embora já existisse um sistema protetor ao meio ambiente desde os séculos passados. Cf. CARVALHO, Ivan Lira de. Estudo Comparativo da Proteção Concentrada do Meio Ambiente nos Sistemas Constitucionais do Brasil e da Colômbia. "Direito e Liberdade", Natal, v. 4, p. 173-180, jul-dez., 2006. Sobre a origem recente da legislação ambiental no Brasil, cf. DOTTE, René Ariel. Política Criminal Ambiental na Amazônia: preservação do ambiente e sobrevivência humana. "Revista Brasileira de Ciências Criminais". São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 59, p. 184-222, março-abril de 2006, p. 205.

¹⁰⁸⁶ DELMAS-MARTY, Mireille. "A Imprecisão do Direito: do Código Penal aos Direitos Humanos". Trad.nise Radanovic Vieira. Barueri: Manole, 2005, p. 28.

¹⁰⁸⁷ Como até o momento somente houve regulamentação da responsabilidade penal no âmbito dos crimes ambientais, entendo cabível tratar do direito de defesa das pessoas jurídicas apenas neste campo específico.

¹⁰⁸⁸ Segundo deixa claro o texto constitucional, cabe advertir que as pessoas jurídicas exercem atividade criminosa, enquanto as pessoas físicas praticam conduta criminosa.

descrever, autonomamente, as infrações que possam ser praticadas pela pessoa jurídica¹⁰⁸⁹. Em tese, todos os tipos ambientais implicam a tipificação da atividade do ente moral. Além disso, tal responsabilidade levanta problemas que conflitam com os princípios penais clássicos.

Como a lei ambiental não formaliza um sistema específico para a responsabilidade da pessoa jurídica, caberia ao intérprete a adequação sistêmica. O problema é justamente este. A doutrina majoritária entende impossível promover tal conformação. Seguindo esta sorte, uma plêiade de doutrinadores penais difunde a inaptidão do sistema instituído pela Lei n. 9.605/98 para responsabilizar a pessoa jurídica. Em geral, esses penalistas registram a falta grosseira de técnica legislativa da lei ambiental¹⁰⁹⁰. Dada a incompatibilidade com o princípio da culpabilidade, sustentam a impossibilidade de responsabilidade objetiva para as pessoas jurídicas. Apontam o desrespeito aos princípios da culpabilidade e da individualização, já que o ente moral não possui vontade própria, para admitir a reprovação de sua atividade segundo os critérios adotados a fim de reprovar a conduta individual. Como a lei não estipulou um sistema próprio para a determinação da culpabilidade das pessoas jurídicas, seria inviável determinar a pena pelo critério subjetivista do Código Penal, que consagra o modelo puramente individual, incompatível com a inculpação do ente coletivo¹⁰⁹¹.

Também fazem coro contra a violação perpetrada ao princípio da legalidade, uma vez que a lei não instituiria tipos específicos para as pessoas jurídicas¹⁰⁹². Outros argumentam ter havido a violação do princípio da responsabilidade pessoal, motivando que punir uma empresa seria o mesmo que indiretamente penalizar os empregados, em desrespeito às garantias constitucionais (art. 5º, XLV)¹⁰⁹³. Para muitos penalistas, a Lei n. 9.605/98 violaria o *devido processo legal* e, conseqüentemente, o princípio da ampla defesa porque não

¹⁰⁸⁹ AZEVEDO, Tupinambá Pinto de. Crime Ambiental: anotações sobre a representação, em juízo, da pessoa jurídica e seu interrogatório. "Revista de Direito Ambiental". Ano 11, n. 42, p. 208-240, abr./jun., 2006, p. 218.

¹⁰⁹⁰ LUISI, Luiz. Op. cit., p. 163.

¹⁰⁹¹ Carnelutti afasta a responsabilidade penal das pessoas jurídicas em razão da impossibilidade de se determinar a sua capacidade de discernimento ("Como se faz um Processo". Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2001, p. 45). Em sentido semelhante: BELING, Ernst von. "A Ação Punível e a Pena". Trad. Maria Carbajal. São Paulo: Rideel, 2007, p. 12

¹⁰⁹² Para Danielle Mastelari Levorato, a lei de crimes ambientais viola o princípio da legalidade porque não estipula quais crimes as pessoas jurídicas podem cometer ("Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas nos Crimes Ambientais". São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 98).

¹⁰⁹³ Também não fica de fora a ofensa à presunção da inocência, na medida em que teoricamente a pessoa jurídica poderia ser punida independentemente da pessoa física, bastando, que existisse um nexo causal entre a atividade e o dano.

prescreve um procedimento próprio e adequado às particularidades que envolvem a incriminação da pessoa moral¹⁰⁹⁴.

Sob o mesmo ponto de vista, Luiz Vicente Cernicchiaro e Paulo José da Costa Júnior entendem impossível censurar (reprovar) a pessoa jurídica, mas apenas quem atue em seu nome¹⁰⁹⁵. Para os doutrinadores, os princípios penais da legalidade, da responsabilidade pessoal, da culpabilidade, da presunção de inocência e da individualização não se ajustam ao modelo de responsabilização da pessoa jurídica¹⁰⁹⁶.

De fato, tais situações não foram tratadas satisfatoriamente pelo legislador, desvendando que a falta de técnica favorece à impunidade e ao simbolismo penal. A lei ambiental não se ocupou de regular nem mesmo os efeitos penais da dissolução da pessoa jurídica durante o transcurso do processo penal¹⁰⁹⁷. A lei ambiental também foi omissa em vários outros pontos importantes. Simplesmente, olvida as conseqüências dos casos de pessoas jurídicas dirigidas por inimputáveis, não dispõe sobre a singularidade do interrogatório do ente moral, não garante expressamente a autodefesa, o direito ao silêncio e a assistência judiciária.

Depois de tudo, teria sido a lei de crimes ambientais uma tentativa frustrada de responsabilizar a pessoa jurídica?

Mesmo alguns anos depois da lei ambiental (Lei n. 9.605/98, art. 3º)¹⁰⁹⁸, ainda há dúvida se a responsabilidade penal da pessoa jurídica está em conformidade com os princípios constitucionais. A lei teria violado os princípios da legalidade, da individualização da pena, da responsabilidade penal pessoal, do *devido processo legal* e da ampla defesa?

Na verdade, quando interpretados fora do contexto constitucional, os princípios penais não se ajustam perfeitamente à responsabilidade penal da pessoa jurídica. Contudo, a evidente falta de técnica legislativa não impede a sua responsabilização, porquanto a Constituição pôs abaixo o princípio segundo o qual a pessoa jurídica é irresponsável penalmente por sua atividade (*societas delinquere non potest*).

¹⁰⁹⁴ Sobre um desses autores, cf. SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JÚNIOR, ALCEU. "Teoria da Pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal". São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 460-2.

¹⁰⁹⁵ "Direito Penal na Constituição". São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 159.

¹⁰⁹⁶ Ibid, p. 162.

¹⁰⁹⁷ Como a lei ambiental não tratou de tal assunto, leva-se ao entendimento inevitável de que simplesmente acontecerá a extinção da punibilidade (AZEVEDO, Tupinambá Pinto de. Op. cit., p. 228).

¹⁰⁹⁸ Lei n. 9.605/98, art. 3º: "As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade".

A preservação da irresponsabilidade penal da pessoa jurídica está mesmo presa à teoria penal clássica, que ignora os processos decisórios coletivos da sociedade de massa. Além do mais, a contemporaneidade rejeita princípios estáticos, insolentes para as mudanças da sociedade. Tanto o princípio da responsabilidade pessoal, como o da culpabilidade precisam moldar-se à realidade constitucionalmente reconhecida de que as pessoas jurídicas respondem pelas atividades lesivas ao meio ambiente.

Basicamente, a doutrina majoritária discrepa da legislativa ambiental porque não houve a incorporação de regras especiais para conferir respaldo à responsabilidade da pessoa jurídica. De certo, a experiência internacional mais satisfatória mostra que vários países organizaram alterações tanto no Código Penal, como nas regras procedimentais¹⁰⁹⁹, a fim de punirem o ente moral.

Não obstante os obstáculos que se suscitam a partir da malfadada Lei n. 9.605/98, entendendo cabível uma interpretação sistêmica, que reflita os princípios penais em face do sistema constitucional, no qual também se insira o comando de que as atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão as pessoas jurídicas às sanções penais (art. 225, § 3º). Assiste razão a Ada Pellegrini Grinover quando afirma que cabe ao intérprete buscar a integração do ordenamento para fins da responsabilização da pessoa jurídica, a qual deve sujeitar-se às normas processuais reservadas para a pessoa física¹¹⁰⁰.

Não se nega a necessidade de uma reforma legislativa, mas também não é possível acomodar-se. A falta de técnica legislativa não impede o jurista de encontrar, no próprio ordenamento, as soluções para o problema, alinhando o Direito Penal à valorização fundamental dos bens ambientais. Na sociedade de riscos inevitáveis, não parece ser viável contar com um legislador ideal. Ao contrário, o que se confirma diuturnamente é que o sistema político reluta em tomar decisões praticáveis. Prefere delegá-las ao Judiciário por meio de uma legislação confusa (simbólica). Aqui, não se defende que deva o juiz ser uma espécie de corregedor político, mesmo porque, como adverte Celso Fernandes Campilongo, o Judiciário não pode ser o salvador do Estado Social ou o substituto do administrador relapso, assumindo a condução política¹¹⁰¹.

A questão da lei ambiental pode ser deliberada diante da completude sistêmica, cuja capacidade permite que os casos sejam resolvidos sem que haja o reconhecimento de

¹⁰⁹⁹ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JÚNIOR, ALCEU. Op. cit., p. 461-2.

¹¹⁰⁰ "A Marcha do Processo". Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 126.

¹¹⁰¹ CAMPILONGO, Celso Fernandes. "O Direito na Sociedade Complexa". São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 95-6.

lacunas¹¹⁰². Mesmo sem violação ao caro princípio da legalidade, faz-se possível o ingresso de uma solução de acordo com a auto-integração, ou seja, encontrada no próprio ordenamento¹¹⁰³.

Ao contrário de todos os demais ramos do Direito, não se justifica que apenas o Direito Penal ignore a pessoa jurídica. Cabe evoluir-se para admitir que a pessoa moral detenha uma vontade, cuja origem descenda de seus dirigentes. Justamente por isto, a persecução penal da pessoa jurídica vincula-se à persecução das pessoas físicas que a compõem. Portanto, a compreensão da responsabilidade penal da pessoa jurídica não se contém ao texto legal específico, mas nos envia, obrigatoriamente, a um vóo sistêmico mais alto. Para a responsabilidade penal do ente moral não somente falta a eficácia do comando constitucional, como igualmente, o plano normativo inferior se ressentir por uma interpretação que alcance a validade do texto normativo¹¹⁰⁴.

Com fins de determinar o exercício da garantia de defesa pela pessoa jurídica, cinge-se como fundamental enfrentar, desde logo, a alegação de afronta ao princípio da legalidade pela lei ambiental. O conteúdo elementar desse princípio estabelece obediência aos seguintes preceitos: anterioridade, irretroatividade, retroatividade benéfica, exigibilidade da lei escrita, proibição da analogia, taxatividade, legalidade da pena e legalidade das contravenções.

Não obstante a técnica mais adequada à legalidade fosse a especificação de tipos para o ente moral, a aplicação dos crimes das pessoas físicas às pessoas jurídicas não transgredir a legalidade, nem os demais princípios invocados, quando observado o modelo a ser adotado pelo sistema ambiental pátrio. Assim, impende reconhecer que, de modo geral, o nosso sistema optou pelo modelo francês, que reconhece o caráter subjetivo da culpabilidade, socorrendo-se do "que chama de responsabilidade por 'ricochete'", isto é, toma de empréstimo "para o âmbito da pessoa jurídica a vontade da pessoa natural que efetivamente praticou a conduta"¹¹⁰⁵. Portanto, não se concebe a responsabilidade penal objetiva nos países anglo-saxões.

Com efeito, para que seja garantida a obediência aos princípios penais, notadamente ao princípio da ampla defesa, do mesmo modo assegurando-se a eficiência e o escopo da

¹¹⁰² BOBBIO, Norberto. "Teoria do Ordenamento Jurídico". 10ª ed., Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora Universitária de Brasília, 1999, p.144.

¹¹⁰³ Ibid, p.150.

¹¹⁰⁴ Para Jorge Cruz de Carvalho, é novidade a imputação da pessoa jurídica "dentro do contexto garantista e democrático" (Aspectos Polêmicos da Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. "Direito e Liberdade", Natal, v. 4, n. 1, p. 181-194, jul./dez., 2006, p. 182).

¹¹⁰⁵ Cf. LUISI, Luiz. "Os Princípios Constitucionais Penais". 2ª ed., Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 155.

Constituição, deve ser vedada a responsabilização do ente moral independentemente da conduta da pessoa física. Da mesma forma, a acusação precisa descrever a conduta da pessoa física, distinguindo-a da atividade da pessoa jurídica.

Em função dos embaraços técnicos causados pela lei ambiental, resta como opção conformadora vincular a atividade da pessoa jurídica à conduta da pessoa física, notadamente porque inexistem outros parâmetros para comportar a responsabilidade das pessoas jurídicas independentemente da pessoa física. Conforme compreendemos, o sistema de dupla responsabilidade (pessoa física e jurídica) deve ser ajustado ao *devido processo legal*, de forma que a pessoa jurídica somente possa ser denunciada conjuntamente com a pessoa física.

Num caso pioneiro, a Justiça Federal do Rio Grande do Norte acendeu uma nova luz sobre o tema. Na decisão¹¹⁰⁶, o Juiz Walter Nunes da Silva Júnior, reanimando a aplicação do princípio da indivisibilidade, rejeita ação penal proposta contra entidade coletiva isoladamente. Entendeu-se que a lei ordinária não permitiu a condenação de pessoa jurídica sem a menção das pessoas físicas a ela vinculadas, uma vez que é desprovido o ente moral de vontade própria. Esta decisão fora confirmada pelo Superior Tribunal de Justiça, que afastou a possibilidade de a pessoa jurídica ser denunciada desacompanhada de seus gestores, ou seja, independentemente da acusação da respectiva pessoa física¹¹⁰⁷. A partir dos precedentes

¹¹⁰⁶ BRASIL. Justiça Federal de Primeira Instância. Segunda Vara, Ação Penal n. 99.0009689-4, autor: Ministério Público Federal; ré: CIMSAL – Comércio e Indústria de Moagem e Refinação Santa Cecília Ltda, Natal/RN, 29 de outubro de 1999.

¹¹⁰⁷ A decisão resume os princípios elementares ao reconhecimento sistêmico da responsabilidade penal da pessoa jurídica. A íntegra da ementa deve ser conhecida: “I. A Lei ambiental, regulamentando preceito constitucional, passou a prever, de forma inequívoca, a possibilidade de penalização criminal das pessoas jurídicas por danos ao meio-ambiente. III. A responsabilização penal da pessoa jurídica pela prática de delitos ambientais advém de uma escolha política, como forma não apenas de punição das condutas lesivas ao meio-ambiente, mas como forma mesmo de prevenção geral e especial. IV. A imputação penal às pessoas jurídicas encontra barreiras na suposta incapacidade de praticarem uma ação de relevância penal, de serem culpáveis e de sofrerem penalidades. V. Se a pessoa jurídica tem existência própria no ordenamento jurídico e pratica atos no meio social através da atuação de seus administradores, poderá vir a praticar condutas típicas e, portanto, ser passível de responsabilização penal. VI. A culpabilidade, no conceito moderno, é a responsabilidade social, e a culpabilidade da pessoa jurídica, neste contexto, limita-se à vontade do seu administrador ao agir em seu nome e proveito. VII. A pessoa jurídica só pode ser responsabilizada quando houver intervenção de uma pessoa física, que atua em nome e em benefício do ente moral. VIII. ‘De qualquer modo, a pessoa jurídica deve ser beneficiária direta ou indiretamente pela conduta praticada por decisão do seu representante legal ou contratual ou de seu órgão colegiado.’ IX. A Lei Ambiental previu para as pessoas jurídicas penas autônomas de multas, de prestação de serviços à comunidade, restritivas de direitos, liquidação forçada e desconsideração da pessoa jurídica, todas adaptadas à sua natureza jurídica. X. Não há ofensa ao princípio constitucional de que ‘nenhuma pena passará da pessoa do condenado...’, pois é incontroversa a existência de duas pessoas distintas: uma física - que de qualquer forma contribui para a prática do delito - e uma jurídica, cada qual recebendo a punição de forma individualizada, decorrente de sua atividade lesiva. XI. Há legitimidade da pessoa jurídica para figurar no pólo passivo da relação processual-penal. XII. Hipótese em que pessoa jurídica de direito privado foi denunciada isoladamente por crime ambiental porque, em decorrência de lançamento de elementos residuais nos mananciais dos Rios do Carmo e Mossoró, foram constatadas, em extensão aproximada de 5 quilômetros, a salinização de suas águas, bem como a degradação das respectivas faunas e floras aquáticas e silvestres. XIII. A pessoa jurídica só pode ser responsabilizada quando houver intervenção de uma pessoa física, que atua em nome e em benefício

jurisprudenciais que sucederam este caso, é possível confirmar que o assunto se pacificou no âmbito do Superior Tribunal de Justiça¹¹⁰⁸.

No entanto, de modo um pouco discrepante, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, embora reconheça que a responsabilidade da pessoa jurídica se atrela à identificação da conduta de uma pessoa física, apregoa a responsabilidade penal objetiva. Por tal motivo, a 4ª. Câmara Criminal desse Tribunal tem dispensado, inclusive, que seja o ente moral mencionado no pólo passivo da relação processual¹¹⁰⁹. Argumenta-se que a ordem jurídica brasileira ainda reverencia o brocardo *societas delinquere non potest*, de modo que baste a acusação formal contra a pessoa física, cuja condenação dará ensejo às medidas penais contra a pessoa jurídica.

A dispensa da pessoa jurídica do pólo passivo da relação processual ofende o princípio da ampla defesa. Ao contrário do que vem prescrevendo o tribunal gaúcho, a responsabilidade subjetiva da pessoa jurídica dá-se de forma indireta, a depender da responsabilidade da pessoa física a ela vinculada. Como as pessoas jurídicas somente podem ser processadas conjuntamente com as pessoas físicas, a análise da culpabilidade da pessoa física transfere-se, reflexamente, para pessoa jurídica, mas isto não dispensa que a atividade da pessoa jurídica seja descrita na denúncia, como garantia de sua defesa.

O sistema impede que a pessoa jurídica seja punida autonomamente. Ou seja, em sendo absolvida a pessoa física, obrigatoriamente será absolvida a pessoa jurídica¹¹¹⁰. Contudo, isto não se significa que a pessoa jurídica sempre será condenada quando suceder a

do ente moral. XIV. A atuação do colegiado em nome e proveito da pessoa jurídica é a própria vontade da empresa. XV. A ausência de identificação das pessoas físicas que, atuando em nome e proveito da pessoa jurídica, participaram do evento delituoso, inviabiliza o recebimento da exordial acusatória. XVI. Recurso desprovido” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP. n. 610.114/RN, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª T., j. 17/11/05, DJ 19/12/05, p. 463). Sobre este julgado, cf. CARVALHO, Jorge Cruz de. Aspectos Polêmicos da Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. “Direito e Liberdade”, Natal, v. 4, n. 1, p. 181-194, jul./dez., 2006, p. 182.

¹¹⁰⁸ No mesmo sentido: STJ, RHC n. 19119/MG, RHC n. 2006/0042690-1, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., j. 12/06/06, DJ 04/09/06, p. 289; STJ, RMS n. 20601/SP, ROMS n. 2005/0143968-7, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., j. 29/06/06, DJ 14/08/06, p. 304.

¹¹⁰⁹ Este é o entendimento prevalente na 4ª. C. Crim., competente para os recursos em matéria ambiental (BRASIL. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Mandado de segurança n. 70.013.348.073, Rel. Gaspar Marques Batista Mandado, 4ª C. Crim., DJ 03/01/06). Os argumentos dessa orientação jurisprudenciais decorrem do seguinte precedente: BRASIL. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação-crime n. 70.005.157.896, 4ª C. Crim., Revista de Jurisprudência Estado do Rio Grande do Sul, Tribunal de Justiça, ano XXXIX, n. 229, abril, 2004.

¹¹¹⁰ Neste sentido, decidiu o STJ que “excluída a imputação aos dirigentes responsáveis pelas condutas incriminadas, o trancamento da ação penal, relativamente à pessoa jurídica, é de rigor” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, RMS n. 16.696/PR, ROMS n. 2003/0113614-4, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6ª T., j. 09/02/06, DJ 13/03/06, p. 373).

condenação da pessoa física. A pessoa jurídica exerce a sua defesa no âmbito dos fatos que foram narrados na denúncia, sendo-lhe vedada a condenação objetiva e automática.

Como visto, para haver a punição da pessoa jurídica, é preciso que haja a identificação da culpabilidade da pessoa física, uma vez comprovada a sua relação com a pessoa moral e que a atividade fora praticada em proveito daquela. Esta conclusão decorre da falta de regras que especifiquem um critério diferente ou definam uma culpabilidade própria para a pessoa jurídica. No entanto, não percebo a preservação do brocardo *societas delinquere non potest*, tampouco se justifica o amparo da responsabilidade objetiva da pessoa moral, dispensando-se a sua inclusão no pólo passivo da relação processual, como vem decidindo o citado Tribunal de Justiça.

Emprestando solidez ao raciocínio, Sérgio Salomão Shecaira e Alceu Corrêa Júnior rejeitam a possibilidade da responsabilidade objetiva para as pessoas jurídicas. Segundo entendem, nada impede o reconhecimento de cláusulas excludentes de culpabilidade do ente moral¹¹¹¹. Com razão, o Superior Tribunal de Justiça tem afastado a aplicação da responsabilidade objetiva nesses casos¹¹¹².

Tupinambá Pinto de Azevedo é um audacioso crítico do precedente jurisprudencial firmado no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Segundo admoesta, a prevalecer tal juízo, sempre que não identificada a pessoa física, não caberá punição contra a pessoa jurídica, o que, na verdade, implicaria um grande retrocesso. Como infere, “nem sempre será possível individualizar o responsável legal ou contratual, ou o membro do órgão colegiado que tenha decidido a prática de infração ambiental”. Simplesmente ficarão impunes as atividades praticadas em razão de decisão adotada pelo voto secreto, sem unanimidade, ou quando a pessoa física respectiva for menor de 18 anos¹¹¹³.

De fato, o modelo de responsabilidade que vincula a pessoa jurídica à pessoa física, de modo que não seja possível a responsabilização daquela sem a identificação da conduta desta contribui para a ineficiência do sistema de proteção ambiental. Neste aspecto, somos forçado a deduzir que a desindividualização do Direito Penal no campo ambiental integra o

¹¹¹¹ Cf. SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JÚNIOR, ALCEU. "Teoria da Pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal". São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 472.

¹¹¹² Afastando a responsabilidade penal objetiva, decidiu o STJ nos seguintes termos: “O simples fato de o réu ser administrador da empresa não autoriza a instauração de processo criminal por crimes praticados no âmbito da sociedade, se não restar comprovado, ainda que com elementos a serem aprofundados no decorrer da ação penal, a mínima relação de causa e efeito entre as imputações e a condição de dirigente da empresa, sob pena de se reconhecer a responsabilidade penal objetiva” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp. n. 838.846/MT, Resp. n. 2006/0058320-0, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª T., j. 17/08/06, DJ 11/09/06, p. 346).

¹¹¹³ AZEVEDO, Tupinambá Pinto de. Op. cit., pp. 223 e 227.

movimento simbolista. Destarte, muito do que se diz a respeito da proteção ambiental esbarra diante de uma legislação mágica – parafraseando Mireille Delmas-Marty –, que apenas conjectura a aplicabilidade da responsabilidade penal às pessoas jurídicas.

Não olvidados os inconvenientes legais, o modelo vinculativo acima exposto responde satisfatoriamente às exigências dos princípios penais. Logo, como a pessoa jurídica não será responsabilizada independentemente da pessoa física, não vislumbramos qualquer empecilho ao se estender os crimes do indivíduo para a pessoa jurídica. Ademais, a lei detalha quais as penas aplicáveis aos entes morais (art. 21, Lei n. 9.605/98).

Depois da Constituição Federal de 1988, o *princípio da individualização* da pena já não orienta o nosso ordenamento do mesmo modo. À luz de uma interpretação sistêmica, que inclui o comando constitucional do art. 225, § 3º, cumpre reorquestrar a nomenclatura do *princípio da individualização* para *princípio da personalização*, de maneira a envolver tanto a responsabilidade da pessoa jurídica como a da pessoa física¹¹¹⁴.

Outra questão que preocupa a doutrina refere-se à desobediência aos princípios da culpabilidade, da individualização e da responsabilidade pessoal. Significativo número de penalistas sustenta que lei ambiental reconheceu a responsabilidade penal objetiva, em função de que a sanção penal se tornaria dependente apenas do dano e do nexo causal e não mais de fatores subjetivos. Assim, como as pessoas morais somente agem por vontade das pessoas físicas, esses autores patrocinam a necessidade de uma regulamentação legislativa específica para determinar a culpabilidade da pessoa jurídica.

A lei ambiental não viola os citados princípios, desde que – admitindo-se interpretação conforme – a responsabilização da pessoa jurídica esteja vinculada à da pessoa física.

A esta altura da exposição poderia surgir a seguinte indagação: e por que os países do *common law* não têm os mesmos problemas com o princípio *societas deliquere potest*? Como se deduz, a dificuldade para a responsabilidade penal da pessoa jurídica não sucede do Direito Ambiental, mas do matiz subjetivista que colore o Direito Penal clássico de tradição romano-germânica¹¹¹⁵.

¹¹¹⁴ DELMAS-MARTY, Mireille. "A Imprecisão do Direito: do Código Penal aos Direitos Humanos". Trad.nise Radanovic Vieira. Barueri: Manole, 2005, p. 32.

¹¹¹⁵ ANTUNES, Paulo de Bessa. "Direito Ambiental". 3ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 410. À luz do sistema francês, Mireille Delmas-Marty expõe os novos parâmetros para o reconhecimento da culpabilidade e da respectiva imputabilidade da pessoa jurídica: "Quanto à culpa, há o desvio de um indivíduo para o outro: tradicionalmente pessoal, ou seja, própria de uma pessoa (a princípio, de um indivíduo, embora o termo não exclua a pessoa moral), ela passa a ser uma culpa dita pelo fato de outrem, ou seja, a do decisor do fato de seus

E como a pessoa jurídica poderia ser responsabilizada pela conduta de uma pessoa física, sem que se violasse esse princípio? É o momento oportuno para entender a recepção do princípio da responsabilidade pessoal, que exclui a punição de um ente pelo fato de outrem.

Nesse caso, duas hipóteses podem aparecer. Na primeira, verifica-se que a pessoa física praticou a conduta ilícita em interesse próprio. Nesta situação, a pessoa jurídica não se responsabiliza por ato de terceiro. Na segunda hipótese, o agente pratica a conduta em benefício da pessoa jurídica. É somente neste caso que toma lugar a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Contudo, cabe interpretar o modelo de culpabilidade segundo as especificidades do ente moral. No aspecto da culpabilidade, embora não seja crível sustentar a consciência da pessoa jurídica, merece destaque o escólio do jurista Klaus Tiedman, o qual propõe a adoção de certa *consciência social* para a responsabilidade penal da pessoa moral¹¹¹⁶.

O comando constitucional de responsabilidade dos entes morais também orienta a definição do princípio da responsabilidade pessoal. De fato, a punição da pessoa jurídica atinge seus empregados, mas qual sanção penal não interfere na vida de um terceiro? Ninguém nega que a punição de um pai alcança, igualmente, seus filhos dependentes.

A incompatibilidade da prisão já não pode ser suscitada para impedir a responsabilidade das pessoas jurídicas. O próprio sistema penal tende às alternativas prisionais. A lei de tóxicos (Lei n. 11.343/06, art. 28) sequer prevê pena restritiva de liberdade para usuários de drogas.

Urge, por conseguinte, saber como será a acusação da pessoa jurídica. Nessa hipótese, vigora a regra consagrada que impede a acusação genérica. O princípio da ampla defesa determina a separação da conduta da pessoa física (realizada em proveito da pessoa jurídica) e a atividade propriamente da pessoa jurídica¹¹¹⁷. Como aponta Tupinambá Pinto Azevedo, a garantia do *devido processo legal* e a da ampla defesa impõem a descrição

subordinados. Já a imputabilidade que estava reservada aos indivíduos, às pessoas físicas, porque pareciam os únicos capazes de razão e de vontade, tende a ser reconhecida também para as pessoas morais, dotadas de uma vontade e de uma razão coletivas. É dessa forma que, apesar da aparente paradoxo, o movimento de individualização – talvez seja melhor dizer de personalização – das penas não exclui nem a culpa pelo fato de outrem nem a imputabilidade às pessoas morais" (op. cit., p. 33).

¹¹¹⁶ Apud LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2ª ed., Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 163. Dados os obstáculos teóricos em torno da aplicação da responsabilidade subjetiva para a pessoa jurídica, alguns países preferem se realinhar em torno da responsabilidade penal objetiva da pessoa jurídica (cf. ANTUNES, Paulo de Bessa. Op. cit., p. 410-1).

¹¹¹⁷ LEVORATO, Danielle Mastelari. "Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas nos Crimes Ambientais". São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 114.

autônoma de infrações que possam ser praticadas pela pessoa jurídica e pela pessoa física¹¹¹⁸. Assim, como condição imprescindível, a denúncia deve narrar a vantagem do dano para a pessoa jurídica.

Tem-se na devida conta que a interpretação do art. 225 da Constituição dá-se de forma sistêmica; compreende-se em sua plena relação com os demais princípios constitucionais, de modo que todas as normas são afetadas pela opção constitucional de proteger penalmente os bens ambientais. Por conseguinte, no tocante ao caso de liquidação da pessoa jurídica constituída ou utilizada com o fim preponderante de permitir, facilitar ou ocultar a prática de crime ambiental (art. 24, Lei n. 9.605/98), é preciso que esta conseqüência (pena acessória) seja expressamente requerida na denúncia¹¹¹⁹, como garantia de ampla defesa e do contraditório.

Quanto à alegação de violação do *devido processo legal* pela lei ambiental, em regra todas as garantias inerentes à pessoa física também se aplicam à pessoa jurídica, sendo amplamente possível realizar soluções que respeitem o princípio constitucional.

Não se sustenta a argumentação de que a lei ambiental não se ajusta procedimental à realidade da pessoa jurídica. É possível estabelecer uma interpretação conforme a Constituição, afastando posições que desrespeitem o *devido processo legal*. Como já registrado, a sorte do *devido processo legal* advém pela prevalência do entendimento de que a pessoa jurídica não poderá ser processada autonomamente, ou seja, desvinculada da respectiva pessoa física. Assim, o processo da pessoa física será, obrigatoriamente, o processo da pessoa jurídica. Embora a lei não estabeleça regras especiais para o trâmite dos procedimentos penais contra pessoas jurídicas, cabe ao intérprete preencher as lacunas e resolver as contradições¹¹²⁰.

Por isso, ainda que o texto da Constituição apenas assegure o direito ao silêncio à pessoa física, a norma que emana do sistema propaga para a pessoa jurídica o direito à não auto-incriminação¹¹²¹, permitindo-lhe não somente o poder de calar durante o interrogatório, mas inclusive a possibilidade de mentir¹¹²². A pessoa jurídica está protegida pela cláusula do silêncio e pela cláusula que veta a produção de provas contra si.

¹¹¹⁸ AZEVEDO, Tupinambá Pinto de. Op. cit., p. 224.

¹¹¹⁹ FREITAS, Vladimir Passos de. O Crime Ambiental e a Pessoa Jurídica. "Cidadania e Justiça". Ano 3, n. 5, p. 212-219, 1999, p. 217.

¹¹²⁰ AZEVEDO, Tupinambá Pinto de. Op. cit., p. 209.

¹¹²¹ Ibid, p. 231.

¹¹²² Não se assevera que o princípio da proibição contra a auto-incriminação consagre um direito de mentira, embora exista esta possibilidade.

No interrogatório, será ouvido o representante legal ou quem detiver poderes conferidos por instrumento de mandato. Como o interrogatório é meio de defesa, nada impede que o representante da pessoa jurídica outorgue procuração para que um terceiro compareça ao ato em seu lugar, uma vez que não está o ente moral obrigado a depor¹¹²³.

Durante o interrogatório, garante-se a autodefesa à pessoa jurídica, de tal modo que é possível que a empresa indique preposto para o ato. Na audiência preliminar do juizado criminal, deve ser observado o que dispõe o art. 11, parágrafo único, da lei dos Juizados Especiais Federais (Lei n. 10.259/01)¹¹²⁴. Este dispositivo legal, que também se aplica aos juizados criminais estaduais, permite que o representante da pessoa jurídica compareça à audiência preliminar, podendo realizar a composição dos danos ambientais, "independentemente de menção expressa a poderes para transigir no contrato social ou carta de preposição"¹¹²⁵.

Não se deve esquecer que a pessoa jurídica se beneficia do direito à assistência judiciária, sendo-lhe devida a nomeação de Defensor Público ou de advogado dativo, quando não constituído advogado para patrocinar sua defesa penal.

Quanto à imputação da pessoa de direito público, a doutrina é divergente. Vladimir Passos de Freitas afirma que a responsabilidade penal atinge tais pessoas jurídicas, visto que não houve exclusão constitucional¹¹²⁶. Diversamente, entendemos que o sistema ainda não permite a adoção da responsabilidade penal dos entes públicos, nem mesmo com relação à limitação de algumas penas¹¹²⁷.

É notável a exigência de que a atividade violadora do meio ambiente seja praticada no interesse ou benefício da entidade (art. 3º, Lei n. 9.605/98). Logo, não se pode concluir que a pessoa de direito público se sujeita à responsabilidade penal. Isto porque a sua atividade somente atende ao interesse público e, por conseqüência, quando o poder público pratica o dano ambiental, faz-se desarrazoada a comprovação de que atua no seu interesse ou

¹¹²³ Existe posição doutrinária entendendo que, como o interrogatório também é meio de prova, o depoimento pela pessoa jurídica será prestado pelo representante da empresa.

¹¹²⁴ Art. 11, parágrafo único: Para a audiência de composição dos danos resultantes de ilícito criminal (arts. 71, 72 e 74 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995), o representante da entidade que comparecer terá poderes para acordar, desistir ou transigir, na forma do art. 10.

¹¹²⁵ CARVALHO, Jorge Cruz de. Aspectos Polêmicos da Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. "Direito e Liberdade", Natal, v. 4, n. 1, p. 181-194, jul./dez., 2006, p. 193.

¹¹²⁶ FREITAS, Vladimir Passos de. Op. cit., p. 214. No mesmo sentido: AZEVEDO, Tupinambá Pinto de. Op. cit., p. 231.

¹¹²⁷ No tocante à pessoa jurídica de direito público, Sabrina de Sousa Correia sustenta ser possível aplicar-lhe a pena de multa e de prestação de serviço à comunidade (A responsabilidade penal do Estado por crimes ao ambiente. "Direito e Liberdade", Natal, v. 3, n. 1, p. 545-555, set./2006, p. 553).

benefício¹¹²⁸, para fins de puni-lo. Ora, se o poder público age no seu interesse ou benefício, cumpre o seu papel, não havendo de suportar punição por isto. O ato do gestor público que viola o dano ambiental é incompatível com a exigência de comportamento em interesse ou benefício da pessoa jurídica, para fins de reconhecer o requisito necessário à responsabilidade penal.

Um último tema envolve a possibilidade de a pessoa jurídica demandar habeas corpus. Tem prevalecido o entendimento de que o ente moral, por não se sujeitar à prisão (art. 21, Lei n. 9.605/98), está deslegitimado para propor a ação constitucional protetora da liberdade¹¹²⁹. Todavia, não se obsta a legitimidade da pessoa jurídica para propor mandado de segurança em amparo ao seu direito líquido e certo de acesso à devida justiça penal. Como o processo penal lhe impõe o risco de restrição às suas atividades, com suspensão de atividades ou interdição temporária de direitos (art. 22, Lei n. 9.605/98), o mandado de segurança desponta como instrumento eficaz para cumprir o mesmo papel que desenha o habeas corpus em relação à pessoa física.

Por tudo, é preciso não confundir a natural evolução do Direito Penal com técnica legislativa meramente simbólica. É digno não estranhar o progresso que se impõe, a reboque da sociedade que avança rapidamente. Como resultado, convém reconhecer o “Direito Penal Secundário” que – convocando a proteção do meio ambiente – toma conhecimento do indivíduo num contexto plurindividual¹¹³⁰.

7.5. Colidência entre defesa técnica e autodefesa

O advogado não é um mero mandatário, caso contrário sua tese argumentativa não poderia colidir com a autodefesa. Quando a defesa técnica colide com a autodefesa, torna-se

¹¹²⁸ CARVALHO, Jorge Cruz de. Op. cit., p. 187.

¹¹²⁹ Conforme decidiu a 6ª T. do STJ, “o habeas corpus não se presta para amparar reclamos de pessoa jurídica, na qualidade de paciente, eis que restrito à liberdade ambulatorial” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC n. 16762/MT, ROHC n. 2004/0149349-8, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 23/11/04, DJ 01/02/05, p. 611).

¹¹³⁰ CAMPOS, Aline da Veiga Cabral. Precaução ambiental na era do Direito Penal secundário. In: D’ÁVILA, Fábio Roberto; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder (Coords.). “Direito Penal Secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões”. São Paulo; Coimbra: Revista dos Tribunais; Coimbra, 2006, p. 111. Flávia de Paiva Medeiros de Oliveira faz a distinção entre interesses metaindividuais e plurisubjetivos. A sua lição deve ser reiterada: “A concepção dos interesses metaindividuais enquanto soma de interesses individuais aparece como um resquício da tradição liberal burguesa de interesse que nega relevância ao aspecto social ou coletivo dos interesses e, como tal, não reconhece a autonomia àquela categoria jurídica. Em contrapartida, a concepção dos interesses plurisubjetivos com uma categoria jurídica autônoma, que assume contornos unitários, começa a ser veiculada a princípios do século XX” (Pressupostos para uma Teoria Geral do Direito Processual Ambiental. “Direito e Liberdade”, Natal, v. 1, n. 1, p. 126-164, jul-dez./2005, p. 140).

acertado que a questão se resolva conforme seja o defensor público ou constituído. Em sendo o advogado constituído, o controle será exercido, predominantemente, pelo próprio acusado, cabendo ao juiz a fiscalização de caráter subsidiário.

Situação um pouco diversa acontece quando há vários acusados com um único advogado constituído. Neste caso, existem basicamente dois sistemas legais. O primeiro é o da *incompatibilidade absoluta*, que impede em qualquer hipótese a defesa de vários réus por um único defensor. O outro modelo é o da *incompatibilidade relativa*, o qual apenas evita a defesa de vários réus por um único defensor quando existir contraposição das teses defensivas¹¹³¹. No Brasil, na falta de previsão legal, tem prevalecido este último sistema¹¹³², razão pela qual cabe ao juiz um controle mais acurado, visto que o acusado não terá possibilidade de conhecer tecnicamente os aspectos que levam à colidência entre a sua defesa e a defesa dos demais imputados. Se o advogado constituído não percebe, por si só, o conflito, caberá ao Estado-Juiz intervir em favor de um equilíbrio entre as teses apresentadas, mesmo porque teses conflitantes defendidas por um único defensor somente favorecem ao desequilíbrio entre a tese de acusação e a defesa real.

Não se deve constituir ou nomear um mesmo defensor para réus com teses antagônicas, sob efeito de nulidade absoluta¹¹³³. Discordamos, assim, do entendimento de Fernando Capez, para quem não há colidência de defesa quando os defensores são constituídos pelos próprios réus¹¹³⁴. Portanto, havendo vários acusados constituídos e um único defensor, a ampla defesa efetiva pressupõe que haja um controle do Juiz em relação ao conflito de teses, cabendo a este intimar os acusados para que constituam novos defensores, sob efeito de lhes serem nomeados defensores dativos¹¹³⁵. À primeira vista, o ato do juiz que determina a constituição de novos defensores impõe uma restrição ao direito de defesa, porém a medida se justifica diante da necessidade de uma defesa efetiva.

O Superior Tribunal de Justiça decidiu que havendo conflito entre o réu, “que renunciou ao direito de recorrer da sentença condenatória, e seu defensor, prevalece a vontade

¹¹³¹ LOPES JR, Aury. “Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional)”. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 236.

¹¹³² Ibid, p. 237.

¹¹³³ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. “As Nulidades no Processo Penal”. 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 87.

¹¹³⁴ “Curso de Processo Penal”. 6a. ed., São Paulo: Saraiva, 2001, p. 160. O STF decidiu que pode haver colidências mesmo para advogado comum constituído pelos réus (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 69.716/RS; Min. Ilmar Galvão, DJU 18/12/92, p. 24.378).

¹¹³⁵ PIÑOL SALA, Nuria K. Incomunicación del Imputado y Restricciones al Derecho de Defensa: a propósito del derecho a la entrevista previa regulado en el art. 197 del CPPN. “Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal”. Buenos Aires: Ad-Hoc, n. 5, fascículo 9B, p. 341-371, oct.-1999, p. 363.

da defesa técnica, com idoneidade para avaliar as conseqüências da não impugnação da decisão condenatória”¹¹³⁶. Porém, não obstante tais argumentos, entendemos preferível ter como prevalente a vontade mais favorável ao recurso, quer seja do advogado, quer seja do acusado.

Já no âmbito do Tribunal do Júri, onde prevalece o princípio da plenitude da defesa (art. 5º, XXXVIII, CF), assegura-se ao defensor, constituído ou dativo, a possibilidade de apresentar quantas teses entenda favoráveis ao réu, não importando se incompatíveis entre si¹¹³⁷.

¹¹³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 18.400/SP, Rel. Min. Vicente Leal, DJU 6/5/02, p. 321. No mesmo sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 15.693-SP, Rel. Min. Gilson Dipp, 4ª T., j. 7/6/01. E ainda: STF, HC n. 76.525-RJ, DJ 16/4/99; STF, HC n. 76.523-RJ, DJ 8/5/98; STJ, HC n. 10.850-DF, DJ 1/8/00, e STJ, REsp. n. 153.362-DF, DJ 11/5/98.

¹¹³⁷ Neste sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, HC n. 20.801-SC, Rel. Min. Vicente Leal, j. 5/11/02, inf. n. 153/02.

8. USO E ABUSO DA GARANTIA DE DEFESA: A RENOVAÇÃO CONCEITUAL DA DEFESA PROTETÓRIA

“Pois, se estivéssemos à procura de ouro, não nos inclinaríamos um para o outro, prejudicando assim as nossas oportunidades de descoberta; portanto, não penses que, procurando justiça, coisa mais preciosa que grandes quantidades de ouro, façamos tolamente concessões mútuas, em vez de nos esforçarmos o mais possível por descobri-la”.

PLATÃO, *A República*.

8.1. O tempo razoável para o exercício da defesa: a duração razoável do processo como condição de efetividade da defesa

8.1.1. O tempo do processo como limite aos mecanismos de obtenção da justiça material

No séc. XVIII e XIX, o pensamento científico guiou-se pela idéia de evolução e progresso; a ciência passa a perseguir um resultado aperfeiçoado¹¹³⁸. Para o positivismo de Auguste Comte (1798–1857), o conhecimento científico dava-se de forma progressiva, de modo que seria possível pensar na astronomia como uma forma evoluída da astrologia. Nesta perspectiva, a química (estágio positivo ou científico) seria uma evolução da alquimia (estágio metafísico), a qual, por sua vez, já teria evoluído da astrologia (estágio fictício)¹¹³⁹. Dessa forma, inspirado em David Hume (1711–1776)¹¹⁴⁰, o filósofo francês acredita que a organização da sociedade evolui progressivamente. Enfim, o homem evolui instintivamente, porque a civilização se desenvolve progressivamente, numa marcha natural e irrevogável¹¹⁴¹.

¹¹³⁸ CHAUI, Maria Helena. “Convite à Filosofia”. 12ª ed., São Paulo: Ática, 2000, p. 256.

¹¹³⁹ COMTE, Auguste. “Reorganizar a Sociedade”. Trad. Antônio Geraldo da Silva, São Paulo: Escala, s.d., p. 52.

¹¹⁴⁰ David Hume acreditava que o progresso da arte e da ciência de um povo dependia de um governo livre, instituído sobre as bases da lei e da segurança (“Investigação Acerca do Entendimento Humano; Ensaios Morais, Políticos e Literários”. Trad. Anoar Alex. São Paulo: Nova Cultura, 2000, p. 302).

¹¹⁴¹ Cf. COMTE, Auguste. Op. cit., pp. 57, 58 e 73.

Nesta linha de pensamento, Stuart Mill (1806–1873) sugere o homem como *ser progressivo*¹¹⁴², em permanente processo de adaptação ao meio. Desse mesmo modo, Alexis Tocqueville (1805–1859) percebeu o homem como um ser em permanente progresso, naturalmente dotado da capacidade de progredir¹¹⁴³. O homem evolui e, por isto, seus pensamentos estão sofrendo mudanças permanentemente. O advento da transformação é desse modo imperioso. O desejo por melhoria implica transformar, subjugar o retrocesso do passado. O homem progride porque o futuro lhe promete algo melhor. De fato, sob o pálio da idéia de progresso inevitável, muitos golpes políticos aconteceram durante o séc. XX, à custa da crença de que uma revolução poderia apressar o progresso ou retirar, de uma vez por todas, os obstáculos que impediam o seu advento. No Brasil, as idéias de Azevedo Amaral emprestaram ao Estado Novo este sentimento de antecipação do progresso da nação¹¹⁴⁴.

Contudo, como esclarece Marilena Chauí, a Filosofia da Ciência superou essa fixação pela evolução e progresso em cadeia. Assim, já não se concebe, v.g., a geometria contemporânea como evolução da euclideana, mas como geometrias diferentes, conseqüência de uma *ruptura epistemológica* (Gaston Bachelard)¹¹⁴⁵. Esta reflexão é útil à compreensão de um processo que não seja imune à duração razoável, isto é, que não se eternize à espera de um resultado perfeito. O tempo se faz importante não apenas para as relações naturais, mas, além disso, para as relações jurídicas, sendo motivo para o nascimento e extinção de direitos¹¹⁴⁶.

Hoje, o conhecimento não está condicionado como na época de Comte. É possível

¹¹⁴² Cf. "Ensaio Sobre a Liberdade". Trad. Rita de Cássia Gondim Neiva, São Paulo: Escala, 2006, p. 29. Frisa o filósofo liberal: "Mas somos progressistas assim como mutáveis: continuamente produzimos novas invenções em coisas mecânicas, e as mantemos até que sejam novamente superadas por melhores; ansiamos por melhorias na política, na educação, mesmo nos costumes, embora neste último nossa idéia de aperfeiçoamento principalmente consista em persuadir ou forçar outras pessoas a serem tão boas quanto nós mesmos. Não é ao progresso que nos opomos; pelo contrário, nos vangloriamos de ser o povo mais progressista que jamais viveu" (op. cit., p. 102). Para Mill, "a única fonte infalível e permanente de melhoria é a liberdade". A liberdade permite que o Estado julgue a evolução da sociedade pelo seu grau de tolerância e igualdade (ainda que formal). Não seria desnecessário dizer que a liberdade de mercado vem ao cabo disso, porque todos têm a vontade de ascender; todos podem consumir quando são iguais (op. cit., pp. 101 e 204). Blaise Pascal (1623 – 1662) também resume, com magnificência, o que deve ser entendido por um homem progressivo: "Nunca nos agarramos ao tempo presente (...). O presente nunca é o nosso fim; o passado e o presente são nossos meios; unicamente o futuro é o nosso fim. Desse modo, nunca vivemos, mas esperamos viver; e, dispondo-nos sempre a sermos felizes, é inevitável que não o sejamos nunca" ("Do Espírito Geométrico; Pensamentos". Trad. Antonio Geraldo da Silva. São Paulo: Escala, 2006, p. 100). A filosofia de Nietzsche (1844–1900) somente atribui o progresso da humanidade aos mais fortes e maldosos, porque o homem de bem é o antigo e adverso às mudanças ("A Gaia Ciência". Trad. Antonio Carlos Braga, São Paulo: Escala, 2006, p. 43).

¹¹⁴³ "Democracia na América". Trad. João Miguel Pinto de Albuquerque. São Paulo: Nacional, 1969, p. 183.

¹¹⁴⁴ Cf. OLIVEIRA, Lúcia Lippi. O pensamento de Azevedo Amaral. In: OLIVEIRA, Lúcia Lippi; VELLOSO, Mônica Pimenta; GOMES, Ângela Maria de Castro. "Estado Novo: ideologia e poder". Rio de Janeiro: Zahar, 1982, p. 51.

¹¹⁴⁵ "Convite à Filosofia". 12ª ed., São Paulo: Ática, 2000, p. 257.

¹¹⁴⁶ Cf. NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Prescrição: decretação de ofício em favor da Fazenda Pública. "Revista de Informação Legislativa". Brasília: Senado Federal, ano 34, n. 136, p. 161-168, outubro-dezembro, 1997, p. 161.

produzir verdades interdependentes e, refletindo neste sentido, também entendemos que o processo judicial deve produzir um conhecimento – uma verdade – sujeita a uma ruptura. Com efeito, o conhecimento a ser produzido pelo processo judicial amolda-se à duração razoável. Logo, igualmente seria possível afirmar que a verdade atingida no processo nada mais será que uma verdade razoável.

O processo que se prolonga indefinidamente em busca de um resultado *aperfeiçoado* (superior) torna-se por si só um flagelo na vida do acusado. Mesmo estando o réu em liberdade, não se reveste a ação penal da capacidade transcendente de durar sem fim. A decisão judicial não se sobrepõe ao alcance da *verdade real* – como um produto de um processo que segue em direção à evolução –, mas, muito pelo contrário, é estabelecida pelo princípio da autoridade¹¹⁴⁷. O processo precisa chegar ao seu termo, mesmo sem atingir sua forma perfeita ou evoluída. Para isto, o *tempo processual* convive, intimamente, com o exercício do direito de defesa, durante o qual se expõe o acusado ao suplício da persecução penal.

Beccaria (1738–1794) preocupou-se, intensamente, com a duração do processo, julgando necessário que a lei deveria determinar o tempo de investigação das provas¹¹⁴⁸. Foi cumprindo este desiderato que a duração razoável do processo estabeleceu-se como um preceito elementar à configuração de um processo justo. Nesta trincheira, a VI emenda da Constituição dos Estados Unidos da América firmou a cláusula de duração célere do processo¹¹⁴⁹, tendo cabido à Suprema Corte fixar que a agilidade processual depende, diretamente, das circunstâncias do caso, em razão de que se sobressai a contribuição das partes para o exame da demora processual¹¹⁵⁰.

Muito embora a Declaração Universal dos Direitos Humanos não tenha se ocupado da duração razoável do processo, o primeiro texto internacional a destacar uma nova configuração para este direito foi a Convenção Européia dos Direitos do Homem, de 4 de novembro de 1950 (Convenção de Roma). A Declaração não somente assegurou o direito ao prazo razoável em qualquer processo (art. 6.1), mas tornara obrigatória a liberdade do acusado penalmente, caso não assegurado o tempo razoável de trâmite processual (art. 5.3). A

¹¹⁴⁷ Cf. BAPTISTA, Francisco das Neves. "O Mito da Verdade Real na Dogmática do Processual Penal". Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2001, p. 201.

¹¹⁴⁸ Dos Delitos e das Penas, capítulo XIII.

¹¹⁴⁹ Cf. WEINBERGER, Andrew D. "Liberdade e Garantias: a Declaração de Direitos". Trad. Hersília Teixeira Leite Vasconcelos. Rio de Janeiro: Forense, 1962, p. 50.

¹¹⁵⁰ Na Suprema Corte, o caso precedente foi *Barker v. Wingo* de 1972. Cf. RAMOS, João Gualberto Carcez. "Curso de Processo Penal Norte-Americano". São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 143.

duração razoável do processo constitui-se, assim, uma das condições para o reconhecimento de uma justiça acessível¹¹⁵¹.

Semelhantemente à Declaração de Roma, a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) consolidou, para qualquer processo, que “toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável” (art. 8.1). No campo processual penal, o documento reconheceu o direito a um julgamento penal “dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo” (art. 7.5).

No Brasil, a Constituição de 1934 já previa o direito à celeridade processual, porém ainda em um sentido muito limitado¹¹⁵². De modo mais palpável, adentro do que se entende, hodiernamente, por duração razoável do processo, a Constituição de 1988 contempla este direito como parte do núcleo da cláusula do *devido processo legal*¹¹⁵³. Posteriormente, a Emenda Constitucional n. 45/04 tornou explícitos, no âmbito judicial e administrativo, o direito à razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (art. 5º, LXXVIII, CF).

8.1.2. A razoável duração do processo como legitimação do procedimento

Na ocasião em que estamos, é exigida uma leitura convergente para Niklas Luhmann (1927–1998), com o propósito de compreender a superação da dicotomia entre o *interesse público* de punir e um suposto *interesse privado* ao direito de defesa. A constatação luhmanniana de que o processo precisa individualizar-se significa que, num primeiro

¹¹⁵¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. “Acesso à Justiça”. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 20.

¹¹⁵² Constituição de 1934, art. 113, § 35: “A lei assegurará o rápido andamento dos processos nas repartições públicas, a comunicação aos interessados dos despachos proferidos, assim como das informações a que estes se refiram, e a expedição das certidões requeridas para a defesa de direitos individuais, ou para esclarecimento dos cidadãos acerca dos negócios públicos, ressalvados, quanto às últimas, os casos em que o interesse público imponha segredo, ou reserva”.

¹¹⁵³ Neste sentido: “O julgamento sem dilações indevidas constitui projeção do princípio do devido processo legal. O direito ao julgamento, sem dilações indevidas, qualifica-se como prerrogativa fundamental que decorre da garantia constitucional do ‘due process of law’. O réu - especialmente aquele que se acha sujeito a medidas cautelares de privação da sua liberdade - tem o direito público subjetivo de ser julgado, pelo Poder Público, dentro de prazo razoável, sem demora excessiva e nem dilações indevidas. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 7º, ns. 5 e 6). Doutrina. Jurisprudência. - O excesso de prazo, quando exclusivamente imputável ao aparelho judiciário - não derivando, portanto, de qualquer fato procrastinatório causalmente atribuível ao réu - traduz situação anômala que compromete a efetividade do processo, pois, além de tornar evidente o desprezo estatal pela liberdade do cidadão, frustra um direito básico que assiste a qualquer pessoa: o direito à resolução do litígio, sem dilações indevidas e com todas as garantias reconhecidas pelo ordenamento constitucional (...).” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 80.379-SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 25/05/01, RTJ 187/933-934, inf. n. 229/01).

momento, a causa deve tornar-se complexa o suficiente para que, durante um determinado tempo, ocorra o debate contraditório. Já noutra instante, como consequência da disputa despertada pela representação de papéis, surge a redução da complexidade do caso e a facilitação da aceitação (legitimação) da decisão final¹¹⁵⁴.

Assim, para que o processo permita às partes o exercício das amplas possibilidades disponíveis é necessário que exista um tempo próprio para aprofundar as questões. E, muitas vezes, a opinião pública julga moroso o Poder Judiciário simplesmente porque o *tempo do juiz* não se cadencia com o *tempo da sociedade*¹¹⁵⁵. O problema se agrava porque no Direito Penal moderno, não obstante a crise da certeza, o processo de obtenção da verdade é demasiado lento para seguir a velocidade da sociedade contemporânea¹¹⁵⁶. Assim, o princípio da duração razoável do processo também deve ser ponderado com os meios de obtenção de certeza, sabendo-se que o tempo de defesa nunca será o tempo necessário para o alcance da verdade absoluta.

Logo, o direito à duração razoável do processo estabelece limites ao tempo dos juízes, o que, de certa forma, interfere no processo decisório, porquanto não somente institui o advento de uma decisão obrigatória, mas, igualmente, esperada dentro de um intervalo de tempo razoável. Enquanto, de um lado, o aumento da complexidade da sociedade – seguida pelo crescimento da malha legislativa – contribui para o efeito de ampliar possibilidades, por outro lado, os modelos judiciais e dogmáticos fazem resistência a esta tendência, empregando, permanentemente, técnicas de simplificação.

É digno notar que o tempo em si mesmo não é rápido ou lento, mas se cuida de um valor que se estabelece invariavelmente em intervalos. Não se acelera ou se retarda o tempo. Agora, em relação ao movimento e ao espaço, é que podemos regular a noção de velocidade, de modo que será possível afirmar que o ato processual fora cumprido velozmente ou adequadamente¹¹⁵⁷.

¹¹⁵⁴ LUHMANN, Niklas. “Legitimação pelo Procedimento”. Trad. Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980, p. 101.

¹¹⁵⁵ Ibid, p. 62.

¹¹⁵⁶ HASSEMER, Winfried; BITENCOURT, Cesar Roberto (resenha). Perspectivas de uma Moderna Política Criminal. “Revista Brasileira de Ciências Criminais” São Paulo, v. 2, fascículo 8, p. 41-51, out.-dez./1994, p. 49.

¹¹⁵⁷ João Mendes de Almeida Júnior discorre, assim, sobre o tempo e a simplificação dos atos: “Simplificar é reduzir os meios a tantos quantos sejam necessários para chegar ao fim; simplificar a acção é reduzir os actos a tantos quantos sejam necessários para chegar ao resultado, e os termos do movimento a tantos quantos sejam suficientes para a fluência da instancia. O movimento é tanto mais veloz quanto mais breve é o tempo em que se consoma, e tanto mais lento quanto mais longo é o tempo. O tempo é um numero e, como tal, não póde ser veloz ou lento; pois, se diz veloz ou lento aquillo que é numerado ou medido, e o tempo não póde ser numerado ou medido por si mesmo. O movimento sim, esse póde ser veloz ou lento: veloz, si percorrer longo espaço em breve tempo; lento ou vagaroso, si percorre curto espaço em longo tempo. O tempo, comquanto não possa ser veloz ou

Em síntese: os conflitos precisam ser resolvidos. A decisão elege-se como caminho obrigatório do procedimento. Esta é a única certeza. Assim, o tempo acompanha a atividade processual contínua em direção à diminuição das alternativas e da simplificação da demanda. Na medida em que as partes desempenham seus papéis, o tempo decorrido contribui para o arrefecimento da complexidade da causa¹¹⁵⁸, facilitando a legitimação do resultado.

A redução da complexidade se insere como condição à duração razoável dos processos. Para tanto, o processo precisa furtar-se da discussão acadêmica inerte ou da realização de atos desnecessários. O debate literário-jurídico desprovido de uma função voltada à pacificação do conflito somente age para retardar a discussão em torno do direito da parte. Em resumo, o processo não é o instrumento mais eficaz para se publicizar a capacidade intelectual dos que dele participam¹¹⁵⁹.

No caso de sistemas que permitem demandas prolongadas, além do tempo razoável, não é o resultado do processo, mas é a própria demora da decisão que se constitui um fator de desilusão e frustração para quem se julga detentor do direito em questão. A inflação do processo também é uma tendência pós-moderna. E qualquer que seja a solução para o problema, passa-se pelo princípio da duração razoável do processo, talvez o mecanismo mais eficaz para conter o processo como pena, porque estabelece um prazo para a solução do litígio, amenizando os efeitos colaterais decorrentes de sua duração prolongada.

O sistema político de maior complexidade prossegue em direção ao sistema judicial mais simples. Nesta seqüência, as decisões judiciais retroalimentam a política, de modo que o *output* de um será o *input* do outro. Os processos eletivos e legislativos possuem elevada complexidade e baixa racionalidade. Por serem instáveis, os seus participantes políticos são

lento, pôde, entretanto, na duração, ser breve ou longo, proporcionalmente á grandeza (aumento ou diminuição) do movimento e á grandeza do espaço (sic)" ("Direito Judiciário Brasileiro". 3ª ed., Rio de Janeiro, São Paulo: Freitas Bastos, 1940, p. 318).

¹¹⁵⁸ LUHMANN, Niklas. Op. cit., p. 86. Diante de um passado que não se repete e de um futuro incerto, Niklas Luhmann apenas se interessa pelo tempo presente: "Os processos ajudam, perante um futuro incerto e sobretudo perante uma pretensão exagerada, a proporcionar uma segurança atual através de uma complexidade imprevisível de possibilidades do direito variável e ajudam a tornar possível um comportamento representativo no presente, expressivo, denso de sentido e obrigatório. Assim o interessado pode participar de uma forma racional e atuar no presente sempre atual, ainda que viva para um futuro incerto. A decisão não recai sobre ele como uma surpresa inesperada, como sorte ou desgraça que se aguarda com perplexidade sem se poder tomar posição, mas como o resultado de um processo de decisão, na medida em que uma pessoa se pode preparar para ele pela participação e ação. Quanto maior for a complexidade das possibilidades futuras, menos intoleráveis serão essas surpresas e mais reforçada se tornará a perspectiva sobre acontecimentos inesperados que nem sequer se movimentam em vias de interpretação religiosa, mas constituem obras humanas que desestabilizam o presente, portanto a existência. Neste sentido os processos constituem um complemento existencial da positividade do direito. Reduzem e tornam menos agudo o momento da surpresa que estão ligado à decisão" (LUHMANN, Niklas. Op. cit., p. 187).

¹¹⁵⁹ Cf. DELGADO, José Augusto. Acesso à Justiça - um Direito da Cidadania. "Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva". Brasília, volume 9, n. 1, p. 1-71, jan.-jun, 1997, p. 28.

capazes de estabelecer um problema como não resolvido. Já com relação aos processos administrativos e judiciais, acontece o inverso, ou seja, por serem mais simples, estes processos elevam a decisão como acontecimento obrigatório e inevitável. Como leciona Luhmann, a decisão judicial se fundamenta em premissas (Direito Positivo), ao passo que a própria participação do interessado contribui para o seu auto-isolamento¹¹⁶⁰.

Destarte, a duração razoável do processo funciona como um mecanismo que força a legitimação procedimental, a exigir uma reflexão do processo judicial como parte de um sistema. De tal modo, as respostas judiciais devem obedecer a intervalo de tempo útil, a fim de que produzam um *output* suficiente e eficaz aos processos políticos; tudo isso permite a evolução do ordenamento jurídico, por meio de sua contínua retroalimentação. Quando as decisões judiciais deixam de alimentar o sistema político, todo o ordenamento entra em colapso cronológico, tornando-se inadequado aos problemas que se avolumam em decorrência da crescente complexidade social.

À sombra desse prisma, deve ser visto que a demora desarrazoada contribui para o aumento da complexidade ou para a diminuição das alternativas, com a conseqüência de que o procedimento perde o sentido de existir para cumprir a sua função. E a sua função não é a de evitar desilusões individuais, "mas sim em trazer as desilusões inevitáveis para uma forma última de ressentimento particular difuso, que não pode converter-se em instituição"¹¹⁶¹. O procedimento tem de especificar o descontentamento do indivíduo, ou seja, deve estabelecer um cordão de isolamento em torno de seus protestos, absorvendo-os¹¹⁶². É desta forma que advém a legitimação.

Para Espinosa (1632–1677), "quanto mais se subtrai a duração de uma coisa, tanto mais se subtrai, necessariamente, sua existência"¹¹⁶³. O tempo explica a duração das coisas, de tal modo que, quanto mais duram, mais se aproximam de seu fim. A legitimação pelo procedimento dá-se nesse contexto. Quanto mais avança o procedimento, mais nos aproximamos de um exaurimento e de uma resolução. O esgotamento do debate é inevitável. O processo que extrapola os limites da duração razoável também se exaure, não obstante seja incapaz de produzir qualquer resultado válido, isto é, mesmo sem alcançar nenhuma legitimidade.

¹¹⁶⁰ Op. cit., p. 196.

¹¹⁶¹ Ibid, p. 95.

¹¹⁶² Ibid, pp. 97-8.

¹¹⁶³ ESPINOSA, Baruch. "Pensamentos Metafísicos; Tratado da Correção do Intelecto; Tratado Político; Correspondência". Trad. Marilena Chauí. São Paulo: Nova Cultura, 2000, p. 45.

8.1.3. A adequabilidade do direito de defesa à duração razoável do processo. A questão da defesa penal dilatória

Uma leitura da contemporaneidade nos leva ao atrito entre direito de defesa e duração razoável do processo. Explico. Cada vez mais, o incremento da *vigilância situacional*, ou seja, do emprego dos recursos tecnológicos como instrumentos de obtenção de prova tem levado à redução das possibilidades da defesa penal de mérito. Quanto mais crescem os mecanismos de vigilância e de investigação tecnológica, reduzem-se as chances defensivas concretas. Sem dúvida, as escutas telefônicas ou outras formas de vigilâncias eletrônicas são, com o correr dos dias, mais atrativas, porque os delitos se tornam cada vez mais complexos e especializados¹¹⁶⁴.

Essa tem sido uma questão crucial para a garantia de defesa porque, à proporção que o tempo passa, mais a defesa técnica se exerce com o intuito meramente protelatório. Muitas vezes, o esvaziamento da defesa substancial reserva à parte como um único recurso a defesa dilatória, sobremaneira facilitada pelo apego ao formalismo¹¹⁶⁵.

Por outro lado, impende reconhecer que a duração razoável do processo não obriga a instituição de um procedimento célere para todos os casos. Todavia, ordena que a velocidade procedimental se amolde à natureza de cada ação. Também nesta trincheira, tampouco se justifica a imposição de que o juiz deva conduzir o procedimento com celeridade absoluta. Esta é a orientação consolidada internacionalmente, desde a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos¹¹⁶⁶. Dessa mesma maneira, o Tribunal Constitucional espanhol reconheceu que tal direito não se limita ao mero descumprimento dos prazos legais. A duração razoável do processo exprimindo um conceito aberto, submetido às circunstâncias

¹¹⁶⁴ Em alguns países, a prisão domiciliar eletrônica já é uma realidade. Muito embora os sistemas de vigilância guardem traços autoritários, a privacidade não se confunde com clandestinidade (ROXIN, Claus. Problemas Atuais da Política Criminal. "Revista Ibero-Americana de Ciências Penais". Porto Alegre, v. 2, fascículo 4, p. 11-18, set.-dez./2001, p. 15).

¹¹⁶⁵ Defendendo que o excesso de formalismo favorece a realização de defesas de dilatórias: RODRIGUES, João Paulo. Princípio da Legalidade, Acusatório e Política Criminal: contributo para uma reflexão acerca da praxis judiciária em matéria processual penal. "Revista do Ministério Público". Lisboa, v. 21, fascículo 83, p. 61-81, jul.-set./2000, p. 73. A técnica processual pode ser empregada com vistas a debelar o obstáculo do formalismo. Assim, como explica Walter Nunes Silva Júnior, o processo deve ser "conduzido com técnicas adequadas de gerenciamento, a fim de que ele se desenvolva de forma mais razoável e célere", evitando os chamados ponto mortos, momentos nos quais o procedimento simplesmente aguarda o impulso do juiz (Racionalização: celeridade da instrução processual penal. "Revista do Ministério Público de Minas Gerais". Belo Horizonte, v. 1, fascículo 4, p. 72-73, fev.-mar./2006, p. 72).

¹¹⁶⁶ Desta forma, a Constituição da Espanha reconheceu o direito a um processo sem dilações indevidas como parte integrante do direito à tutela efetiva (art. 24). A Sentença n. 10/97 do Tribunal Constitucional espanhol firmou a duração razoável do processo como um conceito aberto, submetido às circunstâncias e complexidade da causa.

outras, tais como complexidade da causa ou comparação com a duração de outros casos semelhantes (STC n. 10/97).

O direito à duração razoável do processo assegura um tempo aceitável ao exercício da defesa dilatória, durante o qual não sobrevenham reveses. Deve ser assegurado ao réu não apenas o direito à citação, mas, sobretudo, o direito de organizar a sua defesa num prazo razoável, para que, assim, refute hipótese acusatória. Nesta perspectiva, Joaquim Canuto de Almeida (1906–1990), em sua célebre dissertação de 1937, já refletia que nada adianta assegurar a citação ou alguma notificação do acusado, sem antes reservar-lhe um prazo para contrariar, que deve variar de acordo com a natureza do ato processual¹¹⁶⁷. É preciso inculcar que este tempo da defesa não se dá de forma fixa (acabada), nem se mede segundo um intervalo breve ou prolongado. A celeridade processual aflui de forma relativa, ou seja, como completa Sara Maria Ströher Paes, cabendo "procurar um certo equilíbrio entre a necessidade de que o processo se desenvolva sem dilações indevidas e o tempo requerido para a defesa"¹¹⁶⁸

Por conseguinte, para a defesa ser efetiva, não se reclama dependência a requisitos temporais previamente acabados. Logo, o caso concreto delimitará as condições reais para a sua efetivação. Um bom exemplo sucede da demanda em que se questionou a validade da defesa oral realizada no Tribunal do Júri por apenas vinte minutos. Na situação concreta, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal assentou que “não se trataria de medir o tempo da defesa, mas de se constatar, em face dos parâmetros em que realizada, a eficácia minimamente aceitável”. No caso, reconheceu-se o réu indefeso não pelo tempo mínimo da sustentação oral, mas pelas demais circunstâncias do episódio, tais como o curto intervalo de tempo decorrido desde a nomeação do defensor e o escasso conteúdo da defesa oral em plenário, praticamente limitada ao pedido de absolvição do acusado por negativa de autoria¹¹⁶⁹.

Entre a celeridade própria da efetividade e a demora muitas vezes atribuída ao garantismo, cabe interpor-se a funcionalidade. Como destaca Fernando Fernandes, sem o

¹¹⁶⁷ "A Contrariedade na Instrução Criminal". São Paulo: sem editor mencionado, 1937, p. 109. Ainda neste sentido: FERRAJOLI, Luigi. "Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal". Trad. Ana Paula Zomer et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 485.

¹¹⁶⁸ Direito a ser ouvido em um Prazo Razoável: morosidade da justiça segundo a ótica do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. "Revista de Informação Legislativa". Brasília: Senado Federal, ano 34, n. 135, p. 225-235, julho/setembro de 1997, p. 228.

¹¹⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 85969/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, 1ª. T., j. 20/3/07, inf. n. 460/07.

atributo de funcionalidade, a celeridade torna-se tão grave quanto à demora¹¹⁷⁰. Será a funcionalidade a justificativa para a ponderação entre efetividade e garantismo, permitindo que as soluções processuais admitam respostas céleres, mas em sintonia com as garantias.

Com efeito, confere-se ao Estado-Juiz o dever de assegurar ao acusado condições necessárias à interferência (dialética) no resultado do processo. Portanto, o processo penal precisa conduzir-se por uma duração razoável, não simplesmente se satisfazendo com os marcos prescricionais do direito material. Até o momento, a jurisprudência tem dado um sentido muito restrito às conseqüências do excesso de prazo na conclusão do processo. Entretanto, faz-se premente reconhecer que a demora do processo também interfere no direito de defesa, de modo que o alongamento do processo – e não somente da instrução – poderá contribuir para violação do princípio da isonomia.

Ezequiel Malarino explica que o direito alemão discute a relação entre o direito à audiência e o decurso de tempo como fato impeditivo do direito de defesa. Na Alemanha, são comuns os casos de infrações de trânsito, onde o motorista, depois de um longo transcurso de tempo, já não pode produzir qualquer defesa sobre a violação da norma legal, notadamente porque, simplesmente, não detém condições humanas de lembrar a situação passada¹¹⁷¹.

Urge encontrar um equilíbrio entre o direito a um processo no prazo razoável e o direito de defesa. Logo, impende reconhecer que a contribuição do acusado à demora do processo se enquadra em regra dentro do princípio da ampla defesa¹¹⁷², de modo que a conduta defensiva por si só não justifica – respeitados determinados limites – a restrição da liberdade ou a demora do processo. Dentro dos padrões da razoabilidade, o exercício da defesa dilatória não pode reverter-se contra o seu titular presumidamente inocente.

Por outro lado, o abuso da defesa dilatória obstrui a ação penal e explica o reconhecimento da indevida demora processual¹¹⁷³. Em consonância com as garantias processuais, o processo justo pauta-se pela regra da dilação devida, ou seja, aquela operada em favor dos interesses legítimos das partes¹¹⁷⁴. Se, de um lado, o processo deve ter uma

¹¹⁷⁰ “O Processo Penal como Instrumento de Política Criminal”. Coimbra: Almedina, 2001, p. 55.

¹¹⁷¹ MALARINO, Ezequiel. El Examen de las Actuaciones con Anterioridad a la Declaración del Imputado: a la vez, un alegato en favor de las facultades activas de intervención de la defensa en la investigación penal preparatoria. “Nueva Doctrina Penal”. Buenos Aires: Editores del Puerto, Fascículo B, p. 459-495, 1999, p. 490.

¹¹⁷² LOPES JR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. “Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável”. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 65.

¹¹⁷³ A Corte Européia considerou abuso de defesa os recursos protelatórios, freqüentes mudanças de domicílio, troca de defensores, recusa de defensores oferecidos pelo Estado etc. (LOPES JR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. Op. cit., p. 65).

¹¹⁷⁴ Neste sentido, Aury Lopes Jr. e Gustavo Henrique Badaró antecipam o seguinte: “O processo no prazo razoável não é o processo em sua celeridade máxima. Para se respeitar o direito ao processo no prazo razoável, a

duração razoável, de outro, se faz perigoso a sua abreviação desmedida, atropelando-se o tempo razoável para o exercício da defesa e do contraditório. Ressalvados os casos de abuso (dilação ou abreviação indevidas), o tempo do processo não corre contra a defesa. Conseqüentemente, o direito à duração razoável do processo denega julgamentos céleres destituídos de funcionalidade, impeditivos do exercício de uma defesa eficaz. Por isso, malgrado a omissão legal, tem-se decidido, acertadamente, que deve ser observado um intervalo mínimo entre a citação e o interrogatório, permitindo-se ao acusado um espaço de tempo razoável para tomar conhecimento da imputação e procurar advogado para acompanhá-lo durante o ato¹¹⁷⁵.

A brevidade do procedimento deve coincidir com o valor do bem jurídico-penal protegido. A atuação do juiz, por conseguinte, precisa reconhecer que quanto mais graves as conseqüências penais, mais tempo é preciso resguardar à defesa. A ruptura desse tempo de defesa somente será admitida em favor da própria defesa. Um exemplo que se sobressai é o da lei que trata do procedimento penal perante os tribunais (Lei n. 8.038/90), segundo a qual é possível julgar-se, sumariamente, a ação penal em benefício da defesa, dando improcedência à acusação, desde que a decisão não dependa de outras provas (art. 6º)¹¹⁷⁶. Conquanto não seja possível juízos condenatórios antecipados, admite-se a improcedência sumária do pedido em favor da defesa (absolvição *lato sensu*)¹¹⁷⁷.

8.1.4. Os critérios justificadores do excesso de prazo. Uma revisão das Súmulas nº. 21 e 52 do Superior Tribunal de Justiça. O tempo como fator fundamental à ponderação entre efetividade e ampla defesa

busca de celeridade não pode violar outras garantias processuais, como a ampla defesa e o direito de a defesa possuir o tempo necessário para seu exercício adequado" (op. cit., p. 44).

¹¹⁷⁵ Há decisões que reclamam um intervalo mínimo de 48 horas (BRASIL. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 5ª C., ap. 70.019.067.545, Rel. Aramis Nassif, j. 09/05/07, Boletim IBCCRIM n. 176, julho de 2007). Para outros tribunais, deve ser "respeitado um prazo mínimo de 24 horas entre a citação e o interrogatório" (RT 534/392).

¹¹⁷⁶ Lei n. 8.038/90, art. 6º: "A seguir, o relator pedirá dia para que o Tribunal delibere sobre o recebimento, a rejeição da denúncia ou da queixa, ou a improcedência da acusação, se a decisão não depender de outras provas".

¹¹⁷⁷ Como a duração razoável do processo interfere nos meios defensivos, cabe ao juiz velar pela igualdade material, de modo que não se torne regra automática a realização da audiência de testemunhas sem a presença do réu foragido. Desta forma, impõe destacar, por exemplo, a necessidade de se estipularem prazos razoáveis para a duração da suspensão do prazo prescricional (art. 366, CPP). Em razão da paridade de armas, não se mostra razoável determinar, obrigatoriamente, a audiência das testemunhas de acusação, sempre que o réu for declarado foragido. Somente em situações de urgências, é que será excepcionado o direito de estar presente durante a coleta dos depoimentos das testemunhas arroladas pela acusação.

No modelo político-criminal liberal, o tempo sempre foi considerado como um elemento neutro, incapaz de interferir no processo. Na sociedade da informação, o tempo converte-se em melodia da efetividade, legitimando o emprego de técnicas fundamentalmente pautadas pela necessidade de se conferir um andamento justo ao processo. Já não se pensa em tutela efetiva sob a ótica exclusiva do direito de defesa, caso contrário o processo poderia durar indefinidamente. A duração do processo interessa ao autor, tanto que o abuso do direito de defesa justifica a interposição de medidas efetivas, tais como a tutela antecipatória (art. 273, § 6º, CPC)¹¹⁷⁸ ou a decretação de prisão preventiva.

A dilação do processo por si só não integra o conceito do direito de defesa, na medida em que o processo efetivo reclama uma postura defensiva que empregue racionalmente o tempo. Os limites temporais marcam o exercício da defesa. Assim, as matérias defensivas se sujeitam à preclusão, não se admitindo que tais marcos sejam ultrapassados sem a obediência aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Do mesmo modo, há cerceamento de defesa quando se permite que o autor extrapole os limites preclusivos, como aquele que determina que a petição inicial deva, desde logo, apresentar o rol de testemunhas (art. 276, CPC)¹¹⁷⁹. É também por isso que o exercício da defesa com o intuito de extrapolar os limites temporais e racionais do processo, isto é, sem respeito à efetividade, justifica a caracterização do abuso de direito, permitindo-se, no caso do processo civil, a tutela antecipatória. Em uma palavra, a defesa sem efetividade é um abuso.

Nessa linha de raciocínio, a Constituição da República Federativa do Brasil não optou por um prazo determinado para a duração do processo, mas isto não significa que o processo se desenvolva fora da razoabilidade. A dilação indevida do processo dá azo à responsabilidade civil¹¹⁸⁰, administrativa¹¹⁸¹ e penal.

¹¹⁷⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. “Técnica Processual e Tutela dos Direitos”. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 205. O direito à tutela jurisdicional tempestiva implica um processo sem dilações indevidas. Se o autor cumula pedidos (A e B), o pedido “A” poderá estar maduro antes de “B”, descabendo aguardar (a demorada) instrução para se decidir. Por isto, o art. 273, § 6º, CPC, permite a tutela antecipada quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrarem-se incontroversos.

¹¹⁷⁹ Neste sentido, o STJ já recusara, a título de prova emprestada, o uso de depoimento coletado em inquérito, sem a participação das partes do processo principal, sob pena de se dissimularem os efeitos dos marcos preclusivos. A decisão deve ser reproduzida: “Processual Civil — Procedimento sumário — Indeferimento de oitiva de testemunhas não impugnado oportunamente — Preclusão — Depoimentos prestados na Polícia Civil sem o crivo do contraditório — Inadmissibilidade como prova. I — Admitir como prova depoimentos prestados na Delegacia Policial, sem o crivo do contraditório, por testemunhas das autoras, cujo direito à prova testemunhal precluíra anteriormente, constitui-se verdadeira burla à norma do art. 276 do CPC, que diz ser dever do autor, junto com a inicial, apresentar, desde logo, o respectivo rol, mormente quando tal procedimento causou evidente prejuízo à parte adversa. II — Recurso especial conhecido e provido” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. n. 158.192, Rel. Min. Waldemar Zveiter, DJ 04/10/99, RSTJ n. 121/99, p. 196).

¹¹⁸⁰ No âmbito cível, a Constituição não somente abona a indenização do condenado por erro judiciário ou que ficar além do tempo previsto da pena, como também do indivíduo que ficar preso cautelarmente além do período

Na esfera penal, o retardo não apenas motiva a imputação dos responsáveis pela conduta típica de prevaricação (art. 319, CP), porém também impinge a concessão de liberdade do acusado preso. Assim, a prisão processual que extrapolar os limites da razoabilidade deve ser concebida como ilegal e, portanto, suscetível ao pronto relaxamento (art. 5º, LXV, CF)¹¹⁸².

Contudo, faltam critérios adequados ao verdadeiro sentido do direito à duração razoável do processo. Desde logo, deve ser alertado que o *direito à duração razoável do processo* (art. 8.1, CADH) não se confunde com o *direito à liberdade em caso de excesso de prazo* (art. 7.5, CADH).

Expondo de modo simples, o *direito à duração razoável do processo* perdura até o trânsito em julgado da sentença e se aplica, indistintamente, aos processos administrativos e judiciais, independentemente – nesta última hipótese – de se encontrar o acusado preso ou solto. Por outro lado, o *direito à liberdade pelo excesso de prazo* deve ser examinado como um desdobramento da duração razoável do processo, ou seja, em síntese, exclusivamente produz efeito processual penal e apenas em relação aos acusados presos. Com efeito, este direito possui limites bem definidos, porquanto se cessa pela obtenção da liberdade, independentemente do trânsito em julgado¹¹⁸³. No entanto, a obtenção da liberdade não esvazia o conteúdo da duração razoável do processo.

No Brasil, o *direito à duração razoável do processo* nivelou-se ao âmbito do *direito à liberdade*, de sorte que sempre existiu uma preocupação com prazos máximos para a conclusão da instrução do processo do réu preso. Mas, de fato, não se concebeu uma

razoável (art. 5º, incs. X e LXXV c/c art. 37, § 6º, CF). Pela Lei Complementar n. 35/79 (art. 49, I e II), o magistrado responderá por perdas e danos quando proceder com dolo ou fraude no exercício de suas funções ou quando retardar, imotivadamente, o andamento processual.

¹¹⁸¹ Administrativamente, sem impedimento de outras sanções previstas na legislação infraconstitucional, a Emenda Constitucional n. 45/04 vedou a promoção do juiz que, “injustificadamente, retiver autos em seu poder além do prazo legal, não podendo devolvê-los ao cartório sem o devido despacho ou decisão” (art. 93, II, “e”, CF). Segundo o art. 801 do Código de Processo Penal, os juízes e os órgãos do Ministério Público são responsáveis pelo retardamento processual, estando sujeitos a perder dias de vencimentos em correspondência com os dias que forem excedidos no processo. Pelo dispositivo legal, para efeito de promoção e aposentadoria, os dias excedidos interferem em dobro na contagem do tempo de serviço.

¹¹⁸² Neste sentido, relatou o Min. Celso de Mello: “(...) EXCESSO DE PRAZO, NOS CRIMES HEDIONDOS, IMPÕE O RELAXAMENTO DA PRISÃO CAUTELAR. - Impõe-se o relaxamento da prisão cautelar, mesmo que se trate de procedimento instaurado pela suposta prática de crime hediondo, desde que se registre situação configuradora de excesso de prazo não imputável ao indiciado/acusado. A natureza da infração penal não pode restringir a aplicabilidade e a força normativa da regra inscrita no art. 5º, LXV, da Constituição da República, que dispõe, em caráter imperativo, que a prisão ilegal ‘será imediatamente relaxada’ pela autoridade judiciária. Precedentes” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 80.379-SP, DJ 25/05/01, inf. n. 229/01). Cf. SAMPAIO JÚNIOR, José Herval; CALDAS, Pedro Rodrigues. “Manual de Prisão e Soltura sob a Ótica Constitucional”. São Paulo: Método, 2007.

¹¹⁸³ LOPES JR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. “Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável”. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 94.

construção teórica em torno da duração do processo, independentemente da condição de preso do imputado. Com exceção da prisão temporária, as prisões processuais não se limitam a um tempo máximo, motivo pelo qual se firmou, jurisprudencialmente, o prazo de 81 dias (resultado do somatório dos prazos do procedimento ordinário) como o marco-limite para a conclusão da instrução processual do réu preso.

Embora o critério de 81 dias não deva ser completamente abandonado, diante da necessidade de estabelecer a garantia constitucional de duração razoável do processo, cabe reconhecer a sua inoperância para os casos que fogem da normalidade. Efetivamente, o prazo-limite para a conclusão da instrução está longe de estabelecer um critério para a duração razoável do processo. Em realidade, ainda que se aplique apenas ao processo de réu preso, existam inúmeras exceções jurisprudenciais ao seu aproveitamento.

Os tribunais criaram uma série de desvios àquele critério. Não raramente, a complexidade do causa¹¹⁸⁴ ou a conduta exclusiva da defesa¹¹⁸⁵ são invocadas para justificar a extrapolção do prazo de 81 dias. Desse modo, o Superior Tribunal de Justiça pacificou que, encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo no procedimento ordinário (STJ, Súmula n. 52). Na seara do procedimento dos crimes dolosos contra a vida, também sumulou o mesmo Tribunal que não ocorre constrangimento ilegal por excesso de prazo da prisão durante a instrução, quando pronunciado o réu (STJ, Súmula n. 21).

De forma alguma, a aplicação do modelo hermenêutico dessas súmulas pode restringir o *direito à duração razoável do processo*. Como resultado, o encerramento da instrução ou a pronúncia do réu não impedem o reconhecimento da dilação indevida do processo. De fato, o princípio da duração razoável do processo demanda que as citadas Súmulas ns. 52 e 21 sejam reconsideradas, de modo que também se reconheça constrangimento ilegal depois de encerrada a instrução ou quando já pronunciado o réu. O término da instrução ou a pronúncia do réu não superam o constrangimento ilegal decorrente do excesso de prazo na duração do processo. Dessa forma, será possível autorizar-se a

¹¹⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 84.934/RO, Rel. Min. Marco Aurélio, 29/11/2005, 1ª. T., inf. n. 411/05.

¹¹⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 85.298-SP, Rel. para o acórdão Min. Carlos Britto, DJ 4/11/05, inf. n. 381. Não se tem enquadrado, dentre as justificativas admissíveis ao prolongamento da prisão, a greve dos servidores do judiciário (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 20.647-SP, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 24/9/02, 5ª. T., inf. n. 148/02) ou a falta de escolta militar para a condução do réu à audiência de instrução (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC n. 9.465-SP, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 21/3/00, 5ª. T., inf. n. 51/00).

liberdade do acusado mesmo depois de concluída a instrução ou quando indevidamente retardado o trâmite de algum recurso.

Por tal razão, os tribunais superiores admitem haver excesso de prazo depois do encerramento da instrução¹¹⁸⁶ ou da fase de pronúncia¹¹⁸⁷. A esta altura, o Superior Tribunal de Justiça indica, claramente, uma abertura interpretativa para a Súmula n. 52, admitindo-se o constrangimento ilegal até depois de encerrada a instrução processual. Ainda que não tenha havido um efetivo cancelamento da citada súmula, parece haver uma orientação jurisprudencial que segue em direção a sua superação¹¹⁸⁸.

A crítica ao critério dos 81 dias dá-se, justamente, porque ele não abrange a fase posterior à instrução ou à pronúncia e, especialmente, porque não se aplica aos processos de réus soltos. Como não existem limites para a duração do processo nem para as prisões cautelares, a duração razoável do processo não se explica, tampouco se confunde ou se limita aos prazos materiais de prescrição¹¹⁸⁹ ou ao tímido critério de 81 dias¹¹⁹⁰.

Na prática, não existindo prazos máximos para a duração da prisão cautelar ou do processo, tem-se constatado um esvaziamento semântico do direito à duração razoável do processo. Em regra, segundo a jurisprudência dominante, o efeito prático da demora injustificada do processo repercute apenas em favor do acusado preso, ao qual se garante o direito à liberdade, mas não se tem tanto êxito com relação ao réu solto, que se beneficia, unicamente, com o decurso do prazo prescricional. Em qualquer um dos casos, os citados

¹¹⁸⁶ Assim decidiu o STJ: “Se, apesar de o feito encontrar-se com a instrução encerrada, a suspensão do andamento processual para aguardar a realização da diligência solicitada e, mais recentemente, a notícia de existência de impugnação ao laudo pericial, está ocasionando prorrogação indeterminada no seu julgamento perante o Tribunal do Júri, resta evidenciada a submissão do paciente a constrangimento ilegal, pois está preso cautelarmente há quase 5 anos. Inaplicabilidade da Súmula 52/STJ. Deve ser determinada a soltura do paciente, se por outro motivo não estiver preso, permanecendo em liberdade provisória, mediante condições a serem estabelecidas pelo Juízo de primeiro grau, para que aguarde em liberdade seu julgamento pelo Tribunal Popular. Ordem concedida, nos termos do voto do relator” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 65.381/MT, Rel. Gilson Dipp, 5ª T., j. 06/02/07, DJU 12/03/07). No mesmo sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 71.610, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, pleno, un., DJ 30/03/01. Neste julgamento, o voto do Relator firmou que o prazo de 81 limita-se à normalidade dos casos, podendo ser excepcionado diante das circunstâncias reais, como número de acusados ou a complexidade dos fatos.

¹¹⁸⁷ Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 18.493-SP, Rel. originário Min. Edson Vidigal, Rel. para acórdão Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 2/4/02, 5ª. T., inf. n. 128/02.

¹¹⁸⁸ Neste sentido, a 6ª T. decidiu que, “ainda que encerrada a instrução, é possível reconhecer o excesso de prazo diante da garantia da razoável duração do processo, prevista no art. 5º, LXXVIII, da CF/1988, com a reinterpretação da Súmula n. 52-STJ à luz da EC n. 45/2004” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC n. 20.566-BA, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 12/6/07. 6ª T., inf. n. 323/07).

¹¹⁸⁹ LOPES JR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. Op. cit., p. 87.

¹¹⁹⁰ O Código de Processo Penal Militar estipula o prazo para a conclusão da instrução (e não o do processo) da seguinte forma: Art. 390: “O prazo para a conclusão da instrução criminal é de cinquenta dias, estando o acusado preso, e de noventa, quando solto, contados do recebimento da denúncia”. Contudo, segundo entendo, estas balizas legais incorrem em equívocos, porquanto não instituem prazos para a conclusão do processo ou para o tempo de prisão cautelar.

efeitos não reproduzem nenhuma inovação, conquanto procedam de modelos estabelecidos antes mesmo do advento da Constituição Federal de 1988.

Fica claro que, enquanto não constituídos prazos legais para a duração de toda forma de prisão cautelar e critérios para a conclusão dos processos penais, não serão conhecidos muitos resultados práticos necessários ao cumprimento do princípio da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, CF).

Todavia, seguimentos isolados da doutrina e da jurisprudência empenham-se para encontrar mecanismos para a efetivação do direito à razoável duração do processo. Assim, pioneiramente, firmou-se, no âmbito do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul¹¹⁹¹, uma orientação, segundo a qual a demora excessiva do processo seja compensada quando da aplicação da pena, considerando-se o atraso como uma atenuante genérica (art. 66, CP).

Noutra decisão, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul foi mais longe. Entendeu que em função da inexistência de um limite máximo para a duração do processo, ficou a critério do julgador, para definir, caso a caso, a ocorrência do excesso de prazo e as suas conseqüências. Assim, na apreciação de uma ação penal que tramitou por mais de cinco anos, o Relator Nereu José Giacomolli considerou que a demora processual interferiu no conteúdo probatório. No caso, nem mesmo a vítima se recordava do fato, tendo sido necessária a sua *lembrança* por meio da leitura das declarações prestadas na fase policial. Também tendo sido uma testemunha acometida pelo mesmo *esquecimento*, afastou-se a lisura dos depoimentos, restando, como última alternativa constitucionalmente válida, a absolvição dos acusados¹¹⁹².

No campo doutrinário, Aury Lopes Jr. e Gustavo Henrique Badaró defendem que o excesso do prazo motive o perdão judicial nas hipóteses legalmente previstas, muito embora também reconheçam que a melhor solução seria a extinção do processo¹¹⁹³. Também preocupado com o prolongamento das prisões preventivas, Gustavo Plat mostra-se favorável ao abrandamento do regime da prisão preventiva, admitindo, inclusive, a extensão das normas

¹¹⁹¹ A decisão ficou ementada assim: “Penal. Estupro e Atentado violento ao pudor. Autoria e materialidade suficientemente comprovadas. Condenação confirmada. Redimensionamento da pena. Atenuante inominada do artigo 66 do Código Penal caracterizada pelo longo e injustificado tempo de tramitação do processo (quase oito anos) associado ao não cometimento de novos delitos pelo apelante. Hediondez afastada. Provimento parcial. Unânime” (BRASIL. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime n. 70.007.100.902, 5ª C. Crim., Rel.: Luís Gonzaga da Silva Moura, j. 17/12/03, Comarca de Gravataí). Sobre o precedente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, cf. LOPES JR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. Op. cit., p. 80.

¹¹⁹² BRASIL. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Ap. n. 70.019.476.498, j. 14/06/07, Boletim IBCCRIM n. 180, novembro de 2007.

¹¹⁹³ Ibid, p. pp. 124 e 125. Samuel Miranda Arruda afirma que “no crime, há mesmo quem vislumbre a possibilidade de tomar o descumprimento do direito como critério a justificar a diminuição de pena ou perdão judicial” (“O Direito Fundamental à Razoável Duração do Processo”. Brasília: Brasília Jurídica, 2006, p. 266).

penitenciárias aos presos provisórios, de modo que lhes seja assegurado, por exemplo, o direito à saída temporária para trabalhar¹¹⁹⁴.

Quero assinalar que a proibição do excesso na duração do processo tem uma dimensão defensiva em sentido amplo, de modo que limita o poder punitivo do Estado e, em casos extremos, pode dar razão à anulação do processo¹¹⁹⁵. Porém, não chegamos a afirmar, como pretendem outros, que a duração razoável seja um princípio exclusivo da defesa, nada impedindo, por conseguinte, que ele seja invocado pelo ofendido ou pelo órgão acusador. O texto constitucional é categórico ao assegurar *a todos* – e não apenas ao acusado – a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (art. 5º, LXXVIII).

A proibição do excesso na duração do processo pode ser invocada pelo órgão ministerial ou pelo ofendido para, v.g., impedir a prática de ato abusivo pela defesa. No caso *Barker v. Wingo*, a Suprema Corte americana considerou que o direito a um julgamento célere também interessa à comunidade e, por isto, o legislador americano editou o *speedy trial act*, que reconhece a duração razoável do processo independentemente do direito do réu a um julgamento rápido, ou seja, a duração razoável mostra-se útil para estabelecer uma relação de confiança nas instituições¹¹⁹⁶. Por outro lado, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos perfilha que o ofendido tem direito à duração razoável¹¹⁹⁷.

De qualquer maneira, essas soluções já antecipam que o *direito à duração razoável do processo* e o *direito à liberdade pelo excesso de prazo* não são sinônimos, tampouco produzem resultados equivalentes, sendo adequado encontrar mecanismos práticos à efetivação de um e de outro.

8.2. A teoria do abuso de direitos aplicada às garantias processuais penais

Mesmo que o direito romano não tenha se furtado de tratar do assunto, somente é possível versar sobre o abuso de direito como uma teoria científica no final do século XIX¹¹⁹⁸.

¹¹⁹⁴ Defensa Pública en la Etapa de Ejecución Penal y Garantías durante la Prisión Preventiva. “Talleres Regionales: Foro Internacional: Justicia y Derechos Humanos”. Lima: Ceas, 1999, p. 229-240.

¹¹⁹⁵ ARRUDA, Samuel Miranda. Op. cit., p. 231.

¹¹⁹⁶ Ibid, p. 258.

¹¹⁹⁷ Ibid, p. 259.

¹¹⁹⁸ JORDÃO, Eduardo Ferreira. "Repensando a Teoria do Abuso de Direito". Salvador: Juspodivm, 2006, p. 1 e 56. No direito romano, já se punia a calúnia, o perjúrio, o falso testemunho, a fuga de presos, o exercício arbitrário das razões, a prevaricação do defensor etc. (BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio F. "De la Obstrucción a la Justicia y la Deslealtad Profesional". Madrid, Barcelona: Marcial Pons, 1999, p. 21).

Na França, como na Itália, a teoria nasce como uma reação dos civilistas aos exageros da Escola da Exegese em torno do uso simulado da propriedade¹¹⁹⁹. De fato, o grande impulso à construção teórica adveio com a jurisprudência dos tribunais franceses, a partir de quando surgem os primeiros estudos sistemáticos¹²⁰⁰.

Nesse passo, a teoria do abuso de direito tem origem no âmbito do direito privado, expandindo-se para o direito público. De modo genérico, o abuso pode gerar um ilícito penal, processual ou administrativo¹²⁰¹.

Assim, uma única prática processual pode ensejar um ilícito penal, um abuso de garantia processual e uma violação de dever funcional. Embora o abuso de direitos processuais não seja nenhuma novidade, ainda não se concebeu um autêntico sistema contra o exercício abusivo das garantias processuais penais. Em larga escala, o exercício abusivo de direitos tem sido a ocupação da esfera do Direito Penal, porém as tipificações de condutas abusivas apenas se aplicam a um número muito limitado de casos, deixando de fora uma quantidade surpreendente de práticas processuais desleais.

No Estado Constitucional de Direito, a ampla defesa, abrangendo aqui todas as garantias de um processo justo, deixa de ser propósito exclusivo da função jurisdicional; também se relacionando com a função legislativa e administrativa¹²⁰², torna-se, assim, um objeto da política criminal.

Entretanto, o direito de defesa não logra um caráter absoluto ou ilimitado, porque já não se concebem os direitos fundamentais apenas como impeditivos de um determinado comportamento do Estado (modelo liberal). A realização dos direitos individuais depende não apenas uma prestação do Estado (modelo social), mas, além disso, de uma *eficácia perante terceiros*, de modo que os titulares dos direitos fundamentais devem ser protegidos "contra

¹¹⁹⁹ LIMA, Patrícia Carla de Deus. O Abuso de Direito de Defesa no Processo Civil: reflexões sobre o tema no direito e na doutrina italiana. "Revista de Processo". São Paulo, ano 30, n. 122, p. 93-129, abril/2005, p. 95.

¹²⁰⁰ A respeito da natureza jurídica dos atos abusivos, Eduardo Ferreira Jordão resume as correntes da seguinte forma: 1. embora conforme direitos subjetivos, os atos abusivos violam o direito objetivo; 2. os atos abusivos causam danos ou violam o direito de outro; 3. embora lícitos, os atos abusivos contrariam a moral ou a consciência coletiva; 4. os atos abusivos contrariam a função social dos direitos; 5. os atos abusivos violam os limites internos do direito; 6. os atos abusivos violam o valor imane do direito e 7. os atos abusivos violam princípio da boa-fé (op. cit., p. 105). Não iremos tratar da teoria do abuso de direito em sua abstração. No âmbito estreito deste capítulo, advertimos que não será necessário levantar a história ou a formação das diversas correntes teóricas que deram sustentação ao abuso de direito. Com efeito, será enfocado o assunto à luz das garantias processuais, ou seja, encontraremos a aplicação da teoria do abuso sob a ótica do processo penal.

¹²⁰¹ SOUZA, Alexander Araújo de. "O Abuso do Direito no Processo Penal". Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 214.

¹²⁰² GUERRA FILHO, Willis Santiago. "Processo Constitucional e Direitos Fundamentais". 5ª ed., São Paulo: RCS, 2007, p.109-110.

ameaças e violações por parte de seus co-cidadãos"¹²⁰³. Portanto, no processo judicial de partes – sobretudo no processo civil –, a teoria do abuso de direitos socorre àqueles que têm seus direitos violados por disposição de particulares, com quem estejam litigando.

Nesse contexto, não será preciso tirar a venda dos olhos para deduzir que as garantias processuais também possam ser exercitadas abusivamente. Esta constatação pode conferir justificativa a quem apóia o aumento do poder punitivo do Estado, porém o abuso de garantias não se enquadra dentre os temas autoritários; simplesmente decorre da necessidade de se construir um processo de partes, no qual a lealdade ocupe o seu devido espaço.

De certa forma, as experiências autoritárias do passado favorecem as idéias que franqueiam o emprego de qualquer artil processual contra o poder punitivo, naturalmente *abusivo*. Contudo, se a dogmática deve recobrar a função de conter o abuso do poder punitivo, não será a tolerância ao abuso do direito de defesa o meio de alcançar tal desiderato. Qualquer que seja a solução, passa por um processo de partes equilibradas, com possibilidades de aceitação dos casos de abuso de defesa, sem que isto signifique qualquer nódoa autoritária.

No entanto, na seara específica do processo penal, é complexo o tema em estudo, principalmente porque a importância da garantia de defesa se destaca¹²⁰⁴. Neste aspecto, embora a delimitação criteriosa do abuso de direito de defesa não tenha sido fácil, o processo penal moderno inclina-se em direção à contenção de abusos¹²⁰⁵.

Na Alemanha, onde os parâmetros para a aplicação da teoria do abuso no Processo Penal advêm do Direito Civil e do Direito Constitucional, já há o reconhecimento de uma relação causal entre a duração do processo e a conduta do defensor. Desse modo, condena-se a prática abusiva não apenas por violação de deveres éticos, mas também por prevenção de danos financeiros ao Judiciário e às partes¹²⁰⁶. No *common law*, tem-se evoluído o sistema de efetivação das decisões judiciais, mediante a imposição de sanções cíveis e penais¹²⁰⁷. Radica-se, assim, a idéia base de que as decisões judiciais são emanadas para serem cumpridas,

¹²⁰³ *ibid*, p.144.

¹²⁰⁴ LUCAS SOSA, Gualberto. Abuso de Derechos Procesales. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa (Org.). "Abuso dos Direitos Processuais". Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 46.

¹²⁰⁵ Na Espanha, o Código Penal de 1995 traz, no segundo livro, os tipos para as condutas contra a administração da justiça, devendo ser observado que, neste país, o sentido de administração da justiça conota um sentido muito amplo, que pode abranger inclusive lesões ou ameaças à independência do Poder Judiciário. O Código Penal alemão (StGB), como também o italiano dedicam um capítulo exclusivo aos crimes contra a administração da justiça (cf. BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio F. "De la Obstrucción a la Justicia y la Deslealtad Profesional". Madrid, Barcelona: Marcial Pons, 1999, p. 19).

¹²⁰⁶ HASSEMER, Winfried. Sobre el Ejercicio Abusivo de los Derechos. In: GUZMÁN DALBORA, José Luis (Coord.). "El Penalista Liberal". Buenos Aires: Hammurabi, 2004, pp. 113 e 115.

¹²⁰⁷ Cf. SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. Conflito Aparente de Normas no Descumprimento de Ordem Judicial pela Administração Pública. "Revista de Informação Legislativa". Brasília, a. 35, n. 140, p. 249-257, out./dez., 1998, p. 250.

constituindo-se *contempt of court* a prática que impeça a administração judiciária ou ofenda a sua autoridade¹²⁰⁸.

Os sistemas processuais do mundo caminham em direção à criação de mecanismos de controle do abuso. No Brasil, vem de outras épocas a nossa preocupação com as manobras processuais. Tratando do projeto do Código de Processo Civil de 1939, Francisco Campos chegou a predizer que, finalmente, um mau acordo "deixará de ser melhor de que uma boa demanda, e a chicana forense encontrará, finalmente, um sério obstáculo"¹²⁰⁹. Atualmente, o Código Civil¹²¹⁰, o Código de Processo Civil¹²¹¹ e também o Código Penal¹²¹² dispõem de seus mecanismos de controle contra o abuso de direitos. Contudo, o Código de Processo Penal ainda está à espera de um sistema sedimentado, muito embora já possua regras esparsas como as medidas cautelares¹²¹³.

É de se observar que o abuso não somente se resolve de maneira ativa, mas também omissiva. Durante muito tempo, admitiu-se que os defensores dativos apresentassem defesas prévias sem qualquer argumentação, muitas vezes limitadas às expressões vagas, em clara conotação de abuso do direito de defesa em prejuízo dos próprios réus. Neste exemplo, não se nega que o abuso corre contra os interesses da própria defesa.

Com efeito, a regulamentação do uso abusivo de direito dá-se, de maneira facilitada, no processo civil, porque sempre há uma parte prejudicada e um dano patrimonial mensurável. Por outro lado, no Processo Penal, como não há, de forma tão evidente, prejuízo a uma parte ou um dano patrimonial, o fundamento da questão cinge-se à obstrução da pretensão punitiva, à violação dos princípios constitucionais¹²¹⁴ e aos prejuízos financeiros causados ao erário¹²¹⁵.

¹²⁰⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. "A Marcha do Processo". Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 65. Sobre a influência do *contempt of court* no processo civil brasileiro: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo Teixeira. A Lei 9.756/98 e suas Inovações. "Revista de Informação Legislativa". Brasília, a. 36, n. 141, p. 5 -8, jan./mar., 1999.

¹²⁰⁹ CAMPOS, Francisco. "O Estado Nacional". Brasília: Senado Federal, 2001, p. 139.

¹²¹⁰ O Código Civil disciplina o abuso de direito da seguinte forma: Art. 187: "Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes".

¹²¹¹ Art. 14, parágrafo único, e art. 273, II, CPC.

¹²¹² Art. 338 e ss, CP.

¹²¹³ As cauções são importantes para compensar e prevenir o abuso do direito de defesa (LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Informe acerca del Abuso de los Derechos Procesales en Colômbia. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa (Org.). "Abuso dos Direitos Processuais". Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 89). Especificamente no processo penal brasileiro, a falência do sistema de fianças tem impedido o emprego de tal mecanismo de controle.

¹²¹⁴ No passado, a Constituição autoritária de 1967 dissertou sobre o abuso dos direitos fundamentais de liberdade de expressão, de reunião e de associação, impondo como sanção a suspensão deles pelo prazo de dois a dez anos (art. 151).

¹²¹⁵ HASSEMER, Winfried. Op. cit., p. 119.

No âmbito processual penal, ainda que não exista uma regulação expressa pelo Código de Processo Penal, a feição constitucional do procedimento acusatório serve de abrigo ao reconhecimento do abuso de garantias processuais. Há subjacente uma regra tácita que demanda o exercício funcional de qualquer garantia¹²¹⁶.

8.3. *Novos limites para o exercício abusivo da defesa*

8.3.1. O abuso do direito de defesa em sentido estrito e a defesa penal protelatória. A dilação como elemento integrante do conceito de defesa.

A ampla defesa em si é um instituto que impede o abuso do poder de acusar, contudo, às vezes, ocorre o inverso, a própria defesa se realiza de maneira abusiva, prolongando, indevidamente, a ação penal. Dado o foco deste trabalho, não nos interessa aqui tratar do abuso em sentido amplo, porém nos limitaremos às práticas defensivas abusivas em sentido estrito, ou seja, que não caracterizam ilícitos penais. Assim, não nos reportamos às práticas, penalmente, proibidas – sempre capazes de interferir no resultado válido da prestação jurisdicional –, porém aludimos apenas às condutas, formalmente, permitidas e aptas a procrastinar, indevidamente, a duração do processo.

Para a compreensão deste tema, faz-se útil admitir que, mesmo havendo diversos filtros contra o abuso de direitos, tais como os prazos preclusivos, ainda assim a parte detém larga margem de manipulação do procedimento. Como afirma Stefano, o processo é um lugar onde aflora "o espírito de resistência, como expressão do conflito de interesses", assumindo, por tal motivo "os aspectos de uma rebelião dissimulada aos desejos da lei"¹²¹⁷. Eis uma realidade que não se pode ignorar. Às vezes, o processo não é utilizado para satisfazer os interesses de defesa de mérito, mas apenas como consequência da defesa protelatória. Vale lembrar que a ampla liberdade que é conferida às partes para a demonstração da pretensão não legitima o excesso ou o arbítrio¹²¹⁸.

¹²¹⁶ Ibid, p. 121. Como afirma Humberto Theodoro Júnior, "o processo moderno adota o princípio de propiciar às partes resultados práticos compatíveis com os direitos subjetivos envolvidas na lide (efetividade)" (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Abuso de Direito Processual no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa (Org.). *Abuso dos Direitos Processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 110).

¹²¹⁷ COSTA, Stefano. *O Dolo Processual em Matéria Civil e Penal*. Trad. Laercio Laureli. São Paulo: Paulistanajur, 2004, p. 180.

¹²¹⁸ Ibid, p. 112.

Convém advertir que o direito de defesa não designa como direito a um julgamento favorável. Com efeito, a defesa processual possui constituição autônoma ao mérito da causa¹²¹⁹. Em sua defesa, o acusado pode apresentar questões preliminares, questões incidentes (acessórias) ou mesmo atacar diretamente o mérito da causa. Logo, é admissível classificar a defesa penal em (I) *dilatatória* e (II) *peremptória*. A *defesa peremptória* é a que faz oposição à pretensão punitiva, visando abreviar (extinguir) a relação processual. A defesa do mérito é sempre peremptória. Já a *defesa processual dilatatória* destina-se ao prolongamento da relação processual, por meio da exigência de cumprimento das garantias, tendo como efeito o retardo do julgamento da causa; então, indiretamente pode provocar a nulidade do processo ou a sua extinção sem julgamento do mérito¹²²⁰.

No entanto, a dilação da defesa não se interpõe como uma injunção legal. Deste modo, a parte pode dispensar os prazos concebidos em seu favor, a fim de, v.g., antecipar a data do seu julgamento¹²²¹.

No sentido estrito, o abuso do direito de defesa não se confunde com os ilícitos penais, tais como fraudes processuais ou processos fraudulentos em geral (processo aparente, processo simulado etc.)¹²²². Nomeadamente, o abuso da defesa provém da utilização de um direito legítimo (defesa protelatória), todavia tendo como finalidade a violação da duração razoável do processo.

Logo, o abuso do direito de defesa ocorre quando a parte provoca a realização de um ato, mesmo sabendo que são infundados os motivos alegados, dilatando a tramitação do processo além do tempo necessário. Cria-se, artificialmente, uma situação antifuncional, que precisa ser demovida em função dos princípios da efetividade, da simplicidade, do *devido processo legal*, da duração razoável do processo e da razoabilidade¹²²³.

A dilação processual integra o conceito de defesa. As garantias processuais não asseguram, por si só, um julgamento justo. Não há dúvida de que, não obstante a presunção de inocência, a defesa tem o interesse de produzir prova, porque poderá suportar o ônus de não

¹²¹⁹ MARQUES, José Frederico. “Elementos de Direito Processual Penal”. V. 1, Campinas: Bookseller, 1997, 4v, p. 342.

¹²²⁰ MARQUES, José Frederico. “Elementos de Direito Processual Penal”. V. 2, Campinas: Bookseller, 1997, 4v, p. 191. Nesses termos, vale dizer que a alegação de nulidade absoluta não integra diretamente o âmbito do direito de defesa, uma vez que o processo retomará o seu andamento a partir do ato anulado (MARQUES, José Frederico. Op. cit., p. 192).

¹²²¹ Esta é uma orientação firmada desde o nosso processo penal clássico. Cf. BUENO, José Antônio Pimenta. “Apontamentos sobre o Processo Criminal Brasileiro”. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos, 1922, p.178 e 143.

¹²²² COSTA, Stefano. Op. cit., p. 63 a 71.

¹²²³ Cf. LUCAS SOSA, Gualberto. Abuso de Derechos Procesales. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa (Org.). “Abuso dos Direitos Processuais”. Rio de Janeiro: Forense, 2000, pp. 42 e 44.

ter levada à formação do convencimento judicial aquilo que lhe seria favorável¹²²⁴. No momento em que se afigura a parte do direito subjetivo de produzir prova, também se torna imprescindível que esta mesma parte possua um prazo dentro do qual realize as diligências a que tem direito. É imprudente pensar que todo o ônus de prova recaia sobre o órgão acusador, como se a defesa não se relacionasse com o direito de produzir provas. Não se impõe ao réu o *dever de provar*, mas deve ser-lhe garantido o direito de *defender-se provando*. Por conseguinte, a recusa ao direito de produzir provas depende de fundamentação que demonstre a finalidade desviada de seu exercício¹²²⁵.

A busca da verdade no processo penal não se impõe a todo custo. Não obstante as partes possam apresentar documentos em qualquer fase do processo (arts. 231 e 400, CPP), ainda assim há razões para a submissão da prova a um regime procedimental que impeça o abuso desse direito, de tal modo que está o juiz autorizado a indeferir, v.g., requerimentos nitidamente protelatórios¹²²⁶.

Neste contexto, os recursos processuais estão intimamente ligados à dimensão dilatatória do direito de defesa, mas, nem por isto, devem ser subtraídos do ordenamento. A defesa dilatatória somente se torna abusiva quando dedicada a protelar o pronunciamento judicial além da duração razoável.

8.3.2. O juiz como ator do controle do abuso do direito de defesa

Em razão da projeção constitucional da duração razoável do processo, já está no momento de se conferir um novo colorido à defesa penal dilatatória. Faz-se premente revisar a utilidade constitucional de mecanismos legais, tais como o revogado protesto por novo Júri (cf. art. 607, CPP), concebidos apenas com o intuito de retardar o desfecho da causa, sem que exista qualquer garantia de que o julgamento subsequente será mais justo do que o primeiro.

¹²²⁴ CARNELUTTI, Francesco. “Como se faz um Processo”. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2001, p. 68.

¹²²⁵ Antonio Magalhães Gomes Filho dá a seguinte lição: “(...) a noção de prova protelatória supõe o dolo processual, cujo reconhecimento depende, evidentemente, da existência de circunstâncias inequívocas. Não será qualquer suposição que poderá levar o magistrado a excluir a prova proposta pela parte” (Procedimento Sumaríssimo e Direito à Prova. “Boletim IBCCRIM”. São Paulo, n. 35, novembro/95, p. 11).

¹²²⁶ Neste sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 20.820-SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 18/2/03. 6ª T., inf. n. 163/03.

Com efeito, o maior obstáculo à aplicação da teoria do abuso no processo diz respeito à possibilidade concreta de se restringir o direito de defesa e de contraditório¹²²⁷. Para tanto, cumpre estabelecer que o Estado Constitucional de Direito não somente constitui um regime de efetivação do direito de defesa, mas, do mesmo modo, busca efetivar o direito de ação, efetivar a prestação jurisdicional, enfim, efetivar o processo como um todo – pelo alcance da justiça processual. Para resumir: a efetivação não é uma exigência restrita unicamente ao direito de defesa.

Portanto, à luz da efetividade e do *devido processo legal*, cabe ao juiz controlar o manejo de técnicas abusivas pelas partes, quando constatado, por exemplo, que a parte deduziu pretensão sabidamente infundada. Deve rechaçar-se de ofício as pretensões defensivas não funcionais¹²²⁸, tais como retenção de autos, produção de diligências desnecessárias, juntada de documentos impertinentes, recursos protelatórios, indicação de testemunhas inexistentes, adiamentos de atos injustificadamente etc.

A aplicação da teoria do abuso de direito de defesa no processo penal se funda, principalmente no *devido processo legal*. Não há dúvida de que são abusivas as condutas desarrazoadas ou que, dito de outro modo, contrariam o regular exercício da ampla defesa e do contraditório¹²²⁹. A garantia do *devido processo legal* deve ser estabelecida com um fim útil e não "para el ejercicio abusivo de derechos"¹²³⁰.

Embora ainda se acredite incompatível a segurança com a celeridade, hoje já não se tem dúvida de que a demora na prestação jurisdicional deprecia a qualidade do direito prestado. O ato abusivo também afronta a duração razoável do processo. Mesmo quando as partes agem com outros fins, o abuso do direito de defesa motiva a protelação indevida do processo¹²³¹. Isto é, dentre as inúmeras causas que podem gerar o abuso, de modo geral a prática abusiva se resume com um fim de "postergar el momento del dictado de la sentencia

¹²²⁷ LIMA, Patrícia Carla de Deus. O Abuso de Direito de Defesa no Processo Civil: reflexões sobre o tema no direito e na doutrina italiana. "Revista de Processo". São Paulo, ano 30, n. 122, p. 93-129, abril/2005, p. 101.

¹²²⁸ LUCAS SOSA, Gualberto. Op. cit., p. 51.

¹²²⁹ PEYRANO, Jorge W. Abuso de los Derechos Procesales. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa (Org.). "Abuso dos Direitos Processuais". Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 67.

¹²³⁰ OTEIZA, Eduardo. Abuso de los Derechos Procesales en América Latina. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa (Org.). "Abuso dos Direitos Processuais". Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 19.

¹²³¹ Cf. LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Informe acerca del Abuso de los Derechos Procesales en Colômbia. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa (Org.). "Abuso dos Direitos Processuais". Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 89.

de mérito"¹²³². O próprio juiz também pode abusar das garantias processuais, atropelando o desfecho do caso em tempo razoável¹²³³.

O processo penal constitucional não recepciona o modelo *adversarial*, que remonta à idéia liberal-individualista de um juiz neutro, inerte, cuja função instrutória se subordinada à atitude das partes¹²³⁴. Tudo isto foi deitado abaixo com o Estado Social, a partir de quando se espera do Estado-Juiz uma postura ativa. Vale dizer, o processo penal não está largado à sorte das partes, ou seja, o processo tende a se distanciar das características que o igualam a um jogo. Noutras palavras, o abuso do direito acontece quando, pelo menos, um dos jogadores utiliza a regra do jogo para não jogar. A vitória processual não pode ser uma questão creditada ao mais esperto ou mais ligeiro¹²³⁵.

O juiz inerte não cumpre nenhuma função de pacificação social¹²³⁶. Portanto, a atividade defensiva se submete a um programa de valores. Como afirma Grinover, "a certeza buscada em juízo deve ser ética, constitucional e processualmente válida"¹²³⁷. O exercício do direito de defesa não pode retardar ou tornar ineficaz a prestação jurisdicional, como também não pode significar fator responsável pela distorção do convencimento, esvaziando a função social processo. Pois, do contrario, o processo judicial pode tornar-se uma infeliz exceção à ética.

Não se faz impossível aplicar regras preventivas do abuso de garantias no processo judicial, porquanto o exercício de uma garantia não apenas se ordena em face do Estado, mas também opera eficácia contra particulares. Isto é, na relação processual, o exercício da defesa não somente exige posturas negativas (de abstenção) ou positivas (de prestação) do Estado-Juiz, mas igualmente da parte contrária. Ainda que sem defesa inexistia qualquer processo¹²³⁸,

¹²³² PEYRANO, Jorge W. Abuso de los Derechos Precesales. Op. cit., p. 72.

¹²³³ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Op. cit., p. 83. José de Aguiar Dias entende que "a doutrina do abuso de direito é aplicável ao Estado" ("Da Responsabilidade Civil". V. 2, 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1954, p. 611). Contudo, o autor rejeita a possibilidade de indenização em "casos de má-fé, abuso ou desvio de poder do magistrado" e também nas situações de "erro jurídico" (op. cit., p. 642), mas a admite em casos de prisão provisória injusta (op. cit., p. 647).

¹²³⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do Juiz no Processo Penal Acusatório. "Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária". Brasília-DF, vol. 1, n. 12, p. 15-25, jul./1998-dez/1999, p. 19.

¹²³⁵ Como reflete Grinover, "o processo não é um jogo, em que pode vencer o mais poderoso ou mais astucioso, mas um instrumento de justiça, pelo qual se pretende encontrar o verdadeiro titular do direito" (op. cit., p. 19).

¹²³⁶ Ibid, p. 19. Comentando o projeto do Código de Processo Civil de 1939, Francisco Campos evidencia que esses anseios estão presentes entre nós desde muito tempo. Senão, vejamos suas palavras: "o juiz não será mais um mero espectador do combate entre os litigantes, limitado a decidir sobre os dados, certos ou falsos que este se lhe oferece, mas ficará investido da autoridade do estado para realizar a parcela que lhe cabe no bem social" ("O Estado Nacional". Brasília: Senado Federal, 2001, p. 140).

¹²³⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. Op. cit., p. 20.

¹²³⁸ COUTURE, Eduardo J. "Interpretação das Leis Processuais". Trad. Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, p. 100.

não é possível concluir que a defesa ilimitada eleve o nível de legitimidade do processo, porquanto a defesa se estabelece no mesmo patamar do direito à ação¹²³⁹.

8.3.3. O processo penal de partes. Crítica à noção de acusado como sujeito onipotente de direitos. A prestação jurisdicional efetiva como fundamento à teoria do abuso de direitos processuais

Superada está a concepção do processo como uma situação (*Rechtslage*), segundo a qual o juiz obriga-se perante o Estado, mas não perante as partes¹²⁴⁰. Hoje, prevalece o entendimento do processo como uma relação (*Rechtsverhältniss*)¹²⁴¹, na qual predominam não apenas expectativas, porém direitos e obrigações¹²⁴². Como relação, as partes têm direito à prestação jurisdicional, de modo que não se concebe um juiz como um espectador alheio à relação processual¹²⁴³. Todas as atividades das partes são direcionadas ao Estado-Juiz, de tal modo que a relação processual possui uma natureza pública imanente¹²⁴⁴.

Perante as partes, O Estado-Juiz obriga-se a entregar a prestação jurisdicional, síntese da acusação (tese) e da defesa (antítese)¹²⁴⁵. Assim, o Estado deve resolver conflito, mas isto não significa dizer que deve punir. A finalidade da jurisdição será compor a lide penal¹²⁴⁶, de modo que interessa ao Estado tanto condenar o culpado como absolver o inocente¹²⁴⁷.

¹²³⁹ Ibid, p. 157.

¹²⁴⁰ TORNAGHI, Hélio Bastos. “A Relação Processual Penal”. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, s.d., p. 14. Dentre os autores clássicos que defenderam o processo penal como situação e não como uma relação processual, cf. GOLDSCHMIDT, James. “Princípios Gerais do Processo Penal”. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.

¹²⁴¹ TORNAGHI, Hélio Bastos. Op. cit., p. 14 e 19

¹²⁴² Ibid, p. 17.

¹²⁴³ Ibid, p. 21.

¹²⁴⁴ Ibid, p. 41.

¹²⁴⁵ MARQUES, José Frederico. “Elementos de Direito Processual Penal”. V. 1, Campinas: Bookseller, 1997, 4v, p. 341.

¹²⁴⁶ Na doutrina, não há consenso quanto à existência de uma lide penal, porque, como explica Hélio Bastos Tornaghi, o significado da expressão luta de partes não necessariamente implica contrariedades, já que o órgão acusador pode pedir a absolvição do acusado (TORNAGHI, Hélio Bastos. Op. cit., p. 120). Entendendo pela irrelevância do conceito de lide penal, cf. TUCCI, Rogério Lauria. “Teoria do Direito Processual Penal: Jurisdição, Ação e Processo Penal (Estudo Sistemático)”. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 35-7. Contudo, acreditamos acertada a posição dos que defendem a existência de lide penal, ainda que num sentido latente. Para Aury Jr., o processo não apenas tem a função de satisfazer a pretensão acusatória, mas ainda a pretensão de resistência firmada sobre o direito de defesa. Neste passo, o autor defende, portanto, a existência de lide penal, resultado deste conflito entre a pretensão de punir e a de resistir [(Re)discutindo o Objeto do Processo Penal com Jaime Guasp e James Goldschmidt. “Revista Brasileira de Ciências Criminais”. São Paulo, n. 39, p. 103-124, jul.-set./02, p. 110].

¹²⁴⁷ TORNAGHI, Hélio Bastos. Op. cit., p. 84.

Cabe chamar atenção para o fato de que no processo penal moderno, a noção de duelo tende a esmaecer. Assim, importa destacar que o que “caracteriza a relação processual não é a luta, mas a existência de partes”, ou seja, torna-se mais significante entender o réu menos como um gladiador e mais (muito mais) como um “sujeito de direitos e obrigações processuais”¹²⁴⁸. Por ser sujeito de direitos, o acusado não perde a condição de parte nem mesmo quando renuncia a tutela de seus interesses, reconhecendo a pretensão acusatória¹²⁴⁹.

Contudo, não se faz o acusado um sujeito onipotente de direitos. Pode admitir-se dele o abuso das garantias processuais, notadamente porque, em regra, os pressupostos processuais não servem para conter o abuso processual, muito embora possam eventualmente servir de filtro preliminar. Desde logo, impõe explicar que o direito de defesa, em si mesmo, não é abusivo, todavia abusivo será o seu uso, o modo como a parte exercita-o¹²⁵⁰. Portanto, o reconhecimento do abuso depende da análise do caso concreto, de quem se operou o comportamento da parte.

Na concepção acusatória moderna, o acusado é titular “de direitos, faculdades, obrigações e encargos”¹²⁵¹, não obstante a presunção de inocência. No processo penal, o ônus de prova formal recai sobre o acusador, mas, eventualmente, a parte se submete ao ônus de prova material, ou seja, deve provar o que alega¹²⁵². Hoje, mais do que nunca, o sentido de processo de partes está saliente. Ou dizendo de outra forma, o processo judicial está marcado pela participação das partes e do juiz. É justamente em função do direito de participação e da garantia de ampla defesa que não se admite julgamento sem que o réu conheça da acusação¹²⁵³. Também por este motivo, a defesa se relaciona diretamente com a acusação, de modo que os poderes de um tendem a corresponder aos poderes do outro¹²⁵⁴.

Nesse panorama, o modelo de subsunção lógica se faz substituído “pelo procedimento discursivo e pela técnica de construção dialógica-dialética das regras jurídicas”, ou seja, a regra já não é tirada do sistema posto, mas ela mesma será construída pelas

¹²⁴⁸ Ibid, p. 121.

¹²⁴⁹ Ibid, p. 130.

¹²⁵⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Abuso de Direito Processual no Ordenamento Jurídico Brasileiro. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa (Org.). “Abuso dos Direitos Processuais”. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 111.

¹²⁵¹ TORNAGHI, Hélio Bastos. Op. cit., p. 197.

¹²⁵² Ibid, p. 183.

¹²⁵³ Cf. art. 366, CPP.

¹²⁵⁴ Cf. MARQUES, José Frederico. “Elementos de Direito Processual Penal”. V. 1, Campinas: Bookseller, 1997, 4v, p. 342.

partes¹²⁵⁵. Na prática, as reformas processuais – sobretudo no processo civil – seguem em direção a uma revolução, com o significativo incremento do poder de participação dos sujeitos processuais. É essa nova feição do processo que chama atenção para mecanismo de controle dos atos abusivos.

8.3.4. A lealdade processual no sistema acusatório. Limites éticos da atividade defensiva. A delicada relação entre mentira e defesa

A relação processual se desenvolve em torno de um interesse público, uma vez que o Estado assume o dever de prestação jurisdicional. Nesse passo, o abuso de garantias aponta como uma ofensa ao julgamento¹²⁵⁶. No contexto da relação processual, enquanto o Estado-Juiz se submete ao dever de decidir, as partes preservam a capacidade de interferir no processo decisório, em virtude de que podem empregar técnicas para realçar os elementos que lhes pareçam favoráveis. Para o cumprimento deste desiderato, a defesa poderá, inclusive, socorrer-se de provas ilícitas, mas, nem por isto, presume-se que ela pode tudo. Há limites. A linha que separa o poder absoluto da capacidade de interferir no processo decisório pauta-se pelo princípio da boa-fé.

A relação entre as partes e o juiz assenta-se na lealdade¹²⁵⁷, motivo pelo qual o sistema legal, v.g., pune a falsa imputação criminosa a terceiro (art. 138, CP), a auto-acusação falsa (art. 341, CP), o falso testemunho ou a falsa perícia (art. 342, CP), a coação no curso do processo (art. 344, CP), o exercício arbitrário das próprias razões (art. 345, CP), a fraude processual (art. 347, CP), o patrocínio infiel (art. 355, CP) etc. Assim, a boa-fé interpõe-se entre os componentes da relação, vinculando-os.

Não obstante, existe um direito fora da teoria e da prática oficial; há, sim, outras instâncias de decisões de conflitos fora do Estado¹²⁵⁸. No âmbito do processo, não será difícil constatar que há o uso do processo e das garantias para fins não aprovados pelo Estado. Um

¹²⁵⁵ GÓES, Ricardo Tinôco de. *Direito Processual e Filosofia do Direito: uma visão do processo com aporte na teoria do discurso - brevíssimas considerações*. "Direito e Liberdade". Mossoró, Região Oeste, ano 2, n. 1, v. 4, p. 371-387, jul-dez/2006, p. 382.

¹²⁵⁶ Em Espanha, tem-se entendido que crimes contra a administração da Justiça protegem o direito a uma tutela judicial efetiva (BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio F. "De la Obstrucción a la Justicia y la Deslealtad Profesional". Madrid, Barcelona: Marcial Pons, 1999, p. 32).

¹²⁵⁷ COSTA, Stefano. "O Dolo Processual em Matéria Civil e Penal". Trad. Laercio Laureli. São Paulo: Paulistanajur, 2004, p. 187.

¹²⁵⁸ ADEODATO, João Maurício. "Filosofia do Direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência (através de um exame da ontologia de Nicolai Hartmann)". São Paulo: Saraiva, 1996, p. 3.

exame mais próximo da práxis permitirá perceber que o arbítrio também se protege sob o manto do argumento e da decisão.

A separação entre moral e direito dá-se apenas formalmente, mas não existem critérios que estabeleçam uma distinção material. À luz desse raciocínio, João Maurício Adeodato explica que a moral e o direito coincidem, já que o direito guarda um conteúdo moral mínimo e necessário¹²⁵⁹.

De sua íntima relação com a moral, o Direito Positivo busca consagrar um direito ideal, “sobre a qual se irradiam os valores”¹²⁶⁰. Este direito ideal não se satisfaz com a interpretação literal ou retrospectiva, mas exige do jurista um papel de crítico permanente do texto legal, ou seja, em garantia da evolução do direito¹²⁶¹. Como afirma João Maurício Adeodato, o “direito é um fenômeno *in fieri*, nunca acabado, resultando do entendimento, da combinação de interesses, dos conflitos”¹²⁶².

Não há dúvida de que a malha legislativa, na qual se inserem as garantias, trata-se de um ambiente propício à realização de atos que se desviam da finalidade permitida pelo direito¹²⁶³. De fato, no processo penal, o problema se agrava porque existe, sim, uma defesa destinada à protelação, mas, advirta-se, esta modalidade de defesa não se destina ao retardamento desmedido do processo, muito embora seja o retardamento uma consequência natural de seu emprego. A defesa protelatória visa – ou deve visar – a que as garantias sejam cumpridas. No entanto, não se ignora o seu uso desviado ou, dizendo de outro modo, destinado, precipuamente, ao retardamento da solução final do processo.

A deslealdade não se trata de rara exceção no processo penal. Na realidade, descobre-se, com pouco esforço, que, graças ao volume de processos que chegam aos tribunais, é possível realizar uma defesa meramente protelatória, com o intuito de se beneficiar, v.g., da prescrição retroativa. Neste aspecto, não será de todo impossível reconhecer e admitir comportamentos que protelam o andamento do processo, mas nem sempre será possível reputar a conduta de abusiva. A conduta de um acusado preso que exige participar da audiência das testemunhas arroladas pela acusação poderá ter unicamente o fim de protelar a instrução proteção, notadamente quando o réu se encontrar preso noutra unidade

¹²⁵⁹ Ibid, p. 135.

¹²⁶⁰ Ibid, p. 135-136.

¹²⁶¹ Ibid, p. 15.

¹²⁶² Ibid, p. 184.

¹²⁶³ O ambiente de formalidade legislativa proporciona um substrato natural para o abuso de direitos. A própria lei também pode criar forma abusiva, admitindo-se prazos demasiadamente longos ou petições muito extensas (HASSEMER, Winfried. Sobre el Ejercicio Abusivo de los Derechos. In: GUZMÁN DALBORA, José Luis (Coord.). “El Penalista Liberal”. Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 121).

da federação, mas, de qualquer modo, a prática está nos limites da defesa protelatória. Assim, não se defende a abolição da defesa protelatória.

Nos Estados Unidos da América, a relação entre as partes se estrutura a partir da igualdade de armas e lealdade processual¹²⁶⁴, o que atenua o caráter de duelo do processo. Por tal motivo, a Suprema Corte desse país estabeleceu, no precedente *Brady v. Maryland* (1963), que o órgão acusador deve mostrar à defesa as provas favoráveis a ela, caso haja requerimento neste sentido¹²⁶⁵. Do mesmo modo, o Código de Processo Penal de Buenos Aires pune com falta grave a ocultação pelo Ministério Público de prova favorável à defesa, também assegurando à defesa o direito de acesso aos autos da investigação¹²⁶⁶.

O juiz decide com boa-fé e, para tanto, cabe esperar que, ao menos, as partes contribuam para o processo decisório agindo com um mínimo de lealdade. É dessa necessidade de limites que surge a aplicação da teoria do abuso de direitos no âmbito da defesa penal. Nesse contexto, o defensor técnico pode figurar como o principal operador do abuso do direito de defesa. Embora a sua função preserve um caráter público, relativamente autônomo à pessoa do acusado, ele não está desvinculado do órgão acusador ou do juiz, uma vez que a sua condição se estabelece num contexto de relação processual.

De fato, o defensor pode omitir-se quanto à produção de provas desfavoráveis ao seu cliente. Como assenta Carrara (1805–1888), dentre os deveres do defensor, está o de lealdade, a qual se notabiliza por seu aspecto negativo, ou seja, o defensor se obriga a não-fazer – "a não afirmar nada contrário à verdade processual, e a não operar com artifícios ou provas mendazes para o triunfo do falso"¹²⁶⁷. Assim, o advogado não se obriga a dizer a verdade, porque o direito de defesa permite que silencie quanto a ela. Por sua vez, embora a defesa não

¹²⁶⁴ "Curso de Processo Penal Norte-Americano". São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 184. Na Itália, onde não existe regra expressa acerca do abuso de direito no processo civil, a jurisprudência e a doutrina defendem a sua aplicação com base no princípio da boa-fé. No entanto, evoluiu-se para entender que, no processo civil, apesar da lealdade, não existe o dever absoluto de dizer a verdade. Isto porque a verdade, quando desfavorável, prejudica a defesa e, quando favorável, em nada ajuda, já que da defesa sempre se espera uma verdade para favorecer. No entanto, há o dever de dizer a verdade quando se pleiteia provimento sem a audiência da parte contrária (LIMA, Patrícia Carla de Deus. O Abuso de Direito de Defesa no Processo Civil: reflexões sobre o tema no direito e na doutrina italiana. "Revista de Processo". São Paulo, ano 30, n. 122, p. 93-129, abril/2005, pp. 113 e 114).

¹²⁶⁵ RAMOS, João Gualberto Carcez. Op. cit., p. 185.

¹²⁶⁶ LÓPEZ PULEIO, Maria Fernanda; GONZÁLEZ ESPUL, Estela; SARA PEÑA, GUZMÁN et al. Los Cuadernos de la Defensa: la defensa oficial en el nuevo código procesal penal de la Provincia de Buenos Aires, Argentina. "Periódico Pena y Estado". Buenos Aires, v. 5, fascículo 5, p. 243-265, 2002, p. 249.

¹²⁶⁷ "Programa do Curso de Direito Criminal". V. 2, Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2002, p. 463.

se comprometa com a realização da verdade absoluta, isso não significa que esteja liberada para mentir¹²⁶⁸.

Há quem negue a existência de boa-fé no processo penal, concluindo existir um verdadeiro direito de mentir¹²⁶⁹. No âmbito dos tribunais, algumas decisões também garantem ao acusado esse *direito*, em função do qual o Supremo Tribunal Federal já julgou que o acusado não pratica a conduta de falsidade ideológica¹²⁷⁰. De maneira geral, tais decisões apóiam seus fundamentos sobre o princípio contra a auto-incriminação¹²⁷¹. Todavia, embora este princípio impeça que o réu produza prova contra si, não queremos considerar que está institucionalizada a má-fé ou o *direito de mentir*.

É de se observar que, na realidade, o réu pode deduzir pretensões infundadas, tanto que, por força do direito ao silêncio, é-lhe possível inclusive *mentir* em juízo, igualmente podendo desenvolver sua tese defensiva em torno desta mesma *falsidade*. Contudo, como um dos elementos da relação processual, o acusado mantém ligações de dependência com o acusador e com o juiz. Desse modo, o processo acusatório reclama a atuação das partes em direção a um fim permitido. A proteção à liberdade não abona o entendimento de que o réu atue livre do dever ético, não obstante a sua inocência presumida e todas as demais garantias defensivas a seu favor.

Se pararmos para pensar, em muitos casos, a mentira é a única possibilidade para um debate. E noto agora, depois de ter falado sobre isto, que mesmo um inocente pode mentir, sobre pontos não relevantes da causa ou até sob domínio de estados mentais que o levem à predisposição para a falsa auto-acusação¹²⁷². Mas, mesmo sob estes aspectos, a mentira pode

¹²⁶⁸ Cf. SOUZA, Alexander Araújo de. "O Abuso do Direito no Processo Penal". Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 118 e 74.

¹²⁶⁹ AROCA, Juan Montero. "Principios del Proceso Penal: una explicación basada en la razón". Valencia: Tirant Lo Blanch, 1997, p. 158.

¹²⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 75.257/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, j. 17/06/97, 1ª T., DJ 29/08/97, p. 40219, Ement. 1880-02/431. Noutro julgado, a 2ª. T. havia decidido que a identificação com nome falso, para fins de ocultação de maus antecedentes, enseja figura típica, portanto, não acobertada pelo princípio da proibição contra a auto-incriminação (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 72.377/SP, Min. Carlos Velloso, j. 23/05/95, 2ª T., DJ 30/06/95, p. 20409, Ement. 1793-02/271). O Tribunal Constitucional Espanhol reconhece que o acusado não apenas pode calar a verdade, como também pode calar parcialmente ou mesmo mentir (ESPAÑA. Tribunal Constitucional, STC n. 170/06, 5/6/06, BOE 2006/07/07, Sala Primera, Don Javier Delgado Barrio. Disponível em: www.tribunalconstitucional.es/jurisprudencia/jurisprudencia.html. Acesso em 10/06/06.

¹²⁷¹ O Min. Luiz Vicente Cernicchiaro relatou caso no qual se entendeu que o acusado "tem direito à mentira porque não é obrigado a auto-acusar-se" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. n. 54.781/SP, 6ª T., j. 09/10/95, DJ 26/02/96, p. 4093, LEXSTJ 87/346).

¹²⁷² Estas questões foram tratadas por Enrico Altavilla em sua obra clássica: "Psicologia Judiciária: o processo psicológico e a verdade judicial". 3a. ed. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: Armênio Amado, 1981, pp. 432.e 455.

ser vista, até mesmo, como um instrumento de paz¹²⁷³, mas não como um direito ou pressuposto processual.

No modelo legislativo brasileiro, não é possível admitir que o acusado possua o direito de mentir. O ato defensivo abusivo viola o sistema processual porque contraria o dever de lealdade processual, mesmo havendo respeito ao conteúdo formal do direito. Ainda que não seja absoluta, a verdade que se busca no processo deve ser, sobretudo, uma “verdade ética, processual e constitucionalmente válida”¹²⁷⁴, legitimada pela iniciativa instrutória do juiz¹²⁷⁵.

O defensor não age com absoluta irresponsabilidade, embora não se obrigue ou se subordine à pessoa do acusado. Embora não possa atuar contra os interesses do acusado, não está isento de cometer delitos ou violar deveres éticos durante o exercício de sua função¹²⁷⁶. Como deve agir em proveito de seu constituinte, não se impõe ao defensor o dever de cooperar com a acusação, mas isto não significa que esteja autorizado a “ingerir na atuação do juiz, impedindo-a”, como adverte James Goldschmidt (1874–1940)¹²⁷⁷. Logo, conclui-se que o defensor tem o dever profissional de não revelar circunstâncias desfavoráveis ao seu cliente, mas daí não se infere que esteja franqueado para deturpar a verdade ou induzir que um terceiro o faça¹²⁷⁸.

Os problemas relacionados com o abuso das garantias também se norteiam pela boa-fé. Muito embora não exista um verdadeiro direito de mentir, também não se nega a possibilidade de que a verdade seja distorcida no âmbito do próprio direito de defesa. Todavia, dessa forma, a defesa não detém o direito de mentir, ainda que esta prática esteja ao seu alcance¹²⁷⁹. Pois, do contrário, seria admissível que, em nome de sua defesa, o acusado pudesse praticar danos a terceiros ou, até mesmo, forjar fraudes processuais de toda sorte. Portanto, a mentira não integra o conteúdo do princípio contra a auto-incriminação¹²⁸⁰. E isso

¹²⁷³ Cf. DERRIDA, Jacques. “Força de Lei: o fundamento místico da autoridade”. Trad. Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 47.

¹²⁷⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do Juiz no Processo Penal Acusatório. “Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária”. Brasília-DF, vol. 1, n. 12, p. 15-25, jul./1998-dez/1999, p. 22.

¹²⁷⁵ Ibid, p. 25.

¹²⁷⁶ Cf. GOLDSCHMIDT, James. “Princípios Gerais do Processo Penal”. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003, p. 114.

¹²⁷⁷ Ibid, p. 115.

¹²⁷⁸ Pode tipificar o crime de falso testemunho a conduta do advogado que direciona falsamente o depoimento testemunhal de alguém. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC n. 81.327-SP, 1ª. T., Rel. Min. Ellen Gracie, 11/12/2001, inf. n. 254/01.

¹²⁷⁹ SOUZA, Alexander Araújo de. Op. cit., p. 119.

¹²⁸⁰ HADDAD, Carlos Henrique Borlido. “Conteúdo e Contornos do Princípio contra a Auto-Incriminação”. Campinas: Bookseller, 2005, p. 183.

não é tudo. Dependendo do caso concreto, uma inverdade tanto pode ser considerada elemento da autodefesa como também poderá representar uma conduta vedada pelo direito material ou processual¹²⁸¹. A idéia de que tudo é possível ao acusado, exceto o que está vedado¹²⁸², não acoberta, porém, a mentira dentre os seus direitos¹²⁸³. Conquanto a ocultação de prova pela defesa também esteja no âmbito de suas possibilidades, a lei processual penal não anui com esta prática. Tanto que isenta o Estado de indenizar aquele que fora condenado, indevidamente, por ato ou falta imputável a ele próprio, como a falsa confissão ou a ocultação de prova em seu poder (art. 630, § 2º, I, CPP)¹²⁸⁴.

O exercício da autodefesa está protegido pelo princípio contra a auto-incriminação, cujo conteúdo autoriza não apenas o direito de silenciar, mas, até mesmo, que o acusado negue ou altere a verdade dos fatos em proveito de sua defesa¹²⁸⁵. No entanto, advirta-se, não se constitui em favor do acusado o *direito de mentir*, embora lhe seja crível a possibilidade de falsear a verdade em proveito de sua autodefesa. Como destaca Hélio Tornaghi, não há que falar em direito subjetivo de mentir, mas, em verdade, “o réu é livre de mentir porque, se o fizer, não sofrerá nenhuma sanção”, porém esta liberdade circunscreve-se ao direito de defesa, ou seja, é inadmissível que o acusado minta para acusar-se falsamente¹²⁸⁶. Assim, por força da proibição da auto-incriminação, o acusado pode adotar postura voltada à demonstração de uma inverdade, mas a sua conduta também poderá dar causa a comportamento proibido pelo ordenamento.

Como resultado do exercício de um direito, o *silêncio puro e simples* não será motivo para juízo desfavorável à defesa. Porém, além do *silêncio puro e simples*, no qual o réu simplesmente cala, há também o *silêncio ativo*. Neste, o agente, embora se mantenha silente quanto aos fatos verdadeiros, apresenta uma versão inverídica, com o fim de assegurar-se da ocultação da verdade.

¹²⁸¹ Ibid, p. 185.

¹²⁸² Cf. SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. “Curso de Direito Processual Penal: teoria (constitucional) do processo penal”. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 288.

¹²⁸³ No direito americano, a partir de um precedente de 1954 (Walder v. US), entendeu-se que a prova ilícita poder usada para demonstrar a mentira do acusado, ainda que não seja admitida para provar a sua culpabilidade (SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. Op. cit., p. 520).

¹²⁸⁴ Cf. SOUZA, Alexander Araújo de. Op. cit., p. 175.

¹²⁸⁵ Neste sentido, o STF já consolidou que a cláusula do devido processo legal, na qual se insere o direito ao silêncio, abrange “a prerrogativa processual de o acusado negar, ainda que falsamente, perante a autoridade policial ou judiciária, a prática da infração penal” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 68.929/SP, Rel. Min. Celso de Mello, j. 22/10/91, 1ª. T., DJ 28/08/92, p. 13.453, RTJ 141-02/512).

¹²⁸⁶ “Curso de Processo Penal”. V. 1, São Paulo: Saraiva, 1980, p. 383.

O *silêncio puro e simples* não pode ser interpretado em prejuízo da defesa¹²⁸⁷. No entanto, o mesmo não se assegura quando o acusado defende uma versão inverídica para os fatos. Neste caso, a sustentação de tese inverossímil poderá motivar o convencimento judicial, ainda que em prejuízo da defesa. Isto porque a defesa se compromete com a prova da tese que alegar¹²⁸⁸. Dito de outro modo, quando a parte simplesmente cala (direito ao silêncio puro e simples), sem apresentar qualquer tese para acobertar os fatos verdadeiros, todo o ônus da prova recai sobre o órgão acusador. Por outro lado, estando o silêncio encoberto por um falso, poderá haver prejuízos à defesa que decaia do ônus de provar a tese alegada, desde que comprovados os verdadeiros fatos omitidos. Por tais razões, o princípio da proibição da auto-incriminação não assegura para o acusado o *direito de mentir*, porquanto, se *direito* houvesse, nunca se justificaria o advento de qualquer prejuízo decorrente de seu exercício.

8.4. Critérios para a resolução de conflitos oriundos do abuso de direito de defesa

Na contemporaneidade, não se traduz a ampla defesa por modelos hermenêuticos fechados no tempo, muitas vezes apenas associados às decisões passadas em casos análogos, sem aptidão para resolver problemas futuros. Assim, ainda nessa linha de raciocínio, para a efetivação do direito de defesa, também é imperioso compreender que a defesa não se exercita apenas por meio de modelos meramente formais ou ilimitadamente. A defesa penal se opera materialmente, porém sem deixar de se submeter aos limites necessários.

Contudo, também não se deve acreditar na teoria do abuso como uma salvação para a ineficácia do processo. Por outro lado, há o perigo de que o controle do abuso seja empregado com o fim ideológico ou como instrumento de uma técnica processual autoritária que impeça ou restrinja, indevidamente, o direito de defesa.

¹²⁸⁷ Por tal razão, nos tribunais federais e na maioria dos tribunais estaduais dos Estados Unidos, os jurados não podem ser alertados para o silêncio do réu, a fim de não incorrerem em prejulgamentos (WEINBERGER, Andrew D. “Liberdade e Garantias: a Declaração de Direitos”. Trad. Hersília Teixeira Leite Vasconcelos. Rio de Janeiro: Forense, 1962, p. 57).

¹²⁸⁸ HADDAD, Henrique Borlido. Op. cit., pp. 154 e 160. Neste sentido decidiu o STF: “(...) III. Mas, em matéria de direito ao silêncio e à informação oportuna dele, a apuração do gravame há de fazer-se a partir do comportamento do réu e da orientação de sua defesa no processo: o direito à informação oportuna da faculdade de permanecer calado visa a assegurar ao acusado a livre opção entre o silêncio - que faz recair sobre a acusação todo o ônus da prova do crime e de sua responsabilidade - e a intervenção ativa, quando oferece versão dos fatos e se propõe a prová-la: a opção pela intervenção ativa implica abdicação do direito a manter-se calado e das consequências da falta de informação oportuna a respeito” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 78.708-SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 16/04/99, inf. n. 145/99).

Nesse caso, urge investigar critérios para a aferição do abuso. Não há dúvida de que a parte que abusa do direito de defesa atenta contra a administração da Justiça e contra a efetividade do processo¹²⁸⁹, devendo, portanto, ser sancionada a perda dos frutos que planejava obter com a prática abusiva¹²⁹⁰. Contudo, é preciso determinar critérios para que se execute a privação das vantagens almejadas com a realização do ato abusivo.

A doutrina se divide entre os critérios subjetivos e objetivos. Para a corrente subjetivista, a caracterização do abuso depende do reconhecimento do elemento volitivo, ou seja, da intenção do sujeito¹²⁹¹. Para os objetivistas, o abuso não depende da intenção de prejudicar terceiro, bastando que haja a comprovação do desvio de finalidade¹²⁹², independentemente do propósito de abusar do direito.

Os subjetivistas do passado prendem-se à identificação do elemento volitivo da conduta abusiva, contudo a teoria evoluiu em recusa às falhas deste modelo. Quanto à determinação do dolo processual, o próprio Stefano Costa entendeu que a investigação da *intenção* ajusta-se mesmo à seara moral, sendo então preferível definir o dolo segundo uma ação do agente (critério objetivo)¹²⁹³ capacitada para alterar a prestação jurisdicional. Este raciocínio também vale à teoria do abuso de direito de defesa, admitindo-se que a prática abusiva tem por função precípua a de retardar a prestação jurisdicional.

No direito alemão, o abuso recobra não apenas o desvio da finalidade, mas ainda a ocorrência de dano¹²⁹⁴. Em regra, o ato abusivo dirige-se a uma finalidade aparente e legítima, porém que oculta um fim implícito e ilegítimo, muitas vezes, direcionado à protelação da causa ou à alteração dos fatos. O problema sucede porque a determinação da finalidade do agente não se reveste de meio eficaz de controle, uma vez que franqueia que ocorram abusos quando da averiguação do ato abusivo. Não obstante o ato defensivo tenha sido praticado com finalidade desviada, não necessariamente acontecerá algum dano ou prejuízo para o processo. É nesses termos que se desenvolve a teoria alemã.

Assim sendo, a caracterização do abuso depende do reconhecimento de que o direito em questão pertença ao acusado, e que o seu uso se desviou do exercício regular, atingindo-se

¹²⁸⁹ HASSEMER, Winfried. Op. cit., p. 123.

¹²⁹⁰ Ibid, p. 116.

¹²⁹¹ LIMA, Patrícia Carla de Deus. O Abuso de Direito de Defesa no Processo Civil: reflexões sobre o tema no direito e na doutrina italiana. "Revista de Processo". São Paulo, ano 30, n. 122, p. 93-129, abril/2005, p. 98.

¹²⁹² Ibid, p. 98.

¹²⁹³ COSTA, Stefano. Op. cit., p. 79. Em sua obra de 1930, o provector Stefano Costa surpreende ao desenvolver um estudo sobre o dolo processual ainda hoje em harmonia com a teoria processual. Assim, o Procurador real em Gênova entende que o dolo processual vitima a função judicial, na medida em que tem a capacidade de transformar ou degradar a prestação do jurisdicional (op. cit., p. 87).

¹²⁹⁴ LIMA, Patrícia Carla de Deus. Op. cit., p. 99.

um bem jurídico-penal¹²⁹⁵. Por isto, como leciona Hassemer, para que haja uma definição mais precisa do abuso, é necessário determinar os danos e prejuízos decorrentes da prática abusiva (critério objetivo), sem se limitar o julgador a expressões abstratas e pouco passíveis de controle, como a capacidade de trabalho e rendimento do tribunal¹²⁹⁶.

Assim, embora reconheça que a proibição do abuso afeta o regime de garantias processuais, não se faz arrazoado determinar uma proibição geral de abuso a partir de casos extremos de rara ocorrência¹²⁹⁷. Deste modo, para que se conheça o que se trata de exercício abusivo, é preciso ter como parâmetro o exercício usual do direito. Num caso concreto¹²⁹⁸, Winfried Hassemer exemplifica que se considerou abusivo o requerimento para a realização de 8.5000 diligências¹²⁹⁹, prática inteiramente dissociada do aceitável.

É preciso superar-se a corrente subjetivista, como condição de desenvolvimento da teoria¹³⁰⁰. O critério objetivo ganha a preferência da doutrina em função das dificuldades de se averiguar a finalidade do agente, como também ante a impossibilidade de se determinarem limites perceptíveis ao exercício das garantias, a partir dos quais ocorreria o abuso¹³⁰¹.

Para atingir um valor ou um desvalor, como o retardo processual, o sujeito processual precisa escolher os meios necessários à realização do fim. Porém, os meios não são escolhidos aleatoriamente. Não surtirá efeito, por exemplo, lançar mão do habeas corpus para discutir questão aprofundada de prova, quando se sabe que os tribunais rejeitam tal medida. Quando a parte pretende realizar um fim defensivo, em princípio, somente deve procurar empregar os meios disponíveis pelo ordenamento, aumentando, assim, as chances de sucesso. No caso do direito processual penal, dado o caráter de relevo dado ao direito de defesa, não seria difícil encontrar meios que permitem cumprir abusivamente a defesa protelatória. Isto é, sob a guarita da defesa, o acusado pode esforçar-se por violar a cláusula da duração razoável do processo, muitas vezes contando com a colaboração do juiz, alheio aos verdadeiros fins

¹²⁹⁵ HASSEMER, Winfried. Sobre el Ejercicio Abusivo de los Derechos. In: GUZMÁN DALBORA, José Luis (Coord.). "El Penalista Liberal". Buenos Aires: Hammurabi, 2004, pp. 121 e 127.

¹²⁹⁶ Ibid, p. 125.

¹²⁹⁷ Ibid, p. 127.

¹²⁹⁸ BGHSt, 38, 111 (112). Conforme já houve oportunidade de decidir o Tribunal Constitucional alemão (Sentença de 6 de abril de 2000, 1 StR 502/99, NJW, 2000, p. 2217), o advogado extrapola a sua prerrogativa de defensor quando realiza ato desnecessário à defesa de seu cliente, buscando atingir outros fins, muito embora – reconheça-se – se faça muito difícil saber quando o advogado se desvia dos fins úteis à defesa (HASSEMER, Winfried. Op. cit., p. 117).

¹²⁹⁹ Ibid, p. 122. Hassemer, que é membro do Tribunal Constitucional alemão, também adianta que se abusa do direito de petição por meio de inúmeros pedidos enviados sucessivamente (op. cit., p. 120).

¹³⁰⁰ LIMA, Patrícia Carla de Deus. Op. cit., p. 100.

¹³⁰¹ HASSEMER, Winfried. Op. cit., p. 127.

que se obscurecem diante legitimidade aparente do manejo da regular técnica processual defensiva.

No entanto, até a fase de escolha dos meios defensivos, não será possível reputar, aprioristicamente, o ato de abusivo, muito embora já existente a intenção de obstruir o processo. Sob esse aspecto, para que o ato seja reconhecido como abusivo, será preciso o cumprimento da fase de realização, quando então a finalidade pode ou não se concretizar.

Importa enfrentar a questão à luz da proteção de bens jurídicos, como pretende Hassemer. Para este autor, o abuso de direito não se resolve pela identificação da finalidade, critério segundo ele de cunho subjetivista, mas sim pela efetiva violação de bens (critério objetivo). Também percebemos que analisar o tema do abuso apenas sob a ótica finalista não resolve todos os problemas. Penso na hipótese, a título de exemplo, em que a parte, estritamente com o fim protelatório, arrola, tempestivamente, três testemunhas residentes noutra Comarca. Ainda que seja esta a sua finalidade, o emprego do meio foi adequado para protelar o processo, mas não entendemos que, por si só, ocorra a violação abusiva de um bem jurídico-penal. Mesmo que condenável a prática, está dentro dos limites razoáveis da defesa protelatória.

Vale dizer que o abuso somente deve ser identificado no caso concreto¹³⁰², tendo como parâmetro as circunstâncias de casos análogos. De outra parte, parece acertada a orientação, segundo a qual o critério objetivo atende melhor à identificação do uso abusivo da defesa. Assim, embora o requerimento de audiência de três testemunhas tenha um fim não protegido pelo direito, qual seja, o de proteger a demanda não há como, objetivamente, registrar que a prática se concretiza no campo da realidade. Neste caso, os fins merecem uma repreensão moral, mas não digamos que seja razoável punir a intenção incapaz de se concretizar.

Seguindo esta linha de raciocínio, faz-se necessário patrocinar a teoria do abuso como um conflito de direitos, cabendo ao juiz o controle permanente mediante o emprego de técnica de ponderação de valores. O Direito Penal e o Processo Penal também se aproveitam do princípio da proporcionalidade, notadamente no campo da resolução dos conflitos oriundos do abuso do direito de defesa. Isto porque o princípio da proporcionalidade, assim como o da

¹³⁰² LIMA, Patrícia Carla de Deus. Op. cit., p. 128.

isonomia, são instrumentos úteis à harmonização de interesses conflitantes¹³⁰³, função ínsita ao Estado Constitucional de Direito.

Em sua tríplice composição¹³⁰⁴, destinada à otimização máxima dos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade permite uma adequação entre o meio defensivo empregado e o fim almejado. Conseqüentemente, poderá haver abuso se o meio não for adequado para a realização da defesa penal ou se existir outro meio menos gravoso, capaz de produzir os mesmos fins defensivos. A própria afinidade entre o direito processual e o direito material enseja uma relação de proporcionalidade, de modo que o processo não pode se tornar um fim em si mesmo¹³⁰⁵.

Em sentido amplo, abusa-se da defesa quando se escolhe a maneira mais onerosa para a obtenção de um resultado¹³⁰⁶, incidindo-se em figuras delitivas¹³⁰⁷ ou em meras fraudes processuais. Em um sentido estrito, o ato abusivo é aquele próprio da temeridade ou que se desvia de seu fim; trata-se do uso de uma faculdade, aparentemente amparada pelos princípios da ampla defesa e do contraditório, mas se desviando da finalidade legal¹³⁰⁸.

8.5. A conduta exclusiva da defesa como critério justificador da demora processual. Uma revisão da Súmula n. 64 do Superior Tribunal de Justiça. Parâmetros à configuração do abuso do direito de defesa

Outra questão com a qual deparamos é se poderia ser reputado de abusivo um ato defensivo deferido pelo Estado-Juiz. Noutras palavras, o tribunal poderia indeferir o pedido de liberdade, por excesso de prazo, sob a alegação de que o excesso se dá em razão de prova requerida pelo réu? Poderíamos então perguntar: O ato do juiz que, atendendo ao requerimento da defesa, defere a produção de 8.500 diligências pode ser reputado como parte do direito, mesmo sabendo que, diante do caso concreto, possui um fim inteiramente imoral, totalmente dissociado do razoável? A defesa poderia se valer da demora causada pela prática

¹³⁰³ GUERRA FILHO, Willis Santiago. "Processo Constitucional e Direitos Fundamentais". 5ª ed., São Paulo: RCS, 2007, p. 83.

¹³⁰⁴ Proporcionalidade em sentido estrito; princípio da adequação e princípio da exigibilidade ou máxima do meio mais suave (GUERRA FILHO, Willis Santiago. Op. cit., p. 88).

¹³⁰⁵ *ibid*, p.100.

¹³⁰⁶ LUCAS SOSA, Gualberto. Abuso de Derechos Procesales. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa (Org.). "Abuso dos Direitos Processuais". Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 58.

¹³⁰⁷ *Ibid*, p. 52.

¹³⁰⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Abuso de Direito Processual no Ordenamento Jurídico Brasileiro. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa (Org.). "Abuso dos Direitos Processuais". Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 111.

das diligências para imputar ao Estado o abuso, a ponto de justificar a revogação de sua prisão preventiva? Será que o juiz é mesmo capaz de deitar sobre o ato defensivo abusivo o manto sagrado da legitimidade? Não seria o caso de pensarmos apenas que o juiz confere ao ato a aparência de legalidade? O ato judicial de deferir uma diligência requerida pela defesa afasta a sua natureza abusiva?

A Súmula n. 64 do Superior Tribunal de Justiça apregoa que não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução, provocado pela defesa. Em termos genéricos, a súmula encerra um modelo hermenêutico muito simples, que se presta a resolver uma gama de problemas resultantes do abuso de direito de defesa. De toda forma, ainda que não seja possível desde já advogar a sua revogação, uma vez que a súmula pode ser útil para uma parte considerável de casos, também não ignoramos a sua inadequabilidade para fundar uma teoria do abuso do direito de defesa.

Com efeito, essa súmula somente vem a confirmar a nossa tradição jurídica para incluir as diligências requeridas pela defesa como motivo justificador do excesso de prazo para a conclusão da instrução processual¹³⁰⁹.

Percebo ser imprescindível revisar a orientação jurisprudencial que recepciona a conduta da defesa como justificativa ao excesso de prazo processual. Com efeito, é comezinho encontrar quem patrocine que o retardo processual decorrente do exercício da defesa impeça a suscitação do constrangimento ilegal. Assim, tem-se entendido que não se justifica a alegação de excesso de prazo quando a demora fora ocasionada, exclusivamente, por motivo de realização de ato requerido pela defesa, para o qual não tenha concorrido o Ministério Público ou o juízo¹³¹⁰.

Imaginemos uma carta precatória expedida para a coleta de depoimento de uma testemunha arrolada pela defesa. Em princípio, a defesa não poderia suscitar excesso de prazo em função do retardo processual que o ato causa. Contudo, se a carta precatória extrapola os limites razoáveis para o seu cumprimento, não há dúvida de que a demora para o seu cumprimento, além do tempo razoável, poderá justificar a alegação do constrangimento ilegal. Cabe aceitar o excesso de prazo quando ocorrer dilação indevida para o cumprimento da prova requerida legitimamente pela defesa.

¹³⁰⁹ Cf. FARIA, Bento de. “Código de Processo Penal”. V. 2, 2ª ed., Rio de Janeiro: Record., 1960, p. 118.

¹³¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. JSTJ n. 8/236. Sobre este e outras decisões de conteúdo semelhante, cf. MIRABETE, Julio Fabbrini. “Código de Processo Penal Interpretado”. 9ª ed., São Paulo: Atlas, 2002, p. 1714.

Noutro aspecto, a defesa não pode beneficiar-se da alegação de excesso de prazo para a conclusão da instrução quando pratica ato abusivo, causador da demora. Desta forma, a fuga ou a obstrução probatória do réu são consideradas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos como justificativas à decretação da prisão preventiva¹³¹¹. Assim, a dilação indevida do processo pode ocorrer quando há abuso de defesa ou mesmo o seu legítimo exercício.

Da mesma forma, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos não leva em conta apenas o fator tempo para a determinação do direito à duração razoável do processo. Como o tribunal adotou a doutrina do não-prazo – assim como o Brasil –, a razoabilidade da duração do processo depende do reconhecimento de várias circunstâncias, tais como complexidade da causa, conduta das partes e dos órgãos estatais (caso *König*, de 10 de março de 1980).

Especificamente em relação à conduta do acusado, aquele Tribunal tem entendido que emprego dos meios recursais cabíveis não justifica a demora processual. A demora causada pelo uso legítimo dos recursos legais deve ser atribuída ao Estado, não sendo justo penalizar o acusado por ter utilizado os meios de revisão que o próprio Estado colocou à sua disposição. Nestes termos, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal, o fato de o acusado manejar “recursos, tidos por protelatórios, no interesse de sua defesa”, não justifica a decretação de prisão cautelar¹³¹². De fato, deve reprovar-se o ato da defesa que abusa dos recursos protelatórios, retardando o pronunciamento judicial¹³¹³, mas daí não se infere que por tal motivo se explica a regressão cautelar do acusado.

No caso *Martins Moreira*, o Tribunal Europeu reconheceu que o Estado de Portugal se responsabiliza pela demora injustificada em função da inércia de qualquer dos Poderes da República, de modo que não importa se a demora decorreu de uma falta de ação do Poder Legislativo ou do Poder Executivo¹³¹⁴. Por isto, espera-se do juiz da contemporaneidade um comportamento ativo, em virtude do qual este agente não pode esperar pela ação do Poder Executivo ou Legislativo, a fim de que os direitos fundamentais sejam realizados¹³¹⁵.

¹³¹¹ PLAT, Gustavo. *Defensa Pública en la Etapa de Ejecución Penal y Garantías durante la Prisión Preventiva*. “Talleres Regionales: Foro Internacional: Justicia y Derechos Humanos”. Lima: Ceas, 1999, p. 229-240.

¹³¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 81.026-AM, Rel. Min. Néri da Silveira, inf. n. 240/01.

¹³¹³ PAES, Sara Maria Ströher. *Direito a ser ouvido em um Prazo Razoável: morosidade da justiça segundo a ótica do Tribunal Europeu de Direitos Humanos*. “Revista de Informação Legislativa”, Brasília: Senado Federal, ano 34, n. 135, p. 225-235, julho/setembro de 1997, p. 232.

¹³¹⁴ *Ibid*, p. 233.

¹³¹⁵ DELGADO, José Augusto. *Acesso à Justiça - um Direito da Cidadania*. “Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva”. Brasília, volume 9, n. 1, p. 1-71, jan.-jun, 1997, p. 23

Por certo, a defesa não pode ser penalizada simplesmente por ter empregado meios disponíveis legalmente. Por outro lado, quando a própria legislação torna-se causa do abuso, cabe empregar-se o devido processo penal substantivo para impedir os fundamentos do abuso. Viola este princípio um texto legal que extrapola os limites da defesa, como, por exemplo, uma lei que admita, em nome da defesa, a audiência de milhares de pessoas ou que aceite a duração da fase de defesa indefinidamente.

8.6. O abuso da condição de advogado. A autonomia da defesa técnica como condição do exercício do direito de defesa efetivo e o problema do controle da origem ilícita dos honorários advocatícios

A idéia autoritária do defensor como auxiliar da justiça descende do Estado nacional-socialista. A Itália fascista e a Alemanha nazista editaram leis que conferiam ao defensor um papel de mero auxiliar da administração da justiça¹³¹⁶. Os resquícios desse modelo autoritário marcaram inúmeros outros sistemas legais. Até a reforma de 1988, a Argentina também reproduzia o modelo de defesa técnica como auxiliar da justiça¹³¹⁷.

Na medida em que o Estado de Direito se fortalece, mais independência se assegura ao defensor. Porém, em vista dessa independência profissional, falta saber se o advogado está inteiramente desobrigado de prestar contas de sua atuação profissional. É possível impor limites ao seu mandato?

¹³¹⁶ TINEDO FERNÁNDEZ, Gladys. La Defensa en el Proceso Penal. “Capítulo Criminológico. Revista de las disciplinas del control social”. Maracaibo/Venezuela: Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad del Zulia, ISSN 798-9598, v. 22, p. 185-206, 1994, p. 193.

¹³¹⁷ LÓPEZ PULEIO, Maria Fernanda; GONZÁLEZ ESPUL, Estela; SARA PEÑA, GUZMÁN et al. Los Cuadernos de la Defensa: la defensa oficial en el nuevo código procesal penal de la Provincia de Buenos Aires, Argentina. “Periódico Pena y Estado”. Buenos Aires, v. 5, fascículo 5, p. 243-265, 2002, p. 246. Em razão de tais influxos autoritários, antes da reforma processual de 1983, a legislação espanhola também exigia a nomeação de defesa técnica somente quando o acusado solicitasse atuação, o que fora reconhecida como válido pelo tribunal constitucional (STC 175/85). Hoje, urge obrigatória a assistência de defensor técnico no processo penal espanhol, desde que a causa esteja em um estágio onde seja necessária a intervenção do defensor (STC 134/86) (MONTES REYES, A. Problemática del Derecho de Defensa en el Proceso Penal Español. “Periódico Actualidad Penal”. Madrid: Actualidad Editorial, fascículo 2, p. 2039-2046, 1989, p. 2044-5). O Tribunal Constitucional espanhol decidiu, na STC n. 29/95 que o direito de autodefesa se exerce de forma autônoma em relação à defesa técnica. Portanto, quando se trata do direito de defesa, deve-se levar em consideração o parâmetro da autodefesa e o da defesa técnica (OÑA NAVARRO, Juan Manuel de. El derecho de defensa en la fase de instrucción del proceso penal en la doctrina del Tribunal Constitucional. In: COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel (Dir.). “Constitución y Garantías Penales”. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2004, p. 175).

De fato, a jurisprudência pátria já se inclinou, em diversos casos, para conter o abuso da condição de advogado¹³¹⁸. No entanto, ainda não se deu importância ao controle das origens dos honorários advocatícios. Afinal, o recebimento dos honorários por defensores é assunto controverso desde a Antigüidade. Em Roma, ainda em 204 a. C., uma lei proibia o pagamento pela defesa das causas judiciais. No tempo de Cícero (106–43 a. C), o defensor não tinha o direito de exigir remuneração por seus serviços, mas a parte poderia dar-lhe os honorários em sinal de gratidão¹³¹⁹. Maurice Garçon lembra que, no ano 549, chegou-se a proibir que os defensores romanos recebessem qualquer recompensa, mas, de fato, a lei nunca teria sido cumprida efetivamente¹³²⁰.

Grosso modo, a obtenção de honorários como lavagem de capital consolida uma prática de múltipla autoria delitiva, não raro encoberta por complexos processos financeiros. Dessa forma, a macrocriminalidade serve-se de obscuros mecanismos para conferir a aparência legal ao dinheiro obtido com o produto do crime, não se contestando que, muitas vezes, o dinheiro ilícito destina-se ao pagamento de honorários advocatícios¹³²¹, dando respaldo à continuidade das atividades ilegais. Seguindo uma tendência internacional, o Brasil adotou a Lei n. 9.613/98, que trata dos crimes de lavagem de capitais, mas resta explicar se o advogado que recebe honorários provenientes de origem ilícita comete delito de lavagem de dinheiro.

Nesse particular, as prerrogativas do advogado estão em situação de aparente conflito com leis voltadas ao combate da lavagem de dinheiro¹³²². Para compreender a complexidade dessa questão, chamando atenção para a carência de qualquer concessão legislativa, é preciso enfrentar a situação do advogado que recebe dinheiro de origem não comprovada para pagamento de honorários. Isto é: a conduta do advogado estaria amparada pela liberdade do

¹³¹⁸ No julgamento de ADI, o STF entendeu como inconstitucionais vários dispositivos do Estatuto dos Advogados (Lei n. 8.906/94), claramente limitando o uso abusivo da condição de advogado. Pela decisão, foram consideradas inconstitucionais, v.g., a norma que dava imunidade material quanto ao crime de desacato (§ 2º, art. 7º) e a que garantia a sustentação oral depois do relator (inc. IX, art. 7º), como também a que permitia à Ordem dos Advogados o controle sobre as salas de advogados (§ 4º, art. 7º). Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 1105/DF e ADI n. 1127/DF, Rel. orig. Min. Marco Aurélio, Rel. para o acórdão Min. Ricardo Lewandowski, 17/5/2006, inf. n. 427/06.

¹³¹⁹ CICERÓN. “Sobre los Deberes”. Trad. José Guillén. Tecnos, 1989, p. 179. Adverte o próprio Cícero que este sistema trazia inconvenientes porque os poderosos, quando defendidos, não gostavam de ficar defendendo favores aos advogados. Por outro lado, quando um advogado defende um pobre, todos os outros pobres recorrem a ele, vendo nele uma proteção. Mesmo assim, Cícero prefere os homens sem dinheiro ao dinheiro sem homens. Todas estas constatações permanecem atuais (op. cit., p. 181).

¹³²⁰ “O Advogado e a Moral”. 2ª ed., Trad. A. S. Madeira Pinto. Coimbra: Armênio Amado, 1963, p. 138-9.

¹³²¹ ILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SCHORSCHER, Vivian Cristina. A Lavagem de Dinheiro e o Livre Exercício da Advocacia: condutas neutras e a indagação quanto à jurisprudência condenatória. “Ciências Penais”. São Paulo, v. 2, fascículo 2, p. 143-167, jan.-jun./2005, p. 147.

¹³²² *Ibid.*, p. 144.

exercício profissional? Até que ponto a tipificação desta conduta afetaria o direito de defesa e o direito de livre escolha de um advogado?

Internacionalmente, tem havido uma tendência para a imposição de limites à atuação do advogado. Muito embora não seja a advocacia utilizada como principal meio de lavagem de capitais, há uma preocupação, na Europa e, especialmente, na Espanha e na Alemanha, com relação à aplicação de leis de lavagem de capitais aos advogados. Às vezes, esses profissionais são cooptados por organizações criminosas com o fim de agir sob o pálio das prerrogativas, não sendo absurdo – como afirma Mercedes Pérez Manzano – reconhecer que escritórios de advocacia se tornaram em centrais de lavagem de capitais em muitos países¹³²³. Na Alemanha, a doutrina se divide. Para uns, a prática de lavagem de dinheiro por meio do pagamento de honorários, atinge o poder do Estado de confiscar os bens produto de crime, enquanto outros defendem a criminalização da conduta do advogado em função da necessidade de impedir a continuidade ou o financiamento da prática delituosa¹³²⁴.

Também se divide a jurisprudência alemã quanto aos mecanismos probatórios necessários à caracterização da lavagem de dinheiro pelo advogado. Num caso de 6.1.00, o Tribunal de Apelação de Hamburgo (OLG) absolveu um advogado do crime de lavagem de dinheiro, sob o argumento de que seria necessária a prova de que o dinheiro dos honorários advocatícios retornara para o cliente. De fato, este posicionamento ingênuo e restritivo mereceu as críticas da doutrina, notadamente porque a legislação alemã não previa tal exigência¹³²⁵.

Segundo cremos, o grande empecilho à questão reside na possibilidade de se restringir drasticamente o exercício da ampla defesa, impedindo o patrocínio de advogados particulares, quando a parte não obtém meios para demonstrar a licitude de seu patrimônio. Com efeito, também não se pode esperar a inconstitucionalidade dos dispositivos criminalizadores da lavagem de dinheiro quanto aos advogados, concedendo um caráter absoluto ao direito de defesa ou admitindo como atípica a sua conduta, em razão de seu caráter socialmente adequado. Por outro lado, também não entendemos razoável impor o

¹³²³ PERÉZ MANZANO, Mercedes. Los Derechos Fundamentales al Ejercicio de la Profesión de Abogado, a la Libre Elección de Abogado y a la Defensa y las Conductas Neutrales: la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 30 de marzo de 2004. In: “Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo”. Navarra: Aranzadi, Thomson Civitas, 2005, p. 822.

¹³²⁴ ILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SCHORSCHER, Vivian Cristina. Op. cit., p. 150.

¹³²⁵ Ibid, p. 154.

patrocínio obrigatório da assistência jurídica estatal, sempre que o acusado deixar de comprovar as origens lícitas dos honorários¹³²⁶.

No mundo real, não faltam protestos contra a criminalização da conduta do advogado por lavagem de dinheiro. Os mais diversos recursos lingüísticos são utilizados em favor de uma concepção democrática de outorga de privilégios a determinados agentes ou, noutras palavras, fazendo-se inerte o Estado de Direito, em função do carácter absoluto da garantia de defesa¹³²⁷. No Estado Constitucional de Direito, ninguém pode conservar o status de inocência absoluta, muito menos se deve admitir o enriquecimento de alguém sem justa causa, com a intenção de se assegurar o direito de defesa de terceiro¹³²⁸. A presunção de honorabilidade do advogado não se intervém absolutamente, tampouco justifica que aquele profissional se coloque acima da lei. Nem mesmo a sagrada cláusula de inviolabilidade do escritório advocatício está isenta de busca e apreensão em hipóteses excepcionais¹³²⁹.

Todavia, a possibilidade da criminalização por lavagem de dinheiro não impede, por si só, que o advogado receba honorários ou que patrocine a defesa de alguém, exceto se o profissional não estiver promovendo a defesa gratuitamente e conhecer ou tiver fundadas razões para saber da origem ilícita dos honorários pagos.

O confronto com toda essa problemática pode dar-se a partir do estudo de um julgado do Tribunal Constitucional alemão, detidamente exposto por Mercedes Pérez Manzano¹³³⁰. No caso, dois advogados foram condenados por delito de lavagem de capitais (art. 261.2.1 do Código Penal alemão). Mesmo sabendo que o dinheiro dos honorários

¹³²⁶ Ibid, p. 156.

¹³²⁷ Inocêncio Mártires Coelho é um desses autores. São suas palavras: "Deve situar-se o direito à preservação do sigilo profissional como especificação histórica do direito de liberdade – no particular aspecto das relações entre o advogado e o seu cliente e da garantia constitucional da ampla defesa –, posto a salvo, em qualquer das suas dimensões, contra toda regulação que, em concreto, possa afetar aquele núcleo essencial" (O Sigilo Profissional nos Crimes de Lavagem de Dinheiro: tópicos para uma discussão no marco do Estado de Direito. "Notícia do Direito Brasileiro". Brasília, fascículo 8, p. 239-248, 2001, p. 242). Por violar o sigilo profissional, o autor considera inconstitucional o art. 9º, parágrafo único, IX, c/c arts. 10 e 11, da Lei n. 9.613/98, que obrigaria o advogado de comunicar aos órgãos de fiscalização financeira a realização de determinadas transações (op. cit., p. 243). Penso que seria possível admitir uma interpretação conforme a Constituição, de modo que o advogado não fosse obrigado a prestar comunicações a respeito do fato objeto de sua defesa, podendo limitar-se as comunicações à esfera estrita do contrato de honorários advocatícios.

¹³²⁸ Os crimes contra ordem tributária também não estão no rol dos crimes antecedentes da lavagem de dinheiro justamente porque não representam aumento de patrimônio do agente (CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer. Crimes Antecedentes e Lavagem de Dinheiro. "Revista Brasileira de Ciências Criminais". São Paulo, v. 12, fascículo 47, p. 46-59, mar.-abr./2004, p. 49).

¹³²⁹ GARÇON, Maurice. "O Advogado e a Moral". 2ª ed., Trad. A. S. Madeira Pinto. Coimbra: Armênio Amado, 1963, p. 101.

¹³³⁰ Segundo registra Mercedes Pérez Manzano, um dos temas mais palpitantes do direito alemão e espanhol tem sido a questão das ações "neutras" ou "cotidianas", as quais são aquelas que constituem condutas de entrega de objetos, transmissão de informações ou prestação de serviços, como atividades inerentes a uma profissão ou como resultado das relações sociais, "y que son realizadas con conocimiento de la finalidad delictiva con la que va a ser utilizado el objeto de intercambio" (op. cit., p. 789).

provinha de um crime financeiro, os advogados aceitaram o patrocínio da defesa, com o pagamento dos honorários respectivos.

A partir desse julgamento, a jurisprudência alemã se reorientou para admitir a condenação do advogado por lavagem de dinheiro, quando demonstrado que o profissional conhecia ou tinha meios para conhecer a origem ilícita dos valores utilizados para o pagamento de seus honorários¹³³¹.

No caso, o Tribunal de Frankfurt absolveu os advogados. Em recurso de cassação, o Tribunal Supremo Alemão (4 de julho de 2001) entendeu que a tipificação delitiva não violava o direito fundamental de exercício de profissão, nem ao direito de livre escolha do defensor, tornando sem efeito a absolvição. Houve recurso de ambas as partes. Para os advogados, a presunção de inocência do cliente impedia que eles duvidassem da origem do dinheiro dos honorários, assim, a condenação dos defensores somente se justificaria se existisse uma sentença condenatória contra o cliente, a justificar a suplantação do estado de inocência, o que não acontecia no caso.

Em decisão 15 de fevereiro de 2003, o Tribunal Supremo condenou os acusados. Entendeu-se que a conduta dos advogados encobriu a origem delitiva do dinheiro e impediu que a importância fosse devolvida às vítimas¹³³². Antes ainda, considerou que o acusado que somente possui bens de origem delitiva deve ser equiparado ao acusado que não possui nenhum bem, a justificar a nomeação de advogado de ofício. Quanto ao estado de inocência, o princípio não assegura que o advogado sempre confie em seu constituinte¹³³³.

No recurso para o Tribunal Constitucional, os advogados alegaram violação ao livre exercício profissional e ao princípio do Estado de Direito. Argumentam que foi ignorado o aspecto institucional da defesa técnica, componente indissociável de um devido processo, notadamente porque, enquanto todo o acusado tem o direito de ser assistido por defensor técnico, também lhe é assegurado o direito ao silêncio no que corresponde à imputação. Segundo os advogados recorrentes, a orientação adotada pelo Tribunal Supremo impossibilita o estabelecimento de uma relação de confiança entre o defensor e o seu constituinte. Para os

¹³³¹ Cf. ILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SCHORSCHER, Vivian Cristina. Op. cit., p. 154.

¹³³² Aqui cabe lembrar Oña Navarro, que não esquece o posicionamento daqueles que defendem o direito de defesa em relação às vítimas dos crimes, mas, nesse caso, o direito de defesa não tem correspondência com o direito de defesa dos acusados (EI derecho de defensa en la fase de instrucción del proceso penal en la doctrina del Tribunal Constitucional. In: COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel (Dir.). "Constitución y Garantías Penales". Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2004, p. 165-238, p. 176).

¹³³³ PERÉZ MANZANO, Mercedes. Los Derechos Fundamentales al Ejercicio de la Profesión de Abogado, a la Libre Elección de Abogado y a la Defensa y las Conductas Neutrales: la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 30 de marzo de 2004. In: "Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo". Navarra: Aranzadi, Thomson Civitas, 2005, p. 795.

recorrentes, somente seria possível a condenação caso o cliente tivesse confessado ou sido condenado em sentença transitada em julgado¹³³⁴.

Em 30 de março de 2004, a segunda sala do Tribunal Constitucional alemão julgou o caso. Definiu que da garantia do livre exercício profissional decorre o direito de receber os honorários, mas o livre exercício não implica o exercício profissional livre de controles. A decisão fixou a possibilidade de se tipificar a conduta do advogado como lavagem de capitais. Segundo a sala do Tribunal, a tipificação da lavagem de capital pode constituir ofensa ao livre exercício da profissão e ao direito de defesa do acusado, especialmente no que tange à faculdade de escolher o advogado de preferência. No entanto, será possível a interferência em tais direitos fundamentais mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade, de modo que se justifica a interferência fundamental quando existir, por parte do advogado, o conhecimento da origem ilícita do dinheiro destinado ao pagamento de seus honorários¹³³⁵.

Verificou-se que as evidências do conhecimento por parte dos advogados restaram patentes, primeiro, porque seus clientes estavam impedidos de sacar dinheiro junto às instituições financeiras e, depois, porque elevada quantia dos honorários fora paga sem recibo e por uma empresa envolvida com o golpe.

O Tribunal Constitucional alemão reconheceu que o art. 12.1, GG, protege a relação de confiança entre o advogado e seu cliente; acrescentou mesmo que a defesa penal, como princípio do Estado de Direito e garantia fundamental do processo justo, assegura a igualdade de armas entre a acusação e a defesa¹³³⁶. Ainda ponderou que o direito de escolher o advogado de sua confiança integra a cláusula Estado de Direito, "siendo ello condición de la efectividad de la defensa, pues solo si puede contar con la confidencialidad del abogado se generará la relación de cofianza"¹³³⁷.

Para o Tribunal, o defensor corre o risco natural de ser objeto de persecução penal, não podendo exercer a sua profissão de forma livre e independente ou, em outras palavras, ficando impossibilitado de cumprir a função constitucional de defender os acusados. Assim, o Tribunal reconheceu que existe, em tais situações, um conflito de interesses evidente. O advogado – ao aceitar causas como a relatada – deve levar em consideração não apenas o interesse de seu cliente, mas também seus próprios interesses, uma vez que poderá incorrer na

¹³³⁴ Ibid, pp. 795-6.

¹³³⁵ Ibid, p. 791.

¹³³⁶ Ibid, p. 797.

¹³³⁷ Ibid, p. 797.

conduta típica de lavagem de capitais. Desta forma, será que o mandante pode confiar no advogado envolvido em tal situação de conflito?¹³³⁸

O Tribunal Constitucional também rejeita a solução dada pelo Tribunal Supremo no que toca à nomeação de advogado de ofício, preferindo entender que, antes do trânsito em julgado, não se pode equiparar o acusado sem recursos econômicos com o acusado apenas possuidor de bens de origem duvidosa¹³³⁹. Outrossim, reconheceu que o tipo penal possui uma finalidade constitucional legítima, decorrente de obrigações internacionais assumidas para combater o crime organizado, sendo de tal forma o delito eficaz. Em assim sendo, a proporcionalidade não recomenda que sejam excluídos totalmente os honorários advocatícios da esfera do tipo de lavagem de capitais¹³⁴⁰.

Dentre os vários argumentos deduzidos pelo Tribunal Constitucional, cabe recolher aquele que diz que a aceitação livre da defesa penal não apenas tem um componente individual (no interesse do advogado), mas também tem um componente institucional em interesse geral¹³⁴¹. Se os honorários fossem excluídos absolutamente da possibilidade de praticar a conduta de lavagem de capitais, haveria uma quebra de confiança do povo para com a integridade pessoal e profissional do advogado, em prejuízo da instituição da defesa penal. De fato, como aponta Pérez Manzano, reconhece-se que qualquer profissão está sujeita a ações delitivas conforme o contexto em que se insere o exercício profissional¹³⁴². Em última análise, reconheceu-se que "quem aceita uma defesa aceita, implicitamente, os riscos que ela comporta"¹³⁴³.

Para o Tribunal Constitucional, o advogado abusa de sua situação privilegiada no momento em que recebe os honorários, mesmo tendo conhecimento de sua origem ilícita, não cabendo à Constituição abrigar tais situações. E mais, o conhecimento da origem ilícita dos honorários não depende, exclusivamente da confissão do cliente ou do trânsito em julgado da sentença condenatória do cliente¹³⁴⁴.

Como se percebe, o tribunal realizou uma interpretação restritiva do tipo penal, de modo a considerá-lo apenas quando o advogado que tivesse conhecimento inequívoco da origem ilícita dos honorários. Por força do princípio da presunção de inocência, o simples fato

¹³³⁸ Ibid, p. 799.

¹³³⁹ Ibid, p. 800.

¹³⁴⁰ Ibid, p. 801.

¹³⁴¹ Ibid, p. 802.

¹³⁴² Ibid, p. 821.

¹³⁴³ GARÇON, Maurice. "O Advogado e a Moral". 2ª ed., Trad. A. S. Madeira Pinto. Coimbra: Armênio Amado, 1963, p. 76.

¹³⁴⁴ PERÉZ MANZANO, Mercedes. Op. cit., p. 803.

de o cliente estar respondendo a processo não leva à conclusão de que o advogado esteja praticando a conduta de lavagem de capitais. Como diz Pérez Manzano, o Tribunal Constitucional separa os indícios de autoria do crime praticado pelo cliente dos indícios do delito de lavagem de capitais praticado pelo advogado¹³⁴⁵.

Portanto, o advogado extrapola os limites do direito fundamental no momento em que recebe dinheiro sabendo de sua origem ilícita. Em síntese, a orientação firmada reconhece que o princípio da ampla defesa não confere autorização para o advogado receber honorários de fonte ilícita, uma vez que o dinheiro não está protegido pela garantia de defesa, mesmo porquanto não integra o patrimônio do acusado¹³⁴⁶.

Como se explana, a ação criminosa dos advogados não decorre de sua simples relação com o cliente, caso contrário haveria direta afronta ao direito de defesa. São os dados circunstanciais do caso, moldado pela recepção do dinheiro de origem ilícita conhecida, que integram o cerne da questão. Assim, se o cliente possui patrimônio de origem lícita, o recebimento de honorários está no espaço do permitido, exceto se houver outras circunstâncias que permitam o conhecimento da ilicitude. O mesmo já não acontece quando o cliente não possui patrimônio de origem lícita¹³⁴⁷, como no caso em estudo. Pelas suas particularidades, não houve dúvidas quanto ao conhecimento da ilicitude dos honorários¹³⁴⁸.

Voltando-se à lição de Maurice Garçon, convém entender que "o dever de assistência tem primazia sobre o recebimento dos honorários"¹³⁴⁹. Para esse efeito, se o advogado conhece a origem ilícita do dinheiro destinado ao pagamento dos honorários convencionados, deve declinar do seu recebimento. A assistência profissional prefere aos interesses financeiros; se os honorários não foram pagos ou não puderam ser pagos com proventos legítimos, sempre está aberta ao profissional a possibilidade de cobrá-los judicialmente¹³⁵⁰.

Em conclusão, o advogado não está inteiramente desobrigado de prestar contas de sua atuação profissional. No entanto, não satisfaz à tutela do direito à liberdade a proposta de se nomear, obrigatoriamente, um defensor dativo para quem não tiver condições de

¹³⁴⁵ Ibid, p. 812.

¹³⁴⁶ ILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SCHORSCHER, Vivian Cristina. Op. cit., p. 156.

¹³⁴⁷ PERÉZ MANZANO, Mercedes. Op. cit., p. 833.

¹³⁴⁸ Também deve ser destacado que os advogados pagaram a fiança do cliente. Para Pérez Manzano, a relevância penal do exercício das ações neutras ou cotidiano deve ser ouvida pelas regras da imputação objetivo. Para a autora, o conhecimento da ilicitude do dinheiro é o elemento de conexão necessária para a conduta ilícita segundo a teoria da imputação objetiva. Igualmente são necessários o reconhecimento de outras circunstâncias concretas e não somente do conhecimento da ilicitude (PERÉZ MANZANO, Mercedes. Op. cit., pp. 827 a 829).

¹³⁴⁹ Op. cit., p. 147.

¹³⁵⁰ CICERÓN. "Sobre los Deberes". Trad. José Guillén. Madrid: Tecnos, Alianza Editorial, 1989, p. 148.

comprovar a origem dos honorários advocatícios¹³⁵¹. Dessa forma, como tanto não se deve restringir o exercício da ampla defesa, como, por outro lado, não se aceita o enriquecimento sem justa causa por parte de advogado, cumpre perceber que, no Estado Constitucional de Direito, nenhuma atividade profissional está imune do poder punitivo. Logo, o advogado que recebe honorários de origem ilícita incorre nos riscos que a conduta representa, mas não se impede que ele exerça o patrocínio da causa, quando, desconhecendo a ilicitude da remuneração, o seu cliente possui patrimônio lícito suficiente para liquidar as despesas. Portanto, o crime no qual incorre o réu não vale, por si só, para presumir que o pagamento de honorários se deu com bens ilícitos.

De lege ferenda, será útil determinar-se limite-se máximos para a contratação de honorários, em função das dificuldades de se determinar a prova de lavagem de dinheiro por meio do estabelecimento do conhecimento da origem ilícita dos valores destinados aos honorários advocatícios.

¹³⁵¹ No Brasil, o Projeto de Lei n. 282/03 prevê que, em relação a alguns crimes, o acusado deve comprovar a licitude da importância destinada aos honorários advocatícios, do contrário o acusado deverá ser patrocinado por defensor dativo. Cf. LIMA, Fernando Antônio de. Projeto de Lei n. 282/2003, do Senado Federal: um novo atentado ao direito de defesa. “Boletim IBCCRIM”. São Paulo, v. 14, n. 169, p. 18-19, dez. 2006.

9. A CRISE DA VERDADE E SEUS REFLEXOS NO DIREITO DE DEFENDER-SE POR MEIO DA PROVA

"Aquele que se engana o faz quando a ciência o abandona".

PLATÃO, *A República*.

9.1. *A virada lingüística e a nova faceta da garantia de defesa. A defesa deixa de ser um idéia simples*

Sob certo conteúdo lingüístico, o direito de defesa está presente desde a retórica clássica, por volta de 485 a.C., quando Córax cria o primeiro manual da arte de bem argumentar. Na Grécia Antiga, o queixoso e o acusado apresentavam seus argumentos oralmente. Segundo se assinala, embora o manual traga as primeiras técnicas defensivas¹³⁵², Córax não cria a retórica, mas sistematiza seus princípios fundamentais, os quais permanecem, em linhas gerais até hoje inalterados.

Mas será em Roma que se desenvolve o dever cívico de defender¹³⁵³. De fato, como afirmara Cícero, a arte de falar está muito próxima da ciência jurídica¹³⁵⁴. O último grande orador da Antigüidade usa sua eloqüência tanto para acusar como para defender (sistema acusatório primitivo), nada obstante reconhecesse mais digno o exercício desta derradeira possibilidade, porque para ele a maior glória se alcança por intermédio da defesa, ainda mais quando operada contra os poderosos¹³⁵⁵.

Todos os tratados de retórica antiga dividiam as orações em demonstrativas, deliberativas e judiciais, sendo a última modalidade a das acusações e defesas em juízo¹³⁵⁶. No final do século XIX, Hugo Blair ainda mantém a oração judicial sob o nome eloqüência do foro, onde impera o fim de convencer mediante a demonstração do justo e verdadeiro. Ele distingue esta eloqüência da utilizada em "juntas populares", cujo fim é persuadir os ouvintes a que tomem alguma decisão, depois de convencê-los de que é boa a opção, dirigindo apelo à

¹³⁵² BRETON, Philippe. "A Manipulação da Palavra". Trad. Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Loyola, 1999, p. 48.

¹³⁵³ CICERÓN. "Sobre los Deberes". Trad. José Guillén. Madrid: Tecnos, Alianza Editorial, 1989, p. 74.

¹³⁵⁴ Ibid, p. 178.

¹³⁵⁵ Ibid, pp.167 e 169.

¹³⁵⁶ BLAIR, Hugo; SANCHES. "Curso Elemental de Retórica y Poética". Madri: Imprenta de la Publicidad, 1847, edição fac-similada, p. 97.

paixão e ao coração, tal qual ao entendimento¹³⁵⁷. Por isto, Cícero justifica que enquanto o juiz deve buscar a verdade, ao advogado resta o esforço para demonstrar a verossimilhança¹³⁵⁸. No Tribunal do Júri, a essência da defesa circunda em torno desse fundo retórico antigo.

A retórica começa a perder importância no instante em que se associa à arte de falar bem. Chega assim ao séc. XX sem estima acadêmica. Muito embora, mesmo em Aristóteles, fosse a retórica uma teoria do raciocínio argumentativo, já se criticava neste tempo, o convencimento a qualquer custo. Contemporaneamente, ela reassume o seu valor, notadamente a partir dos estudos de Chaim Perelman¹³⁵⁹.

O certo é que, mesmo na Antiguidade, a linguagem aprimora-se com o objetivo de satisfazer, cada vez mais, a precisão da comunicação e do conhecimento. Entre os pré-socráticos, Heráclito (535–475 a.C.) explorava que a sabedoria e a verdade dependiam da palavra articulada pela fala. "Estão iludidos os homens quanto ao conhecimento das coisas visíveis", afirmava¹³⁶⁰. No entanto, a primeira obra filosófica da linguagem somente surge com Platão (Crátilo), de onde provém a essência dos jogos de linguagem – a discussão entre palavra e coisa¹³⁶¹.

Na Modernidade, John Locke (1632–1704) não somente funda a teoria do conhecimento¹³⁶², mas inicia a busca do verdadeiro tirando proveito do legado da linguagem. A partir dele, eleva-se a *semeiotiké* à categoria de ramo das ciências¹³⁶³, razão pela qual “o uso correto dos sinais com vistas ao conhecimento” aparece com uma das “províncias do mundo intelectual”¹³⁶⁴.

¹³⁵⁷ Ibid, p. 100.

¹³⁵⁸ Cícero assim afirma: "En las causas el juez deve buscar la verdad, el patrono debe defender lo verosímil, aunque no sea tan verdadero" (op. cit., p. 169).

¹³⁵⁹ BRETON, Philippe. Op. cit., pp. 133 e 135.

¹³⁶⁰ MILETO, Tales de; MILETO, Anaximandro de; MILETO, Anaxímenes de; et al. "Os Pré-Socráticos: fragmentos, doxografia e comentários". Trad. José Cavalcante de Souza, Anna Lia Amaral de Almeida Prado, Ísis Lana Borges et al. São Paulo: Nova Cultura, 2000, p. 93. Como assegura Xenófanes (571–480 a. C.), a consciência de opinião e a incerteza das coisas brotam nesse período, porque, "ninguém jamais soube algo claro, nem jamais o saberá" (op. cit., p. 93).

¹³⁶¹ GADAMER, Hans-Georg. "Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica". 7ª. ed., Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2005, p. 525. Segundo Platão, o discurso se opera por meio da nomeação das coisas, sendo que devemos nomear as coisas como são e não como nos convém ("Crátilo". Trad. Maria José Figueiredo. Lisboa: Instituto Piaget, s. d., p. 48).

¹³⁶² Cf. HESSEN, Johannes. "Teoria do Conhecimento". Trad. João Virgílio Gallerani Cuter. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.14.

¹³⁶³ LOCKE, John. "Ensaio acerca do Entendimento Humano". Trad. Anuar Alex. São Paulo: Nova Cultura, 2000, p. 315.

¹³⁶⁴ Ibid, p. 316. Locke impugna então a perfeição da palavra para transmitir idéias: "Os sons não têm uma conexão natural com nossas idéias, mas todos têm seu significado devido à arbitrária imposição dos homens, a dúvida e incerteza de seu significado, que consiste na imperfeição de que estamos falando, tem sua causa mais

Desde então, a inexistência de significações precisas para delimitar o nome tem sido uma das inquietações do conhecimento lingüístico. George Berkeley (1685–1753) avaliava a idéia de uma coisa com significado diverso da mesma idéia quando escrita¹³⁶⁵. Efetivamente, a palavra escrita – *v.g.*, nos autos de um processo – pode adquirir significado distinto de quando fora pronunciada. Por isto, o intérprete deve estar atento às diferentes etiquetas que recebem as coisas, conforme o contexto em que se emprega cada palavra¹³⁶⁶.

Como as palavras não manifestam pensamentos tais como os números¹³⁶⁷, corremos o risco de dar mais importância ao nome do que, propriamente, ao sentido das coisas, em função de que – explica Nietzsche (1844–1900) – para inventar coisas novas, basta “criar nomes novos, apreciações e probabilidades novas”¹³⁶⁸. Com a mesma profundidade, Blaise Pascal (1623–1662) completa que somente os sábios compreendem as diferenças possíveis entre as palavras semelhantes¹³⁶⁹.

As palavras são os veículos das idéias¹³⁷⁰. Neste contexto lingüístico, a hermenêutica nasce como ciência cujo objeto atende à interpretação da palavra. A origem remota da hermenêutica, todavia, emana de um ramo teológico, destinado à compreensão dos textos sacros, e de outro filológico, voltado aos textos literários¹³⁷¹. Não obstante o avanço sistêmico dado com Lutero (1483–1546) – ao reorientar a compreensão dos escritos bíblicos com vistas a adequar o sentido unitário das partes aos objetivos do conjunto¹³⁷² – somente no séc. XVIII, os intérpretes submetem o ofício de compreender a palavra divina ao contexto histórico no

no significado das idéias que em qualquer incapacidade existente num som mais do que em outro para dar a entender qualquer idéia, já que com respeito a isso são todos igualmente perfeitos” (op. cit., p. 188). Segundo ele, as palavras são imperfeitas (a) quando as idéias que exprimem são complexas; (b) quando inexistem modelos prévios na natureza para se relacionarem com elas ou (c) quando o modelo não são reconhecidos facilmente e (d) quando o significado delas não equivale a “essencial real da coisa” ou quando (LOCKE, John. Op. cit., p. 188).

¹³⁶⁵ "Tratado sobre os Princípios do Conhecimento Humano; Três Diálogos entre Hilas e Filonous em Oposição aos Céuticos e Ateus". Trad. Anônio Sérgio. São Paulo: Nova Cultura, 2005, p. 19 e 22. Henri Bérson divide a obra de Berkeley em quatro teses fundamentais, a saber: a primeira ligada à nova teoria da visão; a segunda defendendo que “as idéias abstratas e gerais se reduzem a palavras” (nominalismo); a terceira trata da realidade dos espíritos e a última “põe a existência de Deus fundando-se principalmente na consideração da matéria” (“Cartas, Conferências e outros Escritos”. Trad. Franklin Leopoldo e Silva. São Paulo: Nova Cultura, 2005, p.87).

¹³⁶⁶ "Em tudo se cola a opinião", arremata Xenófanes (MILETO, Tales de; MILETO, Anaximandro de; MILETO, Anaxímenes de; et al. Op. cit., p. 78).

¹³⁶⁷ HOBBS, Thomas. “Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil”. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultura, 1988, p. 46. Sobre o emprego de palavras como números em Platão: GADAMER, Hans-Georg. Op. cit., p. 533.

¹³⁶⁸ NIETZSCHE, Friedrich. "A Gaia Ciência". Trad. Antonio Carlos Braga, São Paulo: Escala, 2006, p. 80.

¹³⁶⁹ "Do Espírito Geométrico; Pensamentos". Trad. Antonio Geraldo da Silva. São Paulo: Escala, 2006, p. 40.

¹³⁷⁰ Cf. ROUSSEAU, Jean-Jacques. “Discurso sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens; Discurso sobre as Ciências e as Artes”. V. 2, Trad. Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultura, 2000, p. 69. Este autor chega a fazer um estudo sobre a origem da linguagem (op. cit., p. 71).

¹³⁷¹ GADAMER, Hans-Georg. Op. cit., p. 241.

¹³⁷² Ibid, p. 243.

qual foram produzidos os documentos religiosos. É neste instante que surge a hermenêutica moderna, indiferente, a partir de agora, ao entendimento de um texto santo ou secular¹³⁷³.

Em outras palavras, com a sua secularização, a hermenêutica passa a se alimentar da história universal contínua, em consequência de que – tal qual defende Johann Gustav Droysen no final do séc. XIX – a compreensão se torna uma tarefa infinita, sujeita a uma perene reinterpretação¹³⁷⁴. Em acréscimo, Dilthey aponta o significado não como conceito lógico, mas “entendido como expressão da vida”, como consequência do constante fluxo do tempo¹³⁷⁵.

A hermenêutica moderna importa da antiga retórica a compreensão do individual a partir do todo e a do todo a partir do individual. A compreensão de um texto, portanto, nivela-se à interpretação de um documento escrito em língua antiga, ou seja, é preciso compreender-se, primeiro, uma frase e, somente depois, aquela frase será novamente compreendida como parcela de todo o texto interpretado¹³⁷⁶.

A partir desse ponto, a hermenêutica do início do século passado se revira diante da filosofia da linguagem. Charles Sanders Peirce (1839–1914), nos Estados Unidos da América, e Ferdinand de Saussure (1857–1913), na Europa, estabeleceram, quase ao mesmo tempo, estudos em torno do signo como um objeto específico e, deste modo, são os precursores da semiótica moderna¹³⁷⁷. Saussure proporciona o significante como algo arbitrário em relação ao significado. O signo, embora arbitrário em um primeiro momento, torna-se imutável pela tradição. Uma cadeira é uma cadeira, porque a tradição consolidou a comunicação de seu nome desta forma. No entanto, a despeito da imutabilidade, o signo pode mudar pela ação do tempo, também sendo uma de suas características a mutabilidade.

Na transição para o séc. XX, o pensamento de Friedrich Wilhelm Nietzsche (1844–1900), um dos pioneiros da *pós-modernidade*, questiona, pragmaticamente, a capacidade de convencimento humano; exhibe as entranhas da crise da racionalidade. Contudente, ele revela a inaptidão de o homem engendrar opiniões próprias e inteiramente neutras. censura aqueles que se sentem “encouraçados contra a paixão” e que acreditam ser o mundo “verdadeiramente

¹³⁷³ Ibid, p. 245.

¹³⁷⁴ Apud GADAMER, Hans-Georg. Op. cit., pp. 285, 292 e 322.

¹³⁷⁵ Apud GADAMER, Hans-Georg. Op. cit., p. 305.

¹³⁷⁶ GADAMER, Hans-Georg. Op. cit., p. 385.

¹³⁷⁷ Cf. WARAT, Luis Alberto. "O Direito e sua Linguagem". 2ª ed., Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1995, p.11 e ss.

como lhes parece”¹³⁷⁸. O homem não pensa sozinho. O juiz não pensa sozinho. O estigma de que o juiz “é um homem só”, como normalmente se concebe, reclama uma segunda leitura¹³⁷⁹. Na verdade, este mito condiz com a idéia de um magistrado sacerdote, sobre-humano, mediúnico, que sentencia *sozinho*. O fato de o juiz singular decidir sem a participação de pares não o torna um homem solitário. Ao julgar, consciente de seu papel, ele participa da sociedade, realiza a sua função social¹³⁸⁰.

O sistema de moral *nietzscheniano*, ou seja, a sua doutrina das relações de domínio do forte sobre o fraco, contrapõe o mundo real ao mundo das aparências¹³⁸¹; neste, o homem vive para o outro; naquele – o universo da realidade – o homem vive para si mesmo, sem deter, por si só, a noção de nada. O homem não deveria dizer *eu penso*, mas de onde retira a sua noção de pensar¹³⁸².

A percepção das falsas ilações em torno da neutralidade do juiz e a capacidade atribuída a ele de extrair um prévio significado da lei, tão útil ao Estado de Direito formal, também chegam com as investigações filosóficas de Ludwig Wittgenstein (1889–1951) sobre os jogos de linguagem. A sua obra, especialmente a da segunda fase, difunde que a interpretação não poderá ocupar os espaços das dúvidas, porquanto, dificilmente, seria possível a elaboração de regras que regulassem o processo de obtenção de um significado inequívoco ou original, a ponto de justificar a almejada interpretação literal. As regras hermenêuticas, quando muito, guiam-nos a uma ou várias direções, mas não nos levam ao destino, tampouco nos apresentam à gênese legislativa dos significados. Mesmo admitindo a possibilidade de todos os intérpretes estabelecerem um utópico pacto sobre os significados extraídos das palavras, as regras deste ajuste também estariam sujeitas, infalivelmente, à interpretação¹³⁸³.

¹³⁷⁸ NIETZSCHE, Friedrich. Op. cit., p. 79. Num poema intitulado “A Ingaia Ciência”, Carlos Drumond de Andrade dispara contra Nietzsche o seguinte: “O agudo olfato, / o agudo olhar, a mão, livre de encantos, / se destroem no sonho da existência”.

¹³⁷⁹ Cf. CARVALHO, Amilton Bueno de. “Magistratura e Direito Alternativo”. São Paulo: Acadêmica, 1992, p. 31.

¹³⁸⁰ Cf. FARIA, José Eduardo (Org.). “Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça”. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 26; HERKENHOFF, João Batista. “Para onde vai o Direito? Reflexões sobre o papel do Direito e do jurista”. 2ª. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 37.

¹³⁸¹ “Além do Bem e do Mal: prelúdio de uma filosofia do futuro”. Trad. Antonio Carlos Braga, São Paulo: Escala, s. d., p. 26. Em clara resposta a Nietzsche, sem sucumbir ao mundo sombrio proposto por ele, Carlos Drumond conclama no poema “Além da Terra, além do Céu”: “Vamos! / Vamos conjugar / o verbo fundamental essencial, / o verbo transcendente, acima das gramáticas / e do medo e da moeda e da política, / o verbo sempreamar, / o verbo pluriamar, / razão de ser e de viver”.

¹³⁸² NIETZSCHE, Friedrich. Op. cit., p. 33. Nietzsche lança-se contra ideais da revolução francesa, cujo texto teria perdido sentido frente à interpretação (op. cit., p. 54).

¹³⁸³ Cf. WITTGENSTEIN, Ludwig. “Investigações Filosóficas”. Trad. José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultura, 2000, p. 98. Enigmáticamente, assim como Wittgenstein, Augusto dos Anjos pergunta: De onde vem a

É da superação do método subjetivo (investigação da vontade do legislador), que emerge o modelo objetivo (investigação da vontade da lei), responsável pelo deslocamento da responsabilidade de compreender para o intérprete¹³⁸⁴. Segundo este modelo objetivo, ao intérprete cabe empregar técnicas para obter o significado depositado objetivamente na lei¹³⁸⁵, independentemente da vontade de quem a produziu. Mas, tanto o velho modelo subjetivista como o objetivista não resistem à descoberta de que a lei não tem um sentido unívoco, mas plurívoco, e, logo, o alcance de seu significado depende da construção material do hermenêuta. Muito aquém de um novo padrão, a hermenêutica clássica admitia um significado evidente por si mesmo¹³⁸⁶ ou, quando não, oculto no texto, dependendo, exclusivamente, de um desvendar mecânico, à custa do emprego das regras – relativamente arbitrárias – de interpretação formal (método gramatical, finalista, lógico, historicista etc).

Evidentemente, a queda de tais dogmas forma um vazio propício à ocupação de uma nova hermenêutica. Lenio Streck incorpora esta consciência obrigatória, sobretudo, congregando as investigações de Hans-Georg Gadamer (1900–2002) com o fim de ofertar uma hermenêutica para a realidade, não hipotecada aos métodos interpretativos, porém sem olvidar a inevitável imbricação entre texto e norma, destinada à concretização do Estado Constitucional de Direito. A nova hermenêutica não concebe a lei com um sentido unívoco, inequívoco ou imutável, a salvo do mundo real, mas que evolui historicamente. Qualquer discurso crítico exige o “rompimento com a possibilidade da existência de conceitos-em-si-mesmos-de-textos normativos (lato sensu) e conceitos-em-si-mesmos-de-eficácia-de-dispositivos constitucionais”¹³⁸⁷.

Não mais subsiste aquele legislador ideal, tampouco o intérprete ideal. Vive, sim, o intérprete real, quem vê o texto como um vazio, um vão não preenchido pela vontade do legislador originário¹³⁸⁸. A nova hermenêutica, no entanto, não ocupa este vazio com a frívola vontade do intérprete, mas o condiciona aos próprios limites impostos pelo texto da lei, adequados à realidade. A partir de agora, é preciso saber que a lei não fornece um significado

idéia? O autor de “Eu e outros Poemas” responde que a idéia, caindo de “incógnitas criptas misteriosas”, (...) “de repente, e quase morta, esbarra no malambo da língua paralítica!”.

¹³⁸⁴ Segundo uma concepção meramente objetiva, o Min. Carlos Velloso do STF registra acórdão onde preconiza que “ao Judiciário cabe, no conflito de interesses, fazer valer a vontade concreta da lei, interpretando-a” [BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE (AgR) n. 354.834-DF, DJ 14/03/03, inf. n. 300/03].

¹³⁸⁵ STRECK, Lenio Luiz. “Hermenêutica Jurídica e(em) Crise: Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito”. 6ª. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 104.

¹³⁸⁶ Neste sentido, cf. MAXIMILIANO, Carlos. “Hermenêutica e Aplicação do Direito”. 15ª. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, pp. 09 a 11.

¹³⁸⁷ STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., p. 258.

¹³⁸⁸ Sobre o intérprete ideal, cf. ECO, Humberto. “Interpretação e Superinterpretação”. Trad. por Martins Fontes (MF). São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 46.

fixo, indelével à ação do tempo. Na verdade, a lei produz uma miríade de significados, todos potencialmente aplicáveis a uma infinidade de hipóteses, porém somente um sentido vigorará diante do caso concreto. O sentido primeiro – adequado a um caso real – não obrigatoriamente será o mesmo para todas as situações porvindouras.

A complexidade social gera, conseqüentemente, um ordenamento abstruso, cujos significados toleram uma pluralidade de alternativas. Deste modo, explica Celso Fernandes Campilongo, a contingência do processo decisório significa que uma decisão admite vários resultados, e que um resultado de hoje pode não ser o de amanhã¹³⁸⁹. Estes novos padrões conflitam com uma tradição hermenêutica acostumada com os significados pré-moldados ou *prêt-à-porter*, que se perpetuam inflexíveis às mudanças sociais¹³⁹⁰.

A hermenêutica tradicional tomba, portanto, em crise. Apoiado numa filosofia da consciência, que admite a dualidade entre sujeito e objeto, o jurista desta hermenêutica recorre às ferramentas interpretativas por acreditar que pode descobrir o significado da lei como previamente depositado pelo legislador e, mais ainda, por supor que este processo permite-lhe obter a verdade. A função clássica da linguagem era meramente instrumental. Espiando rapidamente Thomas Hobbes (1588–1679), constatamos que *o uso geral da linguagem* consistia “em passar nosso discurso mental para um discurso verbal, ou a cadeia de nossos pensamentos para uma cadeia de palavras”¹³⁹¹. A viragem lingüística do início do século passado rompe com este modelo que interpõe a linguagem como uma terceira coisa entre o sujeito e objeto, isto é, já não se admite a lei como veículo capaz de expressar conceitos auto-executáveis, compreensíveis por si só¹³⁹².

No entanto, a nova hermenêutica ainda não foi acolhida pela dogmática processual penal nacional. A linguagem não é mais um instrumento que se interpõe entre o sujeito e o objeto, mas é a única condição de possibilidade de acesso à realidade¹³⁹³. Nesta conjuntura,

¹³⁸⁹ “O Direito na Sociedade Complexa”. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 84.

¹³⁹⁰ Juarez Freitas abaliza os novos caminhos. Os princípios, segundo ele, ocupam lugar de destaque na interpretação, tanto que não será supérfluo reduzir que interpretar é hierarquizar princípios, normas (regras) e valores, superando-se, assim, a polêmica entre o objetivismo (vontade da lei) e subjetivismo (vontade do legislador). No entanto, a hierarquização não caminha em direção a uma Escola do Direito Livre, apenas estando certo que se distancia muito de uma interpretação literal. A atividade do intérprete de hoje não se exerce de modo passivo, como o faziam os adeptos da Escola da Exegese; ao contrário, eleva-se a uma postura constitucionalmente ativa, em contraposição à antiga concepção passivo-formalista [O Intérprete e o Poder de Dar Vida à Constituição: preceitos de exegese constitucional. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.). “Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides”. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 231].

¹³⁹¹ “Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil”. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultura, 1988, p. 44.

¹³⁹² Cf. STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., p. 178.

¹³⁹³ Ibid, p. 179.

poderíamos indagar se os agentes do processo judicial fornecem a devida importância à distinção lingüística das partes em controvérsia e de que modo isto interfere nos critérios de obtenção de verdade e de exercício da garantia de defesa.

A dimensão lingüística da garantia de defesa é uma realidade. Portanto, a defesa não mais se trata de uma idéia simples, de fácil percepção. Em sua significação ampla, este direito reveste-se de conteúdo complexo, pois decorre da comunicação entre os homens, em função de que se precisa eliminar do uso normativo e forense todas aquelas terminologias vagas e, logo, indefensáveis. A defesa se exercita pela concretização da comunicação entre os homens. Ainda que isto fique evidente em momentos de predomínio da oralidade, como acontece no plenário do Tribunal do Júri, durante o procedimento acusatório comum, onde prevalece a forma escrita, também se dá contínua luta dialógica entre quem acusa e aquele que se defende.

9.2. A renovação conceitual do convencimento judicial. A superação do dogma da verdade. Uma visão dialética do processo

A questão é saber se "a linguagem humana descreve as coisas como são ou se sua relação com elas reduz-se a uma convenção que os homens estabelecem arbitrariamente"¹³⁹⁴. Esta arbitrariedade não significa que cada homem defina como queira os objetivos, porque sempre será preciso uma *objetividade convencional*.

A partir desse problema, a filosofia da linguagem dá acesso à seguinte conclusão fundamental: não existem uma única verdade e certeza que possam ser alcançadas de um ou de outro modo. Assim como o fenômeno projeta-se na consciência de cada um de nós diversamente, a percepção de verdade varia diferentemente em relação a cada indivíduo¹³⁹⁵. A relativização da verdade planta insuperável dúvida sobre os procedimentos da hermenêutica clássica¹³⁹⁶.

¹³⁹⁴ ADEODATO, João Maurício. "Filosofia do Direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência (através de um exame da ontologia de Nicolai Hartmann)". São Paulo: Saraiva, 1996, p. 196.

¹³⁹⁵ Tal qual assevera Tomás de Aquino (1221–1274), se todos nós fôssemos intelectualmente iguais, “no tocante ao mesmo objeto, a minha compreensão seria igual à tua, o que é impossível, pois, sendo diferentes os agentes, diversa será também numericamente a ação de uns e de outros” (“O Ente e a Essência; Proêmio; Questões Discutidas sobre a Verdade; Súmula contra os Gentios; Compêndio de Teologia; Seleção de Textos da Suma Teológica”. Trad. Luiz João Baraúra. São Paulo: Nova Cultura, 2000, p. 185).

¹³⁹⁶ No mesmo sentido resume Philippe Breton: "Dois homens confrontados com o mesmo acontecimento, o mais simples, o mais visível, produzirão dois relatos distintos e cada um deles jurará ter visto aquilo que, a seus olhos, viu. Todos os profissionais do testemunho (policiais, magistrados, jornalistas) dizem isso: não há nada menos confiável que uma testemunha, sem falar da tremenda capacidade de nossa memória de transformar, esquecer, misturar" (“A Manipulação da Palavra”. Trad. Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Loyola, 1999, p. 26).

O juiz não deve ser aquele que se põe fora ou se esquece do mundo real no momento de interpretar os fatos. Por exemplo, quando se afirma que o cadáver de uma pessoa está em determinada casa, é possível verificar-se a veracidade da assertiva, bastando que se compareça ao local designado. Este nível de comprovação não ocorre, de outro modo, quando se afirma que alguém causou intencionalmente a morte de uma pessoa, cujo cadáver se encontra numa casa. A comprovação do fato típico não se dá empiricamente, e daí decorre a natural inaptidão do processo judicial na busca da verdade real, mas isto não significa, necessariamente, que a verdade alcançada processualmente seja arbitrária ou aleatória, ainda que condicionada por certos limites legais. O processo proporciona uma verdade – rigorosa, sujeita aos controles e verificabilidades específicas – e, de nenhum modo, diminuída à perante a verdade real; ambas as verdades – a real e a do processo – não se confundem, tampouco se subordinam, notadamente porque o problema de uma ou de outra não se situa dentro de uma única ciência¹³⁹⁷.

O fato típico descrito na denúncia denota uma pretensão de verdade; o processo, logo, circula em torno desta pretensão e não efetivamente à volta da inatingível verdade real (absoluta). Como tal, a sentença condenatória, produto de um discurso dialético, permeado por um tempo e espaço, portanto, distante do tempo e do espaço onde se dera o fato real, deve demonstrar que o anseio de verdade está fundado em argumentos livres de contradições, obtidos segundo os critérios admitidos pelo sistema legal. Desta forma, para Jürgen Habermas “é a obtenção de um consenso discursivo que constitui o critério da verdade, e não algo como a correspondência com os fatos, capaz apenas de respaldar asserções”¹³⁹⁸.

Nas palavras de José Souto Maior Borges, o processo é o guardião da dialética (controvérsia)¹³⁹⁹, de maneira que a lógica se converte em lógica dialética e o pensamento torna-se assim dialético¹⁴⁰⁰, porquanto a condução do processo, por si só, já é uma atitude dialética. Desta forma, o juiz não produz sozinho a sentença, como se fosse um ato solipsista (individual), na medida em que “a [sua] palavra leva em si mesma a idéia de uma mediação, ou seja, de uma conjunção”¹⁴⁰¹. A sentença é produto do debate dialético das partes¹⁴⁰². Por

¹³⁹⁷ Como afirma Luiz Guilherme Marinoni, “a ‘busca da verdade’ é uma ilusão, uma vez que toda ‘certeza jurídica, na perspectiva gnosiológica, sempre se resolve em verossimilhança”, (“Técnica Processual e Tutela dos Direitos”. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 45).

¹³⁹⁸ Apud COSTA, Claudio. “A Filosofia da Linguagem”. 2ª. ed., Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003, p. 55. A verdade como consenso já estava prevista em Hobbes. Cf. “Do Cidadão”. 3ª ed., trad. Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

¹³⁹⁹ “O Contraditório no Processo Judicial (Uma Visão Dialética)”. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 13.

¹⁴⁰⁰ Ibid, p. 20.

¹⁴⁰¹ CARNELUTTI, Francesco. “Arte do Direito”. Trad. Hebe A. M. Caletti Marengo. São Paulo: Edicamp, 2001, p. 57.

isso, no processo judicial, as partes produzem razões que objetivam contrariar os argumentos adversários, de maneira que o juiz diz o direito segundo a operação do *devido processo legal*, ou melhor, garantindo a audiência das partes, como condição de um debate dialético, assim compreendido como legitimador do processo decisório¹⁴⁰³.

A polêmica sucede porque os teóricos clássicos acreditavam no procedimento como um organismo autônomo e capacitado para produzir a decisão correta, justa, legítima e verdadeira¹⁴⁰⁴, mas o problema somente se torna perceptível quando ocorrem resultados injustos, instante em que mesmo estes são mantidos em função do interesse pela proteção jurídica¹⁴⁰⁵.

Conforme explica Niklas Luhmann (1927–1998), embora não exista uma verdadeira teoria clássica do procedimento, é possível falar dela, de maneira que se tenha uma visão panorâmica daquilo que se entende habitualmente por procedimento. Com razão, é típico acreditar que o procedimento assegura a verdade absoluta ou a excelência de um resultado justo¹⁴⁰⁶. Por isto, Luhmann contrapõe-se à teoria clássica do procedimento, cujo núcleo "é a relação com a verdade ou com a verdadeira justiça como objetivo"¹⁴⁰⁷.

Diante de tal panorama, Luhmann entende que nenhum sistema concebido com a aptidão de dar acesso às soluções para todos os conflitos será capaz de avaliar-se pela justiça das suas decisões cabendo indagar, portanto, se a verdade é realmente o objetivo do procedimento¹⁴⁰⁸. Sem negar a importância da verdade, ressentem-se o sociólogo de uma teoria apta a arrostar a questão da verdade, isto é, que não tolere o procedimento como método para a obtenção da verdade¹⁴⁰⁹.

Em sendo a contrariedade uma condição inerente ao processo, as partes vão a processo preparadas à oposição do outro¹⁴¹⁰. Todavia, como as possibilidades são iguais aos litigantes, a verdade também se revela como uma possibilidade equidistante do autor e do réu, pois a verdade se apresenta, igualmente, para um e outro¹⁴¹¹. Sob este aspecto, o

¹⁴⁰² BORGES, José Souto Maior. Op. cit., pp. 24 e 26.

¹⁴⁰³ Ibid, p. 48.

¹⁴⁰⁴ LUHMANN, Niklas. "Legitimação pelo Procedimento". Trad. Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980, p. 23.

¹⁴⁰⁵ Ibid, p. 21.

¹⁴⁰⁶ Ibid, p. 17.

¹⁴⁰⁷ Ibid, p. 21.

¹⁴⁰⁸ Ibid, p. 24.

¹⁴⁰⁹ Ibid, p. 25.

¹⁴¹⁰ Ibid, p. 87.

¹⁴¹¹ Ibid, p. 88.

procedimento trata da *mediação* de verdade e direito, de tal forma que o custo disto "é uma relação destruída para com a verdade e o direito"¹⁴¹².

O avanço das ciências tem mostrado que a verdade absorve os contornos de cada época. Discípulo de Locke, Stuart Mill (1773–1836) reforça que a verdade evolui na história, sendo constantemente derrubada e ressuscitada, até que em um momento se fortalece contra novos ataques. Com efeito, as opiniões discordantes submetem a verdade à prova, fortalecendo-a para as ofensivas subseqüentes¹⁴¹³. Um juízo, qualquer que seja, guarda íntima ligação com sua época, mas são as investidas de seus opositores que o preparam para resistir às adversidades do futuro. Por si só, o progresso não assegura uma verdade absoluta. Patrocinando uma noção de verdade conveniente às necessidades do utilitarismo, Mill faz advertência para a possibilidade de o desenvolvimento permitir que um fragmento de verdade seja substituído por outro, mais adequado às contingências do espírito do tempo em que se vive¹⁴¹⁴.

Rigorosamente, a compreensão do fato ilícito se desenvolve por meio de uma cadeia dialética de sucessivos questionamentos, capazes de comprovar a fortaleza ou a fragilidade dos juízos argumentativos em torno das provas¹⁴¹⁵. De maneira especial, as testemunhas se submetem à linha de frente da dialética, suportando variáveis interrogações, cada vez mais compenetradas na medida em que as respostas (re)surgem. Não se arranca a verdade nem de um único depoimento testemunhal, porque o seu registro tão somente exprime o que foi dito e nunca – como adverte Gadamer – o que realmente se quis dizer, ao preço de que o depoimento reduzido ao texto sempre sai num sentido *desfocado*¹⁴¹⁶. De fato, em frente da linguagem, o escrito parece algo secundário¹⁴¹⁷.

O interrogatório do réu, ainda como instrumento de defesa, também não escapa a este *teste de qualidade* agitado por indagações que tanto podem reforçar a sua verossimilhança, como igualmente geram efeito contrário. Como condição do contraditório e da ampla defesa,

¹⁴¹² Ibid, pp. 88 e 89.

¹⁴¹³ MILL, Stuart. "Ensaio Sobre a Liberdade". Trad. Rita de Cássia Gondim Neiva, São Paulo: Escala, 2006, p. 51.

¹⁴¹⁴ Ibid, p. 72. Stuart Mill arremata: "A verdade, nos grandes assuntos práticos da vida, é tão mais uma questão de reconciliar e combinar os opostos, que muito poucos têm mentes suficientemente capazes e imparciais para realizar os ajustes aproximados da precisão, e tem que ser realizado pelo processo bruto de uma luta entre combatentes lutando sob bandeiras hostis" (op. cit., p. 74).

¹⁴¹⁵ Dialética é a arte de conduzir uma conversa pelas perguntas, revelando as opiniões fortes e frágeis. Pensar é perguntar. No contínuo (des)fazer de questionamentos, surge uma linguagem, que não toma posse de um ou outro interlocutor, mas que provém como patrimônio comum, tal qual numa conversa (GADAMER, Hans-Georg. "Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica". 7ª. ed., Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2005, pp. 489; 493 e 599).

¹⁴¹⁶ Ibid, p. 605.

¹⁴¹⁷ Ibid, p. 507.

o acusado também maneja esse atuar dialético, dirigindo suas perguntas não somente às provas que lhe são adversas, mas também ao próprio sentido dado ao texto da lei.

Portanto, cabe ao magistrado presidir o processo dialético de questionamentos, sentenciando (concluindo) em forma de resposta a todas as dúvidas escalonadas pelas partes¹⁴¹⁸. Apressadamente, diríamos que o princípio do contraditório respalda, em maior grau, o poder de indagações das partes, enquanto, na ampla defesa, prepondera o dever de o juiz responder à contrariedade quando decide. Não significa que o magistrado deva ir ao encontro da intangível verdade real, como a muitos parece, mas lhe toca mais tangível uma *investigação* dialética em busca do conhecimento da solidez dos argumentos das partes.

Do mesmo modo como uma obra literária se distingue de sua representação teatral¹⁴¹⁹, o fato ilícito real se diferencia de sua representação no palco do processo, com a diferença de que somente possuímos fragmentos da obra original, o que não nos permite conhecer a fidedignidade de sua interpretação. Um espelho nunca reflete a verdadeira ontologia de uma paisagem, porque, como justifica Gadamer (1900–2002), a comprovação da veracidade do reflexo sempre depende da interposição de nossa própria imagem na superfície refletora, alterando-se, assim, o panorama primeiramente refletido¹⁴²⁰. Deste modo, a participação das partes e o condicionamento da prova às garantias interferem decisivamente na imagem do fato real traduzida pelo processo.

O mundo invertido é o preço que paga o homem por olhar no espelho¹⁴²¹. Nesse caleidoscópio, toca ao juiz o papel de unificar a imagem fracionada resultante da prova. Francesco Carnelutti (1879–1965) alveja com exatidão quando atribui à palavra do juiz o caráter de unificação¹⁴²². As partes se esforçam para convencer o juiz, de tal maneira que este duelo "personifica a dúvida e mostra o nascimento do juízo"¹⁴²³.

A relação conflituosa entre as categorias certeza-justiça e segurança-celeridade compõem o processo dialético, *locus* onde se manifesta a evidência deste conflito¹⁴²⁴. De um lado, a acusação traz o histórico de um fato típico, muitas vezes desprovido de qualquer

¹⁴¹⁸ Como decidira o STJ, “é verdade que o cerceamento de defesa configura-se na hipótese em que o julgador, diante da clara e expressa manifestação da parte, não se ocupa de examinar seu argumento, despreza-o, relegando-o ao esquecimento” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 34343/MG, 6ª T., Rel. Min. Paulo Medina, DJU 21/06/04, p. 261).

¹⁴¹⁹ GADAMER, Hans-Georg. Op. cit., p. 174.

¹⁴²⁰ Ibid, p. 198.

¹⁴²¹ CARNELUTTI, Francesco. “Arte do Direito”. Trad. Hebe A. M. Caletti Marengo. São Paulo: Edicamp, 2001, p. 101.

¹⁴²² Ibid, p. 67. O autor pergunta propriamente: “O que faz o juiz, senão unir as partes?” (op. cit., p. 67).

¹⁴²³ Ibid, p.70.

¹⁴²⁴ Cf. CARNELUTTI, Francesco. “Como se faz um Processo”. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2001, pp. 18 e 65.

valoração. De outro, a defesa levanta questões sobre o valor a ser atribuído à conduta, exigindo do juiz não somente um olhar para o passado, mas para o futuro de quem suportará os efeitos de seu julgamento¹⁴²⁵. Nesse passo e ao mesmo tempo, às vezes, interessa à defesa não toda a verdade, mas apenas a porção que lhe é mais favorável¹⁴²⁶. Nutre-se, assim, o debate dialético, que, naturalmente, sustenta um confronto – uma impossível convivência harmoniosa – entre segurança e celeridade, entre certeza e justiça.

A ampla defesa é, deste modo, o instrumento pelo qual se permite demonstrar, sob certos limites, as contradições da pretensão de verdade deduzida pelo órgão acusador. É inútil compreender os novos horizontes da verdade do processo penal, para somente, assim, intuir os motivos de alguns limites probatórios impostos pelo sistema acusatório às partes e, especialmente, ao juiz. Em síntese, o processo penal não objetiva a verdade material, senão uma verdade formalizada¹⁴²⁷.

Durante a Idade Média, foi a busca pela verdade real que apoiou o postulado inquisitivo, justificando o emprego de torturas para a obtenção da confissão. A pretexto de investigar a verdade real, o juiz contemporâneo, às vezes, rompe a segurança da imparcialidade e de balde se reveste de poderes persecutórios medievais, porque a verdade do processo sempre será relativa e contingente¹⁴²⁸. A decisão penal não se legitima pela nivelção probatória com a verdade real, mas pela obediência às garantias constitucionais quando da instrução.

Não se impede que o juiz tome providências de ofício em favor de uma verdade probatória, desde que sem a inquietação inquisitiva de extrair do passado a verdade absoluta¹⁴²⁹. Ouvindo o alerta de Rogério Lauria Tucci, é oportuno não confundir o processo inquisitivo com a inquisitividade, que é característica comum ao processo penal acusatório moderno. A inquisitividade permite que o juiz perquiria “até a exaustão, a verdade dos fatos

¹⁴²⁵ Ibid, p. 59.

¹⁴²⁶ Ibid, p. 67.

¹⁴²⁷ DIAS NETO, Theodomiro. O Direito ao Silêncio: tratamento nos direitos alemão e norte-americano. “Revista Brasileira de Ciências Criminais”. São Paulo, ano 5, n. 19, p. 179-204, jul.-set./97, p. 181.

¹⁴²⁸ PRADO, Geraldo. “Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais”. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001, p. 43.

¹⁴²⁹ A questão está longe de se pacificar na doutrina. Paula Bajer aponta que o nosso Processo Penal detém traços inquisitivos necessários, não sendo adequado ao devido processo legal um sistema acusatório eminentemente puro, onde qualquer um do povo possa dar início à persecução penal. A forma escrita, a existência de um órgão acusador independente, a busca da verdade, a oficialidade e a formalidade são algumas das propriedades inquisitivas do sistema acusatório nacional, sendo certo afirmar que, efetivamente, não predomina o sistema processual livre de interferências inquisitivas (COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. “Igualdade no Direito Processual Penal Brasileiro”. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, pp. 125 e 127). Assim são suas palavras: “A atividade do juiz penal é inquisitiva. A verdade material deve ser, tanto quanto possível, atingida. O juiz penal procura a verdade e, neste particular, age, também” (op. cit., p. 127).

levados à sua cognição”¹⁴³⁰, porém tal permissivo não significa que deva o magistrado desconhecer limites, sob o motivo de esmiudar a verdade real.

9.3. *Os limites da verdade: O fato punível e o fato real. O amplo objeto de defesa*

A descrição do fato típico pelo órgão acusador apenas significa a descrição de um evento passado, que probatoriamente espera a reconstrução no futuro. Logo, a interpretação deste fato descrito na denúncia se sujeita à prospecção. Dentre as inúmeras descrições que poderiam ser atribuídas ao acontecimento, a narração do Ministério Público é apenas uma das hipóteses conferidas ao evento, mas que, porém, o Estado de Direito aceita como uma descrição *a priori* da realidade. Dizemos apenas *a priori*, no sentido de que a hipótese acusatória delineada “é uma lei para formar expectativas”¹⁴³¹, as quais dependam de uma comprovação *a posteriori*, isto é, durante a instrução processual.

Para haver condenação, o fato punível, imaginado como narrado na denúncia, precisará corresponder ao fato que será provado, isto é, reproduzido pela sentença em decorrência dos liames probatórios. Por conseguinte, é da essência da ampla defesa que a conduta típica seja descrita em todos os seus contornos pela denúncia, delineando os precisos limites do *fato punível*, em torno do qual o debate dialético do processo ganhará configuração. Por isto mesmo, pode afirmar-se que o *fato punível* é apenas um *fato esperado* e, nesse contexto, a condenação somente poderá sobrevir quando – ao cabo da instrução – o *fato probante* adequar-se ao *provado*, autorizando-se a absolvição em caso de situação inversa.

O *fato punível* é descrito na denúncia transcorre da razão do órgão acusador e, como tal, provém não de um juízo superior. A convicção da qual decorre a imputação nada mais é do que um *pensamento*, cujo isolamento – produzido pela característica inquisitiva do inquérito – força o reconhecimento da hipótese acusatória como um objeto discutível, submerso em contradições, sobre as quais a ampla defesa operará. O raciocínio deduzido pelo órgão acusador, assim como também aquele prestado pelo defensor ou pelo juiz, não reflete verdadeiramente a realidade do objeto; ao contrário, apenas busca a aproximação dele e, neste sentido exato, ajusta-se a hipótese a uma realidade construída pela razão do homem, naturalmente exposta à contradição. Somente deste modo poderemos potencializar uma ampla

¹⁴³⁰ TUCCI, Rogério Lauria. “Teoria do Direito Processual Penal: Jurisdição, Ação e Processo Penal (Estudo Sistemático)”. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 27.

¹⁴³¹ WITTGENSTEIN, Ludwig. “Gramática Filosófica”. Trad. Luís Carlos Borges, São Paulo: Loyola, 2003, p. 168.

defesa que se exercite dentre dos limites da verdade possível do processo judicial, porque “os pensamentos estão no mesmo espaço que as coisas que admitem dúvida”¹⁴³².

O *fato punível* não se confunde com o *fato real*. Este é o que efetivamente aconteceu, encontrado somente no passado intangível, onde estão sepultadas todas as intenções, enquanto aquele outro se lança para o momento posterior ao *fato real*, construindo-se no processo em função de um mosaico de elementos. O *fato punível* de nada mais resulta senão da exumação de fragmentos de uma verdade.

O processo judicial concebe, por si, uma nova experiência; ele tem a sua própria verdade, na medida em que adota como objeto uma outra realidade fundada na razão, motivo pelo qual o fato imputado ao sujeito designa, aparentemente uma razoável verossimilhança, mas não uma identificação com o acontecimento real¹⁴³³. A hipótese acusatória relata um evento típico, porém probatoriamente ainda sem significado. O desenvolvimento do processo inicia uma cadeia de circunlóquios, engendrada pela contínua decodificação de decodificações das diversas linguagens trazidas à interpretação.

Esse enlace de códigos pode ser claramente figurado com a exemplificação da técnica de coleta da prova testemunhal. Ainda na fase pré-processual, o depoimento da testemunha é convertido em código escrito e, depois, será novamente convertida noutros significados para fundamentar a hipótese acusatória da denúncia. Na fase processual, a mesma testemunha poderá depor oralmente em uma ou mais ocasiões, operando-se, em cada situação, uma conversão renovada de seus códigos lingüísticos em outros caracteres escritos, agora mediante a intervenção do ponto de vista das partes, cada qual irradiando conclusões específicas. Desta maneira, a convicção judicial retroalimenta-se, continuamente, a troco do entrelaçamento dialético dos códigos decifrados. Conseqüentemente, sob estas circunstâncias, é de se concluir que a tomada dos depoimentos e a coleta dos demais meios probatórios conferem vitalidade, forma e conteúdo à narrativa gélida da denúncia. `

Juntem-se a isso todas as demais contribuições que provenham em sustentação da hipótese acusatória ou da tese defensiva. O processo modela-se segundo um caleidoscópico de subjetividades. Promotes, advogados, peritos, co-autores, testemunhas, entre tantos outros indivíduos, têm uma chance de apresentar a sua verdade para a formação do convencimento judicial. Por isto, Ferrajoli afirma que se somam à subjetividade do juiz muitas outras

¹⁴³² Ibid, p. 107

¹⁴³³ Fato verossímil não é o mesmo que um fato possível. A verossimilhança denota aproximação (semelhança) da verdade real. Cf. MALATESTA, Nicola Framarino dei. "A Lógica das Provas em Matéria Criminal". Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1996, pp. 65 e 66.

subjetividades (interrogatórios, testemunhos, perícias, acareações, etc.)¹⁴³⁴, cabendo ainda não ignorar as inúmeras regras que regulam as provas lícitas e limitam o processo de obtenção da verdade processual.

Nesse quadro, ao juiz cabe controlar o distanciamento dos códigos lingüísticos que se transladam de um meio para outro durante a instrução processual, razão pela qual, na redação do depoimento, deverá cingir-se, *tanto quanto possível*, às expressões usadas pelas testemunhas e informantes, reproduzindo fielmente as suas frases (art. 215, CPP). Porém, esta difícil tarefa era, de qualquer forma, irrompida na medida em que a lei processual antiga não assegurava a identidade física do julgador, isto é, ocorria que o juiz sentenciante – o leitor final – poderia não ser o mesmo que, durante a instrução processual, operara a conversão dos códigos orais em sinais graficamente escritos¹⁴³⁵.

O acusado não oferece resistência aos *factos reais*, embora em torno dos quais pareça – por convenção – circundar toda a discussão processual. A ampla defesa toma como sua matéria apenas o *fato punível* (esperado pelo acusado), de alguma forma reconhecido pelas partes como representação *prima facie* do *fato real*. O processo, portanto, não se destina à obtenção de uma verdade epistemologicamente autêntica, como representação de um *fato real*. O *fato punível* dedica ao processo tão-somente uma certeza, a qual, em sendo logicamente demonstrada, uma vez que resguardada de contradições, será admitida finalmente como cria da *verdade*.

Engana-se quem consente a mera demonstração lógica da hipótese acusatória com condão para desvendar o *fato punível* como idêntico ao *fato real*. A exploração do processo não circula em torno de um objeto conhecido; ao contrário, a incógnita domina todo o desdobramento processual, sob o prisma da presunção de inocência, à proporção que, não obstante a hipótese acusatória revele um *fato*, não poderemos afirmá-lo como a verdade revelada. O *fato real* não é – e não será – do conhecimento de ninguém, dado que somente seus vestígios serão apreendidos. Dessarte, a denúncia unicamente carrega a descrição de um fato precipitado da realidade, o qual, havendo coincidência com a verdade das provas, poderá o intelecto humano alcançar como fundamento de uma condenação. Essa descrição fática nada mais é do que um mapa indicativo dos limites preliminares que contêm os agentes envolvidos com a coleta dos vestígios da veracidade.

¹⁴³⁴ FERRAJOLI, Luigi. “Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal”. Trad. Ana Paulo Zomer et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 48.

¹⁴³⁵ Hoje, o princípio da identidade física do juiz foi acolhido pelo sistema processual vigente. O art. 399, § 2º, CPP, prescreve que “o juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença.”

Numa palavra, quando toma a iniciativa instrutória, o juiz busca a verdade processual (*fato punível*), que não se confunde com a verdade absoluta (*fato real*).

Nesses termos, a reação da defesa não se circunscreve ao *fato real*. Justamente por faltar-lhe esta compreensão, o leigo costuma confundir o fato ilícito com o objeto do direito de defesa técnica, muitas vezes hostilizando o advogado por defender o acusado de um delito grave.

Tomando como finalidade precípua a desconstituição dos diversos aspectos em torno do *fato punível*, a reação da defesa dá início ao debate. O objeto desse debate é mais amplo do que o fato punível. Assim, o direito de defesa pressupõe a discussão de tudo que é capaz de influir na decisão, sejam matérias de fato ou de direito. Inclui-se, igualmente, tudo que possa alterar a pena, de modo que a efetiva defesa exige que o órgão acusador refira-se a todos estes elementos¹⁴³⁶.

As circunstâncias legais não ficam de fora do debate. Assim, o objeto da defesa abrange tudo para o qual o juiz deva emitir juízo decisório, e isto implica dizer que a pena integra tal contexto¹⁴³⁷. Desse modo, é preciso assegurar à defesa o direito de previamente opor-se às circunstâncias que possam interferir na pena.

Por isso, o reconhecimento de agravantes de ofício não atende às garantias constitucionais¹⁴³⁸. Segundo a técnica predominante, o juiz pode reconhecer agravantes de ofício, embora nenhuma tenha sido alegada pelo órgão acusador (art. 385, CPP). É admissível que o réu simplesmente desconheça quais agravantes serão consideradas em seu prejuízo. Na prática, quando o Ministério Público não articula qualquer circunstância agravante na denúncia ou por intermédio de aditamento, o acusado é compelido a manter-se em silêncio para não chamar atenção às possíveis agravantes aplicáveis ao caso. Este silêncio age em detrimento da defesa porque, quando o juiz reconhece a agravante, o faz sem que tenha havido prévia discussão. A efetivação do *devido processo legal* exige que o juiz somente reconheça agravante se garantir à defesa a oportunidade de rebatê-la, isto é, faz-se imprescindível que o órgão acusador deduza, já na denúncia ou, caso contrário, por meio de aditamento, as circunstâncias agravantes que pesam sobre o acusado¹⁴³⁹.

¹⁴³⁶ AROCA, Juan Montero. "Principios del Proceso Penal: una explicación basada en la razón". Valencia: Tirant Lo Blanch, 1997, p. 129.

¹⁴³⁷ FERNANDES, Antonio Scarance. "A Reação Defensiva à Imputação". São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 46.

¹⁴³⁸ Ibid, p. 47.

¹⁴³⁹ Ibid, p. 293. Para Fábio Bergamin Capela, "qualquer relevante alteração fática que importe no surgimento ou não de alguma agravante terá como conseqüências o aditamento da denúncia, o contraditório e o exercício de

Portanto, o objeto da defesa é mesmo o objeto do debate. Em sua defesa, o acusado pode simplesmente negar o fato punível, tendo a seu favor a presunção de inocência, como também pode aceitá-lo, mas levantando questões de direito ou questões que apenas interfiram na aplicação da pena. Como se conclui, o objeto do debate, sobre o qual se lança a defesa, pode ser ampliado, indo além do fato punível¹⁴⁴⁰. Por isto, a defesa ampla será a que permite maior mobilidade à parte. A correlação entre acusação e sentença diz respeito ao objeto do debate e não é assunto a ser tratado no âmbito estreito do fato punível¹⁴⁴¹.

9.4. A sociabilidade do convencimento. A objetivação racional da certeza. Crítica à capacidade de livre convencimento do juiz

Em sua luta histórica pela sobrevivência, é possível conhecer o homem sob dois enfoques. No primeiro, o homem trata-se de um ser carente, limitado, pobre, inferior, incapaz de realizar por si a suas necessidades. No segundo aspecto, o homem é visto como um ser pleno, rico, superior, perfeito, ápice da evolução das espécies, detentor de todas as características necessárias à sobrevivência¹⁴⁴². Assim, na medida em que o consideramos um ser carente (deficiente) ou pleno (superior), o homem pode estar ou não adequado ao ambiente em que vive. Como ser pleno, o homem pode chegar à verdade, tendo a linguagem como instrumento e a retórica como ornamento. Como um ser carente, o homem será incapaz de atingir a verdade.

Tradicionalmente, a concepção de um homem pleno tem sobrepujado a sua aceitação como ser diminuído (pobre ou debilitado). Como diz João Maurício Adeodato, o auditório prefere um orador cheio de certezas a um apenas repleto de dúvidas¹⁴⁴³.

eficiente defesa” (Uma Visita ao Código de Processo Penal, art. 385. “Boletim IBCCRIM”. São Paulo, v.14, n.169, p. 14-15, dez. 2006). Em sentido contrário, a jurisprudência ainda se firma pela possibilidade de reconhecimento de ofício da agravante (BRASIL. Tribunal Regional Federal. TRF, 3ª R., 5ª T., Apel. n. 95.03.103643-7/SP, Rel. Des. André Nekatschlow, j. 30/01/05, un., DJ 07/03/06).

¹⁴⁴⁰ AROCA, Juan Montero. Op. cit., p. 129.

¹⁴⁴¹ Ibid, p. 130.

¹⁴⁴² Como registra Adeodato, a oposição entre plenitude (referência objetiva) ou carência (auto-referência) do ser humano “é tão antiga quanto a própria filosofia” e ainda se mantém atual pelas suas aplicações práticas (ADEODATO, João Maurício. “Filosofia do Direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência (através de um exame da ontologia de Nicolai Hartmann)”. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 218). Schopenhauer (1788-1860) é um dos filósofos que se alinha ao pensamento do homem como ser incompleto. Vejamos sua reflexão: “Mas, na verdade, o homem é um pobre animal assim como os outros, cujas forças são apenas suficientes para conservar sua existência” (SCHOPENHAUER, Arthur. “A Arte de Escrever”. Trad. Pedro Süsskind. São Paulo: L&PM, 2007, p. 54).

¹⁴⁴³ ADEODATO, João Maurício. Op. cit., p. 214.

De fato, soa muito mais palatável acreditar num juiz superior, capaz de dizer a verdade, afinado com as suas convicções, apto linguisticamente a encontrar as respostas para o conflito das partes. Por conseguinte, a crença de que o juiz é um ser capaz de obter a verdade refere-se à idéia de sua superioridade. Muito estranho parece o juiz inferior, incrédulo, incerto, incapaz de dizer qualquer resposta irrefutável aos problemas com os quais depara ou duvidoso para com as questões que lhe são levadas à solução. Porém, no início do século passado, o advento da filosofia da linguagem abalou decisivamente a convicção acerca do homem perfeito.

Ao que parece, o sistema de livre convicção de provas no processo penal decorre da crença num juiz superior, capacitado ao reconhecimento de quais são os elementos de provas que compõem a verdade. Não que defenda o fim do sistema de livre convicção, mas, nem por isto, pretendemos crer em tamanha capacidade judicial cognoscitiva.

Todavia, a capacidade humana de descobrir a verdade e de se convencer já esteve sob suspeita mesmo fora da filosofia da linguagem. Embora reconhecesse que a persuasão dependia tanto da arte de agradar como da de convencer¹⁴⁴⁴, Blaise Pascal (1623–1662) apenas se limita ao estudo da última. O filósofo ignora meios para tratar da arte de agradar, dada a sua instabilidade e dependência das condições de cada um. Como afirma o professor pernambucano, um rico, um pobre, um príncipe, um guerreiro, um velho, um jovem, um sadio ou um doente sentem prazeres de formas diferentes e, por isto, a arte de agradar não atua objetiva e igualmente para todos eles¹⁴⁴⁵. Portanto, sem a objetivação do que se chamou arte de agradar, facilmente podemos concluir que o persuadir (o convencer) não se firma sobre base segura.

Evidentemente, à sombra desse prisma, a busca da verdade não se livra da subjetividade. Enfim, ninguém é dono da verdade¹⁴⁴⁶. Como se percebe, a verdade não combina com a vontade alheia. Será que o julgamento judicial expressa mesmo a verdade? Torna-se urgente apreender que a verdade está sujeita não somente às circunstâncias e ao local de seu anúncio, mas, sobretudo, às condições dispostas pelo seu agente receptor.

Até o momento, diante do quadro que se desdobra, algumas perguntas se sobressaem. Seria o fato ilícito meramente uma probabilidade? Poderíamos, assim, levantar dúvidas sobre

¹⁴⁴⁴ PASCAL, Blaise. "Do Espírito Geométrico; Pensamentos". Trad. Antonio Geraldo da Silva. São Paulo: Escala, 2006, p. 35.

¹⁴⁴⁵ Ibid, p. 36.

¹⁴⁴⁶ A seu modo, Cícero (106 a.C.–) assegura que nada é "mais instável e volúvel como o ânimo daquele que muda de opinião não só por causa do sentimento e da decisão alheia, mas até por causa do seu aspecto facial ou de um meneio de cabeça" ("A Amizade". Trad. Luiz Feracine. São Paulo: Escala, 2006, p. 83).

a capacidade de o processo produzir certezas (e assim convencer)? Em que deve fundar-se a capacidade de convencimento judicial? Quais são as provas ou contraprovas convincentes?

Antes de esboçar qualquer réplica, cabe regressar-se a Locke (1632–1704), o qual distinguia o juízo de certeza do de probabilidade afirmando que este apenas nos faz presumir verdadeira a coisa. Como explicara o filósofo, dois requisitos devem coexistir para haver um juízo de probabilidade: (I) a conformidade de alguma coisa “com nosso próprio conhecimento” e (II) o “testemunho de outrem, afirmando sua observação e experiência”, cabendo considerar-se, na última hipótese, o número de testemunhos, a integridade, a perícia, os “testemunhos opostos”, etc¹⁴⁴⁷. Portanto, a probabilidade nos faz pensar estarmos diante de uma verdade¹⁴⁴⁸, mas não nos esqueçamos de que ela depende, por isso, do consentimento dos homens, de maneira que quanto maior o número de entes concordes, em diferentes épocas, maior o grau de probabilidade sobre o juízo em questão. Por outro lado, quanto maior o número de testemunhas contraditórias, menor a probabilidade do juízo¹⁴⁴⁹.

Muitos tratadistas clássicos acreditaram que o processo judicial não propiciava um juízo de certeza, mas de probabilidades, tanto que não podiam ignorar a presença dos testemunhos contraditórios em torno do julgamento final.

De fato, os princípios da ampla defesa e o do contraditório lançam dúvidas sobre a verdade, de tal forma que o julgamento nunca se fundará em um consenso, tanto quanto não se evitam os assentimentos errados por (I) carência de provas; (II) carência de habilidade para usá-las; (III) carência de vontade para vê-las ou (IV) medidas errôneas de probabilidade, (proposições duvidosas; hipóteses recebidas; paixões e inclinações; autoridade)¹⁴⁵⁰.

Dada a volubilidade da verdade, Malatesta evita o âmbito de uma discussão a seu respeito, decidindo-se por enfrentar como foco central a certeza. É neste autor que descobrimos respostas e elementos básicos para contornar os fundamentos de uma certeza

¹⁴⁴⁷ “Ensaio acerca do Entendimento Humano”. Trad. Anoar Alex. São Paulo: Nova Cultura, 2000, p. 288-9.

¹⁴⁴⁸ Locke afirmava o seguinte: “Se eu vejo um homem andando no gelo, isto está fora do alcance da probabilidade, isto é conhecimento. Mas se outro homem me diz que viu um homem na Inglaterra, no meio do severo inverno, caminhar sobre a água endurecida pelo frio, isto tem tamanha conformidade com o que é usualmente observado acontecer, que estou disposto, por natureza, à própria coisa, para concordar com isso, a menos que alguma suspeita manifesta acompanhe a narrativa do fato. Mas se a mesma coisa é dita para alguém nascido entre os trópicos, que nunca viu nem ouviu falar de tal coisa antes, toda a probabilidade depende do testemunho; e como os relatores são em maior número, e de mais crédito, não tem interesse em falar de modo oposto à verdade, de sorte que o fato é inclinado para ser descoberto mais ou menos acreditado” (op. cit., p. 289).

¹⁴⁴⁹ Ibid, p. 293-4. Locke aponta o argumentum ad iudicium como o único capaz de comprovar a verdadeira instrução porque (a) não admite os argumentos como verdadeiros simplesmente porque não contrariados; (b) não admite que o outro homem está na via correta simplesmente porque não conheço uma melhor ou (c) porque ele me mostrou que estou no errado (op. cit., pp. 303-4).

¹⁴⁵⁰ Ibid, pp. 309 e 311. O garantismo entende que os consensos penais, com vistas à antecipação da pena ou abreviação de procedimentos, são na verdade mecanismos inquisitórios de busca da confissão.

racional para a ampla defesa do processo penal. Sem concentrar visão na verdade, ele argumenta que a certeza pode decorrer de qualquer das verdades (necessária, constante ou eventual). A certeza "é sempre igual para o espírito humano"¹⁴⁵¹, ou seja, a certeza não tem grau, nem se torna melhor por decorrer de uma ou outra verdade¹⁴⁵².

Não existe uma certeza que corresponda à verdade absoluta, de maneira que a certeza está sujeita aos erros, mas isto não a torna mera probabilidade. Para isto, devemos convergir nossas atenções. A certeza que decorre do processo penal não é puramente uma probabilidade, mas uma verdade, "enquanto seguramente percebida"¹⁴⁵³. Portanto, o certo não é aquilo que está livre de hipóteses contrárias, porém o que fora construído subjetivamente¹⁴⁵⁴. Neste contexto, a linguagem preenche espaço fundamental. Não se obtém a certeza de um fato senão por um jogo convincente de raciocínio lingüístico.

Urge registrar que a certeza não brota, nem se confunde com a verdade, tampouco com a probabilidade. Na probabilidade, todas as possibilidades contrárias são aceitas como possíveis, mas, mesmo existindo número maior de motivos convergentes, não são descartadas as possibilidades divergentes¹⁴⁵⁵. Enquanto a probabilidade julga os motivos convergentes e os divergentes como *todos dignos*, a certeza rechaça, racionalmente, os juízos divergentes¹⁴⁵⁶. Como na certeza as possibilidades contrárias são descartadas racionalmente, o fato ilícito não

¹⁴⁵¹ MALATESTA, Nicola Framarino dei. "A Lógica das Provas em Matéria Criminal". Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1996, p. 38.

¹⁴⁵² A certeza, no entanto, comporta modelos, o que não significa dizer que existam graus. Para o autor, a certeza pode ser lógica, física e a mista. Será lógica quando obtida da intuição ou reflexão. A certeza física dar-se-ia, por exemplo, quanto aos crimes praticados aos olhos do juiz ou em circunstâncias evidentes. A certeza mista se divide em lógica, histórica e lógico-histórica. A certeza lógica depende do trabalho racional. A certeza histórica põe fé na palavra de um testemunho, ou seja, "passa-se à convicção da veracidade da testemunha, para concluir pela verdade da coisa atestada". Por fim, a certeza lógico-histórica realiza uma combinação das modalidades anteriores. Este certeza é aquele que depende de um trabalho racional do juiz, combinando-se as duas certezas precedentes, de modo que, a partir do que a testemunha disse, o juiz extrai raciocínios lógicos. Esta é a certeza que vigora em nosso sistema processual (MALATESTA, Nicola Framarino dei. Op. cit., pp. 23; 29; 31 e 33). Malatesta assume-se empirista, construindo seu pensamento tendo como ponto de partida a teoria do conhecimento de feição lockeana. Para verificarmos a semelhança entre Locke e Malatesta, basta confirmar a similitude na descrição dos erros nos quais se funda o conhecimento, bem como enfrentar uma simples comparação de exemplos utilizados para demonstrar certezas auto-evidentes (maleabilidade do ouro; conquista das Galias por César etc.), muito embora este autor não se refira, em nenhum momento, a Locke, remetendo a origem dos exemplos a Galluppi (MALATESTA, Nicola Framarino dei. Op. cit., p. 75 e passim).

¹⁴⁵³ Ibid, pp. 42 e 54.

¹⁴⁵⁴ Ibid, p. 56.

¹⁴⁵⁵ Mittermaier (1787–1867) distingue a probabilidade da certeza. Segundo explica, "dá-se probabilidade quando a razão, apoiando-se em graves motivos, considera um fato verdadeiro, sem que, entretanto os motivos sérios em contrários estejam completamente aniquilados" ("Tratado da Prova em Matéria Criminal ou Exposição Comparada". Trad. Herbert Wüntzel Heinrich. Campinas: Bookseller, 1997, p. 66). Ou seja, ainda conforme o penalista, "a probabilidade não pode servir de base para a condenação, pois que há sempre ensejo para a dúvida, e a consciência só ficaria satisfeita quando desaparecesse a possibilidade do contrário" (op. cit., p. 67).

¹⁴⁵⁶ MALATESTA, Nicola Framarino dei. Op. cit., pp. 57 e 65.

se manifesta apenas como um fato provável (no aspecto da probabilidade), mas como um fato certo¹⁴⁵⁷.

A certeza sob uma perspectiva subjetiva está em consonância com a viragem lingüística do início do século XX. Como enfatiza Malatesta, a certeza trata-se de uma percepção, um *estado de alma*, que não necessariamente depende da verdade¹⁴⁵⁸. Em sentido muito semelhante, é isto o que entende Hegel (1770–1831), quando afirma ser a prova incapaz de relevar a verdade absoluta, porém, ao contrário, o que de fato prevalece será “a convicção subjetiva, a certeza de consciência (*animi sententia*)”¹⁴⁵⁹. A certeza é a “crença da posse da verdade”¹⁴⁶⁰. Qualquer que seja a certeza, há a necessidade de um empenho racional para atingi-la. Mesmo quando se tem uma certeza física, por exemplo, naqueles casos hipoteticamente imaginados em que o crime fora praticado na presença do juiz ou naqueles outros que dependem de uma constatação documental¹⁴⁶¹, a contribuição da apreensão sensorial do julgador apresenta-se decisiva. Como fundamento, a certeza não passa de um estado subjetivo, de onde promana a verdade¹⁴⁶².

Como a natureza da certeza é subjetiva, ninguém saberá dizer qual opinião será correta¹⁴⁶³. O utilitarismo de Stuart Mill (1773–1836) também nega, dessa forma, a existência da certeza absoluta, porque “não existe tal coisa, mas há a certeza suficiente para os propósitos da vida humana”¹⁴⁶⁴. Para Mill, a certeza está revestida de seu caráter subjetivo, cuja relatividade autoriza que qualquer julgamento admita a sua exaustiva contrariedade. Este princípio elementar não somente norteia a liberdade de opinião, mas deve, igualmente, imperar sobre os julgamentos judiciais. O filósofo é enfático:

Chamar qualquer proposição de certa, enquanto haja qualquer pessoa que negue sua certeza, se assim lhe for permitido, mas que não tenha tal permissão, é assumir que nós mesmos, e

¹⁴⁵⁷ Ibid, p. 63.

¹⁴⁵⁸ Ibid, p. 21.

¹⁴⁵⁹ “Princípios do Direito”. 3ª ed., Trad. Orlando Vitorino. Lisboa: Guimarães, 1986, p. 187.

¹⁴⁶⁰ MALATESTA, Nicola Framarino dei. Op. cit., p. 22.

¹⁴⁶¹ Ibid, p. 30.

¹⁴⁶² Ibid, p. 34.

¹⁴⁶³ Como registra Stuart Mill, “para recusar ouvir uma opinião, porque eles têm certeza de que ela é falsa, é assumir que ‘sua’ certeza é a mesma coisa que certeza ‘absoluta’” (“Ensaio Sobre a Liberdade”. Trad. Rita de Cássia Gondim Neiva, São Paulo: Escala, 2006, p. 37).

¹⁴⁶⁴ Ibid, p. 39. Em sentido semelhante, Thomas Hobbes (1588 -1679) discorre sobre a manipulação e construção dos sentidos das palavras: “Mas acontece às vezes que, embora as palavras tenham por sua constituição um significado certo e definido, venham elas, porém, porque o vulgo as utiliza quer para adorno quer para engano, a ser tão arrancadas de suas significações próprias que se torne difícilíssimo recordar as concepções pelas quais foram inicialmente impostas às coisas...” (“Do Cidadão”. 3ª ed., trad. Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 334).

aqueles que concordam conosco, somos os juízes da certeza, e juízes, sem ouvir o outro lado¹⁴⁶⁵.

De tal modo dependente da intervenção judicial, a certeza traslada-se para o processo em forma de convencimento, cujo caráter subjetivo precisa objetivar-se em uma linguagem. É nisto que reside a essência do princípio da persuasão racional ou do convencimento motivado. Segundo assevera Malatesta, o convencimento de que se versa não é o de cunho íntimo, mas sim o racional – com a força de produzir o mesmo impacto em qualquer homem¹⁴⁶⁶. Este processo de convencimento foi chamado pelo professor italiano de *sociabilidade do convencimento*.

Por tal razão, diante do processo dialético, o juiz tem o dever de perguntar como condição do exercício plena da garantia de defesa. As partes não prescindem desta contingência, pois, sem a qual, não conhecerão a impressão prévia que os fatos causam ao julgador. Segundo o Direito Alemão, a instrução impõe às partes um dever de complementação (*Vollstaendigkeitspflicht*) e de esclarecimento (*Aufklaerungspflicht*)¹⁴⁶⁷. Principalmente no processo penal, é em função deste duplo ângulo que nasce para o juiz o poder-dever de perguntar, porquanto não lhe cabe exercitar o direito ao silêncio, prerrogativa exclusiva de quem se defende. As perguntas judiciais publicizam os elementos objetivos com os quais pretende o julgador respaldar a sua convicção pessoal, revestindo, assim, os meios defensivos para o acusado. O princípio da persuasão racional exige do julgador uma postura ativa, isto é, que precisa suportar os efeitos práticos do contraditório durante todo o processo de formação de sua convicção.

Diante da filosofia da linguagem, a sociabilidade do convencimento deve ser introjetada numa ótica garantista. O juiz não decide sozinho, senão como membro de uma comunidade que, muitas vezes, silenciosamente, fala por ele no momento de decidir. Esta comunidade silenciosa deve ser situada em um momento histórico, ou dizendo melhor, deve produzir os sons do Estado Constitucional de Direito. Segundo completa Malatesta, o juiz deve absolver, mesmo estando intimamente convencido da culpa do réu, quando “sente que suas razões não são tais que possam gerar igual convicção em qualquer outro cidadão racional e desinteressado”¹⁴⁶⁸.

¹⁴⁶⁵ MILL, Stuart. "Ensaio Sobre a Liberdade". Trad. Rita de Cássia Gondim Neiva, São Paulo: Escala, 2006, p. 42.

¹⁴⁶⁶ MALATESTA, Nicola Framarino dei. "A Lógica das Provas em Matéria Criminal". Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1996, p. 51.

¹⁴⁶⁷ CRESCI SOBRINHO, Elício de. O Dever do Juiz de Perguntar. "Revista Forense". São Paulo: Forense, v. 295, p. 463-464.

¹⁴⁶⁸ MALATESTA, Nicola Framarino dei. Op. cit., p. 51.

O reconhecimento do caráter subjetivo da certeza expõe a fragilidade da garantia de defesa de maneira mais evidente. É indispensável que se atenuem a subjetividade do convencimento, de tal modo que quanto mais seja possível alcançar níveis aproximados de objetivação (de sociabilidade), maiores serão as chances defensivas.

Aqui se encontra o cerne do garantismo penal. Na contemporaneidade, cabe reduzir-se, ao máximo possível, o caráter íntimo da certeza judicial, como condição de existência da ampla defesa. A fim de permitir a busca da verdade e a refutabilidade, o garantismo estabelece uma revisão da linguagem jurídica, criando condições para que se afastem do texto legal os termos vagos ou valorativos e as antinomias semânticas. O emprego de palavras vagas pelo legislador ou pelas autoridades públicas esvazia o conteúdo das garantias, porque a ambigüidade abre um vácuo na descrição do fato de tal maneira que incapacita a refutação¹⁴⁶⁹. No entanto, mesmo o fim dos termos vagos e valorativos não permite a obtenção da *verdade absoluta*, senão a *verdade processual*, esta, sim, uma mera tentativa de aproximação da *verdade plena*¹⁴⁷⁰.

Para Ferrajoli, a inferência decisória do juiz encerra uma *probabilidade*, por meio de uma conexão entre o fato e os fatos probatórios, ou seja, a verdade alcançada pelo processo não está logicamente provada, porém encontra-se logicamente comprovada como *provável* ou *razoável*, motivo pelo qual não se evitam as decisões conflitantes¹⁴⁷¹. O juiz decide em favor da hipótese de maior capacidade explicativa ou – na sua falta – em favor do réu¹⁴⁷². Em larga escala, é exatamente isto o que defende Beccaria (1738–1794) num de seus textos tardios. O jurista de Milão criticou a aplicação da pena de morte justamente por não ser possível a existência de um caso no qual inexistam provas em contrário, mesmo quando presentes testemunhas, indícios e confissão¹⁴⁷³.

Neste contexto, a defesa técnica tem o papel fundamental de demonstrar o sentido social a ser dado ao fato e à correspondente resposta estatal, inserindo os valores do Estado Democrático e norteando a certeza e a convicção judicial. Neste sentido, a certeza subjetiva do juiz deve ser objetivada pelo seu convencimento racional. Não é todo convencimento que produz certeza válida, a não ser o convencimento racionalmente demonstrado.

¹⁴⁶⁹ Cf. FERRAJOLI, Luigi. “Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal”. Trad. Ana Paulo Zomer et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 102.

¹⁴⁷⁰ Ibid, p. 42.

¹⁴⁷¹ Ibid, p. 44.

¹⁴⁷² Ibid, pp. 44-5.

¹⁴⁷³ BECCARIA. “Questões Criminais”. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2006, p. 74-5.

Como visto, a obtenção da verdade pode ter como ponto de partida critérios objetivos, mas, ainda assim, o juiz não deixa de sofrer influência "de seu caráter individual, de modo que a sentença proferida é evidentemente subjetiva"¹⁴⁷⁴. Contudo, para o julgamento não basta a convicção íntima do juiz (subjetividade); é necessário que esta convicção esteja fundada em razões sólidas. Neste caso, para alcançar o grau de certeza da hipótese acusatória, o juiz precisa rebater os argumentos em contrário. Por isso, não obstante a lei prescreva a concisão da pronúncia (art. 413, § 1º, CPP), não será preciso dizer que o magistrado terá que rebater – mesmo diante da ausência de expressa previsão legal – as teses defensivas suscitadas pelo acusado. É neste sentido que a certeza subjetiva precisa objetivar-se. A certeza, portanto, exige obediência a alguns requisitos, isto é, deve estar calcada em motivos, os quais precisam não apenas conhecer as hipóteses em contrário, mas também transpô-las. Enfim, o estado de certeza adquire-se quando as dúvidas são repelidas por quem julga¹⁴⁷⁵.

De fato, a opinião pública deve deixar de ser um parâmetro para o convencimento judicial, porque a compreensão da sociabilidade do convencimento não se cinge a ela. Atualmente, o convencimento racional decorre acima de tudo (I) de uma necessidade de se convencer a comunidade dos intérpretes e (II) do desígnio garantista de não permitir uma linguagem calcada em conceitos subjetivistas (indeterminados, vagos, abstratos ou puramente discriminatórios).

O garantismo não dá espaço ao modelo autoritário de verdade, ou seja, não admite que a verdade do juiz seja a única ou que a razão esteja sempre com a maioria democrática. Enfim, convém abrir caminho para a verdade da parte e, por conseguinte, conferir importância à participação defensiva do acusado. No seio do processo acusatório – garantista, a verdade resulta do debate e, nesse caso, esta verdade será apenas relativa, uma vez que tem origem nas idéias opostas cultuadas pelo contraditório¹⁴⁷⁶. De fato, o garantismo não assegura a existência de provas absolutas ou mesmo demonstração lógica da verdade dos fatos, uma vez que é necessário evitar o erro de cair no artifício da verdade ontológica ou no decisionismo. Em qualquer caso, estão nas garantias as balizas do poder de convencimento judicial.

¹⁴⁷⁴ MITTERMAIER, C. J. A. "Tratado da Prova em Matéria Criminal ou Exposição Comparada". Trad. Herbert Wüntzel Heinrich. Campinas: Bookseller, 1997, p. 63.

¹⁴⁷⁵ Ibid, p. 66.

¹⁴⁷⁶ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 488.

9.5. A iniciativa instrutória judicial como instrumento de igualdade material e a garantia de defesa como limite à inquisitividade (inquisitorial system). O garantismo frente à iniciativa instrutória do juiz

Cícero (106–43 a.C.) confirma o antigo desejo humano por igualdade quando evidencia que "siempre se buscó un derecho igual para todos, porque, si no fuera así, no sería derecho"¹⁴⁷⁷. Contudo, somente os estímulos políticos de John Locke (1632–1704) e Rousseau (1712–1778) definem o cume teórico da igualdade durante a Revolução Francesa, momento em que se agita a bandeira pelo fim de privilégios da nobreza e do clero constituídos desde o antigo regime. No esforço de se fundar uma sociedade onde todos fossem iguais perante a lei, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) ajusta, em seu primeiro dispositivo, que todos nascem e ficam iguais em direitos, somente se admitindo distinções sociais fundamentadas na utilidade comum.

Apenas no século XX, a igualdade reabastece-se de um significado aberto, voltado ao estabelecimento de direitos (igualdade) na lei, em favor daqueles em condições de inferioridade. É neste momento que o Judiciário resulta como garantidor da igualdade material das pessoas¹⁴⁷⁸. Surgem, assim, os movimentos pela igualdade de direitos de participação democrática e contra as diversas desigualdades (por razões raciais, sociais, de gênero etc.).

No Direito Penal, o reflexo desta tendência deu-se, inicialmente, com o aprimoramento das técnicas de individualização da pena, marcando o começo de uma justiça penal de igualdade real. O século XX afasta-se, definitivamente, do formalismo em direção à reconhecimento da realidade e dos princípios¹⁴⁷⁹, isto é, rompe com o modelo do juiz passivo alojado desde a Revolução Burguesa, em direção ao estabelecimento da igualdade material entre as partes processuais.

No direito inglês, o *fair trial* regula o equilíbrio entre a pretensão punitiva e a liberdade do cidadão, partindo da premissa de que qualquer um, mesmo inocente, poderá ver-se constringido pelo processo penal. É em função disso que o fim do processo "não é a verdade a qualquer preço, mas, a busca *dosificada* da verdade ou, em outras palavras, a

¹⁴⁷⁷ CICERÓN. "Sobre los Deberes". Trad. José Guillén. Madrid: Tecnos, Alianza Editorial, 1989, p.162-3.

¹⁴⁷⁸ PERELMAN, Chaïm. "Ética e Direito". Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 235.

¹⁴⁷⁹ Cf. PERELMAN, Chaïm. Op. cit., pp. 222 e 621.

verdade obtida em respeito ao *Fairnessprinzip*¹⁴⁸⁰. O direito processual penal alemão, tal qual a maioria dos ordenamentos jurídicos modernos, absorve o *fair trial* como um princípio (*Fairnessprinzip*) intimamente vinculado à idéia de igualdade de armas (*Waffengleichheit*)¹⁴⁸¹.

Sem prejuízo das hipóteses constitucionais de desigualdades processuais, como o foro por prerrogativa de função ou as imunidades (materiais e formais)¹⁴⁸², coube ao *devido processo legal* a função precípua de estabilizar o *jus puniendi*, tornando segura a equivalência entre o poder de defender a sociedade e a garantia de defesa individual. Hipoteticamente, a lei assegura uma igualdade formal entre as partes processuais, mas, no plano prático, ocorrem sérias distorções, que, incorrigivelmente, comprometem a igualdade material necessária ao sistema acusatório e ao Estado Constitucional de Direito.

Ainda formalmente, os sistemas jurídicos democráticos também instituem regras (*prima facie*) de equilíbrio entre as partes, mas tais disposições não funcionam de per si para firmar a igualdade material. Citando Ruiz Vadillo, Oña Navarro aponta algumas vantagens do acusado em relação ao acusador, tais como: (I) o acusador não tem direito de ser informado da defesa do acusado, enquanto a defesa tem direito de ser informada dos argumentos do acusador; (II) o acusador tem o dever de guiar-se pela verdade, e o acusado tem o direito de não produzir contra si; (III) o acusador deve provar a responsabilidade do acusado, enquanto este se favorece pela presunção da inocência e não precisa provar sua inocência; (IV) o juiz pode restringir as acusações do Ministério Público, mas não aumentá-las, e (V) o acusado tem o direito à última palavra¹⁴⁸³.

Mas como estabelecer um tratamento de igualdade efetiva para acusado no processo penal? Dentre as várias respostas possíveis, uma primeira poderia voltar-se à igualdade formal, segundo a qual caberia estarem à disposição do acusado os mesmos meios conferidos à parte contrária. Esta solução hipotética não se materializa na vida real, dado que o acusado, originariamente, apresenta-se na persecução criminal como a parte ontologicamente mais fraca, porquanto o início da ação penal dá-se a partir de elementos contra os quais não teve oportunidade de contraditar satisfatoriamente. Em regra, não se garante plena defesa durante a fase investigativa, razão pela qual o denunciado já principia o processo com significativo

¹⁴⁸⁰ DIAS NETO, Theodomiro. O Direito ao Silêncio: tratamento nos direitos alemão e norte-americano. "Revista Brasileira de Ciências Criminais". São Paulo, ano 5, n. 19, p. 179-204, jul.-set./97, p. 181.

¹⁴⁸¹ Ibid, p. 180.

¹⁴⁸² Cf. COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. "Igualdade no Direito Processual Penal Brasileiro". São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 67.

¹⁴⁸³ OÑA NAVARRO, Juan Manuel de. El derecho de defensa en la fase de instrucción del proceso penal en la doctrina del Tribunal Constitucional. In: COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel (Dir.). "Constitución y Garantías Penales". Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2004, p. 165-238, p. 176.

retardo defensivo. Por outro lado, a falta de assistência material à defesa do acusado também se apresenta como um obstáculo que desequilibra a segurança de uma igualdade formal entre as partes.

A simples garantia de cumprimento dos preceitos legais não assegura qualquer igualdade, senão apenas destaca as desigualdades, porque funda o poder de acusar e o de defender-se sob um matiz formal-legalista incompatível com a obediência aos valores do Estado Democrático. As soluções formalistas acima ignoram os aspectos concretos da sociedade.

Qualquer que seja a solução para o problema da desigualdade no processo, ela precisa originar-se do reconhecimento das diferenças e necessidades das partes. Por outro lado, o assunto não se resolve pelo estabelecimento de uma igualdade segundo os méritos de cada um, tendo em vista que o processo judicial penal se inicia apoiado em uma presunção de inocência que – desde logo – atribui todos os méritos a favor do acusado. No entanto, a presunção apenas logra compensar os efeitos da desigualdade real dos contendores, mas não proporciona situação de efetivo equilíbrio.

Concretamente, cabe ao juiz reconhecer a situação de desigualdade real e ajustar a estabilização da situação processual durante o transcurso da ação penal por meio de uma linguagem que almeje eliminar as diferenças possíveis, como condição ao cumprimento do *devido processo legal*. Pelo menos durante a instrução processual, a ampla defesa não se aparta da isonomia substancial.

Portanto, a instauração de uma igualdade de armas é um dos pressupostos da defesa plena¹⁴⁸⁴, razão pela qual cumpre ao *devido processo legal* suprir a “ausência de igualdade entre os titulares dos interesses conflitantes”¹⁴⁸⁵. Sob tal prisma, a imparcialidade do juiz é condição à igualdade processual da partes no sistema acusatório. As partes posicionam-se, equidistantemente, em relação ao julgador, do qual não se esperam argumentos fundados em convicções pessoais ou parciais¹⁴⁸⁶.

Aqui reside um ponto crucial para a teoria processual, porquanto, rigorosamente, o garantismo condena a iniciativa instrutória do juiz. Neste sentido, Ferrajoli denomina acusatório o sistema processual que considera o juiz como um sujeito passivo, inteiramente separado das partes, enquanto, no modelo inquisitório, cabe ao juiz o poder de colher e avaliar

¹⁴⁸⁴ TUCCI, Rogério Lauria. “Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro”. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 189.

¹⁴⁸⁵ COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. Op. cit., p. 101.

¹⁴⁸⁶ Ibid, p. 121.

as provas, por meio de uma instrução que limita a chance de defesa¹⁴⁸⁷. Segundo o penalista, faz-se fundamental, no modelo acusatório, a separação das partes, de modo que deve reservar-se o distanciamento do juiz como "pressuposto dos ônus da contestação e da prova atribuídos à acusação"¹⁴⁸⁸. Logo, o método inquisitório acredita na capacidade de o juiz encontrar a verdade e salvaguardar a inocência do acusado, ao tempo em que o sistema acusatório prefere a verdade oriunda do debate das partes¹⁴⁸⁹.

Em síntese, o garantismo elege o juiz meramente espectador, em oposição ao "juiz ator, representante do interesse punitivo (...) e dotado de capacidade investigativa"¹⁴⁹⁰. Ainda sem entrar em pormenores, a separação de papéis no modelo acusatório impede que o juiz aja com função postulatória. Por isso, Ferrajoli critica o modelo misto, como o adotado pelo ordenamento pátrio, que confere o poder de iniciativa instrutória às partes e também ao juiz¹⁴⁹¹. Dentro deste quadro, a coleta dos depoimentos testemunhais deve depender, exclusivamente, das partes. Pode-se dizer, logo, que a condução do depoimento do réu pelo juiz trata-se de um resquício inquisitório, assim como a advertência por falso testemunho. Neste sentir, o processo acusatório não deve reconhecer ao juiz o poder de admitir ou não as provas¹⁴⁹².

Entretanto, sem ignorar a autoridade do debate na compreensão da verdade, não desconstituímos a inquisitividade judicial, como condição do estabelecimento da igualdade material das partes, notadamente tendo como referência a realidade do sistema jurídico brasileiro, onde a produção de prova não pode ser assunto dedicado exclusivamente às partes. O direito de defesa trata-se de um mecanismo tributado à parte para examinar criticamente a hipótese acusatória, mas isto não pressupõe que deva o juiz ficar refém dos litigantes. Desse modo, é notável observar que os institutos que enfatizam o consenso e a discricionariedade da ação¹⁴⁹³ convergem, muitas vezes, para o antigarantismo, forçando réus hipossuficientes a desistirem da defesa em troca da verdade consensual ou da promessa de uma pena menor¹⁴⁹⁴. Ora, não será mais grave admitir tais políticas de consenso sob o manto de um juiz inerte?

¹⁴⁸⁷ "Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal". Trad. Ana Paulo Zomer et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 453.

¹⁴⁸⁸ Ibid, p. 455.

¹⁴⁸⁹ Ibid, p. 483.

¹⁴⁹⁰ Ibid, p. 461.

¹⁴⁹¹ Ibid, p. 488.

¹⁴⁹² Ibid, p. 490. Deve ser advertido que Ferrajoli apenas identifica semelhanças entre o sistema garantista e acusatório, sendo aquele mais amplo do que este.

¹⁴⁹³ A obrigatoriedade da ação penal é um aspecto relevante para o sistema garantista, mas diz respeito apenas à iniciativa, ou seja, não significa que o Estado deva buscar a condenação de todos os crimes (FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 457).

¹⁴⁹⁴ Ibid, p. 456.

Sem dúvida, o direito de defesa encontra sua grande resistência no perfil inquisitivo do juiz (não na inquisitividade), ainda preocupado em encontrar, a todo custo, a verdade real. O juiz inquisidor acredita que a busca da verdade será capaz de revelar a inocência do acusado, motivo pelo qual não se preocupa com uma defesa real e efetiva. Por outro lado, a busca da verdade também propiciará a *revelação* da culpabilidade, independentemente da ação da defesa¹⁴⁹⁵.

No entanto, cabe assimilar que *inquisitividade* não se confunde com o *processo inquisitivo* de cunho medieval. A *inquisitividade* é a característica do processo penal moderno que autoriza o juiz investigar a verdade dos fatos¹⁴⁹⁶, tomando, até mesmo, a iniciativa instrutória. Contudo, deve ser lida com cuidado a afirmação de que o juiz do processo penal (ao contrário do que acontece no processo civil) deve proceder à averiguação da verdade material de forma independente, ou seja, desvinculada do contributo das partes¹⁴⁹⁷. Esta citada *independência* coloca-se no âmbito estreito da *inquisitividade*. A atuação *absolutamente* independente do juiz, desvinculada da contribuição das partes e dos limites da garantia de defesa, assinala um resquício do *processo inquisitivo* medieval¹⁴⁹⁸. Com efeito, a “participação do acusado no procedimento é uma demanda com raízes nas idéias liberais e democráticas da filosofia política e jurídica do iluminismo”¹⁴⁹⁹. No entanto, isto também não quer dizer que o processo penal transcorra livremente, ao sabor dos interesses das partes¹⁵⁰⁰.

Parte da doutrina ainda não distingue *processo inquisitivo* e *inquisitividade*¹⁵⁰¹. Diferentemente da inquisitividade, o processo inquisitivo centraliza a busca da verdade no juiz, ignorando a composição de um processo dialético de partes, no qual a defesa também exerça função decisiva. Disto deriva que também é necessário distinguir o modelo acusatório

¹⁴⁹⁵ MARTÍNEZ, Stella Maris. Quién defiende a la Defensa: el derecho de defensa como requisito inexcusable de una administración de justicia respetuosa de los derechos humanos. In: MESSUTI, Ana; SAMPEDRO ARRUBIA, Julio Andrés (comps.). “La Administración de Justicia: en los albores del tercer milenio”. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2001, p. 168.

¹⁴⁹⁶ TUCCI, Rogério Lauria. “Teoria do Direito Processual Penal: Jurisdição, Ação e Processo Penal (Estudo Sistemático)”. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 27.

¹⁴⁹⁷ Cf. DIAS NETO, Theodomiro. O Direito ao Silêncio: tratamento nos direitos alemão e norte-americano. “Revista Brasileira de Ciências Criminais”. São Paulo, ano 5, n. 19, p. 179-204, jul.-set./97, p. 180.

¹⁴⁹⁸ Theodomiro Dias Neto não defende que a decisão penal seja de tal forma independente ou que seja tomada sem a participação efetiva das partes. Como ele próprio explica, na Idade Média e nos estados totalitários, o acusado era tomado como objeto e não como “participante de um processo de comunicação recíproca” (op. cit., p. 183). De fato, a adoção do princípio da livre convicção judicial legitimou o arbítrio dos juízes, tornando-se, assim, uma das páginas mais obscuras do Direito Penal (FERRAJOLI, Luigi. “Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal”. Trad. Ana Paula Zomer et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 113).

¹⁴⁹⁹ DIAS NETO, Theodomiro. Op. cit., p. 183.

¹⁵⁰⁰ Ibid, p. 184.

¹⁵⁰¹ Aury Lopes Júnior chega a afirmar que “o processo penal brasileiro é inquisitivo”, considerando que a iniciativa probatória cabe ao juiz [(Re)discutindo o Objeto do Processo Penal com Jaime Guasp e James Goldschmidt. “Revista Brasileira de Ciências Criminais”. São Paulo, n. 39, p. 103-124, jul.-set./02, p. 115-6].

do inquisitivo, para, somente assim, antes de qualquer coisa, entender como o processo se relaciona com a tensão entre o poder punitivo e a defesa.

O sistema acusatório clássico se inclina para a verdade subjetiva, tanto que se organiza em torno de (I) íntima convicção do juiz; (II) prova oral; (III) celeridade; (IV) restrição recursal, somente para ficar nessas características. Por outro lado, o sistema inquisitivo coloca-se em favor da verdade objetiva, alcançada mediante uma prova avaliada objetivamente por juízes técnicos. Seja como for, embora, no mundo da realidade, inexista um modelo estritamente puro, convém sublinhar que quanto mais o sistema processual se amparar nas características inquisitivas, menores as chances defensivas da parte e mais poderes se conferem à punibilidade. Por outro lado, infere-se que o sistema acusatório adjudica menos poderes ao juiz e mais relevância à verdade que surge do debate das partes, sendo, neste aspecto, semelhante ao garantismo (semelhanças), notadamente quanto ao desiderato de limitar os poderes do juiz e ampliar as oportunidades de defesa.

No processo acusatório, a verdade importa menos para o Estado, sendo as garantias estabelecidas como limites ao poder punitivo. Já pela tradição inquisitiva, a punibilidade interessa mais ao Estado, o qual se orienta, assim, pela determinação da verdade material, porém menos atento ao debate e, conseqüentemente, ao que as partes têm a dizer.

Dentro deste quadro, as formas dos mecanismos de obtenção da verdade variam no sistema acusatório e no inquisitivo. Nas democracias, notadamente por avaliar o processo como um meio de repressão, eleva-se o modelo acusatório como o mais apropriado para conter o abuso do Estado¹⁵⁰². No sistema acusatório puro, valoriza-se a convicção judicial, estando o processo estabilizado pelo embate das partes. É por isto que, como afirma Joaquim Canuto Almeida (1906–1990), “a contrariedade é a ação das partes”¹⁵⁰³. Na seara acusatória, o interrogatório constitui um dos principais atos de contra-ataque e, como tal, destina-se à defesa do réu, razão pela qual não atende ao propósito de investigação da verdade material a todo custo¹⁵⁰⁴.

Noutro passo, a forma inquisitorial é que mais bem persegue o crime¹⁵⁰⁵. Logo, o processo inquisitório tem como fim a busca da verdade e da confissão do acusado, em função de que se estrutura em diversas fases concatenadas, mesmo que isto reclame uma maior demora processual. Mais do que isso, o julgamento do delito é uma questão de Estado, em

¹⁵⁰² MITTERMAIER, C. J. A. "Tratado da Prova em Matéria Criminal ou Exposição Comparada". Trad. Herbert Wüntzel Heinrich. Campinas: Bookseller, 1997, p. 34.

¹⁵⁰³ "A Contrariedade na Instrução Criminal". São Paulo: sem editor mencionado, 1937, p. 110.

¹⁵⁰⁴ MITTERMAIER, C. J. A. Op. cit., p. 38.

¹⁵⁰⁵ Ibid, p. 44.

função de que o arbítrio judicial está limitado pela verdade que brota das provas¹⁵⁰⁶. A contrariedade não detém o aspecto de *ação da parte*, porque a única *ação* que existe é a do Estado.

Classicamente, o processo inquisitivo funda-se na idéia de que a busca da verdade compete ao juiz, enquanto, no modelo acusatório, a iniciativa probatória cabe tão-somente às partes, como segurança da imparcialidade judicial¹⁵⁰⁷. Atualmente, essa concepção dicotômica perde vigor diante da necessidade de se estabelecer, no processo, a igualdade substancial, à custa de que já não se espera do juiz uma postura inerte. Por tal motivo, a *inquisitividade* domina o processo acusatório moderno, justamente com o fim de atenuar o ônus material da prova que recai sobre a pessoa do acusado.

Em razão da presunção de inocência, a parte não tem o ônus probatório formal, mas, v.g., caso alegue uma legítima defesa, cabe-lhe o ônus material. Assim, notadamente pelo relevo constitucional da presunção de inocência, o ônus material não se trata de uma alçada exclusiva do acusado. Por esta razão, a *inquisitividade* autoriza que o juiz tome iniciativa probatória em favor da demonstração da tese defensiva ou mesmo para esclarecer fato deduzido pelo órgão acusador.

O juiz do processo inquisitivo, por não se preocupar com a defesa efetiva, ignora a atuação dos defensores por ele nomeados, até mesmo, preferindo nomear os profissionais que menos militam em favor dos direitos de seus constituintes. De fato, muitas vezes se relega à defesa – especialmente quando exercida por defensores nomeados – um papel meramente formal e burocrático, a fim de se justificar a conclusão das etapas procedimentais. No Estado Constitucional de Direito, a postura judicial burocrática dá lugar à garantista, que zela pela eficiência da defesa. A nova classe de magistrados prefere nomear defensores públicos, exigindo-lhes efetividade, e, na falta, apenas nomeia os advogados experientes e especialistas da matéria criminal, em detrimento daqueles que cumprem sua função com o intuito unicamente formal¹⁵⁰⁸.

A compreensão da diferença entre *inquisitividade* e *função inquisitorial* (própria do processo inquisitivo) está basicamente na distinção entre o *modelo processual adversarial* e o *não-adversarial (inquisitorial system)*. Enquanto, no *modelo processual adversarial*, há o

¹⁵⁰⁶ Ibid, p. 38.

¹⁵⁰⁷ Cf. GOLDSCHMIDT, James. “Princípios Gerais do Processo Penal”. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003, p. 73.

¹⁵⁰⁸ No processo penal, “ampla defesa é sinônimo de defesa efetiva e eficiente” (SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. “Curso de Direito Processual Penal: teoria (constitucional) do processo penal”. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 705).

predomínio das partes quanto à marcha e produção das provas, o modelo *não-adversarial* (*inquisitorial system*) permite ao juiz agir com *inquisitividade*, ou seja, compete ao agente público a condução dos movimentos procedimentais, sem impedimento para com a iniciativa da produção das provas¹⁵⁰⁹.

Como adverte Ada Pellegrini Grinover, o *inquisitorial system* não se confunde com o processo penal inquisitivo, assim como o modelo acusatório não equivale ao *adversarial system* anglo-saxônico¹⁵¹⁰. Em termos genéricos, o processo acusatório identifica-se pela publicidade e divisão de tarefas entre as partes, enquanto que o processo inquisitivo indica sigilo e concentração de funções na pessoa do juiz.

O processo acusatório não obrigatoriamente adota o modelo *adversarial*, ao contrário do que se pode pensar. Sem implicar qualquer contradição, o processo penal acusatório pode adotar o *adversarial system* ou o *inquisitorial system*, conforme o grau de poder que confere às partes para conduzir a marcha processual¹⁵¹¹.

Contemporaneamente, o processo acusatório tende a orientar-se pela ótica do *inquisitorial system*, a fim de cumprir uma função social destinada à efetivação de direitos, uma vez que não já não é mais "possível imaginar um juiz inerte, passivo, refém das partes"¹⁵¹². Nesse processo de cunho público, a busca da verdade não se satisfaz apenas com a atuação das partes. Mesmo havendo um contraditório eficaz, o juiz poderá tomar a iniciativa instrutória.

Logo, será fácil concluir que a inquisitividade judicial é o modelo mais bem ajustado à condição de um processo penal acusatório calcado na garantia de defesa efetiva e na igualdade material. Diante de tal panorama, compete ao juiz empregar técnicas para que a ampla defesa se torne eficaz e não apenas se restrinja à atuação das partes. A rigor, a iniciativa instrutória não fica, exclusivamente, dedicada às partes. Como destaca Ada Pellegrini Grinover, o juiz deve "assumir posição ativa na fase instrutória"¹⁵¹³. Porém, isto não significa que os magistrados estejam à procura da verdade absoluta ou da certeza objetiva, conceitos estes que não pertencem à esfera do processo judicial.

¹⁵⁰⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do Juiz no Processo Penal Acusatório. "Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária". Brasília-DF, vol. 1, n. 12, p. 15-25, jul./1998-dez/1999, p. 16.

¹⁵¹⁰ Ibid, p. 15.

¹⁵¹¹ Veja-se, a propósito, que os modelos adversarial ou não adversarial podem ser aplicados tanto no processo penal como no processo civil (GRINOVER, Ada Pellegrini. Op. cit., p. 17).

¹⁵¹² Ibid, p. 18.

¹⁵¹³ Ibid, p. 18.

Contudo, a *inquisitividade* diferencia-se do *processo inquisitivo* justamente porque o contraditório e a ampla defesa, assim como o princípio da motivação e o das provas lícitas, funcionam como limites ao abuso da atividade instrutória do juiz¹⁵¹⁴. A ampla defesa funciona como limite à atividade jurisdicional. Este limite, no entanto, possui duas fronteiras, de modo que, dialeticamente, o poder da função instrutória também impõe limites ao exercício do direito de defesa. Assim, a defesa não se exerce ilimitadamente, posto que é direcionada à *construção* da verdade processual.

A inércia probatória da parte – muitas vezes motivada por situações de desigualdade – não impede que o juiz tome iniciativa instrutória, com o propósito de realizar a verdade processual e assegurar a igualdade material.

A reforma da legislação processual penal valorizou alguns aspectos do *adversarial system*, na maneira em que as perguntas às testemunhas ou ao ofendido poderão ser feitas diretamente pela defesa técnica. Assim, o defensor terá oportunidade de perguntar as testemunhas diretamente, sem a intervenção do juiz, o qual, no entanto, poderá intervir para esclarecer pontos obscuros (art. 212, CPP). Isto indica que este modelo direto de perguntas, muito embora atenuar o sistema presidencial, não garante a aplicação pura de um *adversarial system*, notadamente porque o juiz conserva o poder de perguntar no início da audiência e de ouvir testemunhas além daquelas arroladas pelas partes (art. 209, CPP). Portanto, pode ser dito aqui em conclusão que o nosso sistema processual ainda possui traços marcantes de inquisitividade.

¹⁵¹⁴ Ibid, p. 19.

10. A RECONFIGURAÇÃO DO PERFIL JUDICIAL COM VISTAS À EFETIVAÇÃO DA GARANTIA DE DEFESA. O PROCESSO PRODUTOR DE RESULTADOS DEFENSIVOS

"Logo, meu amigo, a justiça é muito pouco importante, se ela se aplica somente a coisas inúteis.

Mas vamos examinar o seguinte: em um combate ou numa luta qualquer, o homem mais capaz de desferir golpes é também o mais capaz de se defender?"

PLATÃO, *A República*.

10.1. *A indeterminação da neutralidade judicial e a ameaça do subjetivismo: a questão do emprego dos ardis lingüísticos. O declínio do juiz formal-legalista*

A ruptura da supremacia da vontade do legislador favoreceu o surgimento das primeiras teorias que conferiram maior relevância à vontade do juiz. Progressivamente, o juiz desprende-se da literalidade do texto¹⁵¹⁵, seguindo, em alguns casos, em direção ao direito livre, em desprezo para com o predomínio da legalidade como controle do arbítrio. O quadro que se instaura funda o subjetivismo judicial.

A neutralidade patenteia um estigma que envolve o juiz em todos os momentos de sua atividade. Vem de Montesquieu o legado de um Judiciário remoto e temporário, imaginado como um Poder neutro¹⁵¹⁶. No Brasil, os regimes autoritários contribuíram para a valorização do juiz acomodado e isolado da sociedade, à custa de lhe preservar a neutralidade e a imparcialidade.

Todavia, não passa a neutralidade de um estereótipo¹⁵¹⁷. Por certo, o nosso passado autoritário foi responsável pela miscigenação entre o conceito de neutralidade e o de

¹⁵¹⁵ Cf. SANTORO, Emílio. "Estado de Direito e Interpretação: por uma Concepção Jusrealista e Antiformalista do Estado de Direito". Trad. Maria Carmela Juan Buonfiglio e Giuseppe Tosi. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 36.

¹⁵¹⁶ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. "O Espírito das Leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo". 6ª ed., Trad. Pedro Vieira Mota, São Paulo: Saraiva, 1999, pp. 169 e 173.

¹⁵¹⁷ Elucida Luis Alberto Warat que os estereótipos são termos ou palavras, "produto de longo processo de persuasão", que comunicam significados pré-formados. Para este autor, a imagem da neutralidade do Direito e do Estado não passa de estereótipo ("O Direito e sua Linguagem". 2ª ed., Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1995, p. 72 e 73). Em uma bela página, Warat verbera: "A interpretação da lei seria impossível se os juristas

imparcialidade, criando uma idéia preconcebida de que ambas se igualam. A neutralidade e imparcialidade são se confundem, assim como postura política não equivale a atitude político-partidária. O Estado-juiz tem interesse em assegurar o direito de defesa, como corolário da concretização da persecução penal¹⁵¹⁸. Não se concebe o juiz ignorante quanto às pretensões das partes.

Efetivamente, não haverá condições de ampla defesa sem um juiz imparcial e independente. A rigor, o princípio do juiz natural assegura o sucesso da tese defensiva em potência, como também demanda que as regras de competência estejam previamente estabelecidas, em função de que não se admite a designação *ex post factum* ou a constituição de tribunais de exceção. Como desdobramento da imparcialidade, vem o princípio da independência, segundo o qual o juiz somente deve julgar em função das provas e contraprovas legalmente confirmadas no processo, ignorando pressões internas ou externas em direção a uma determinada tomada de decisão. Portanto, a convicção judicial reivindica a demonstração lógica das conclusões.

A imparcialidade e a independência representam para o sistema garantista um comportamento congênito à equidistância em relação aos sujeitos do processo, mas, por outro lado, isso não impede que o juiz adote conduta ativa com o fim de assegurar a isonomia das partes.

Nessa linha de raciocínio, assinalo que o juiz exerce uma função eminentemente política, não somente porque independente ou integrante legítimo de um dos Poderes da República, mas, acima de tudo, porque tem o compromisso de realizar Justiça. A atividade político-social não contamina a sua imparcialidade e independência. Enquanto representar o resultado do exercício de um Poder, o ato de sentenciar em essência é político¹⁵¹⁹.

Engana-se quem esboça o juiz neutro como um apolítico. Até mesmo a neutralidade também consagra postura política. A venda nos olhos de *Themis* foram, durante muito tempo, os símbolos de uma Justiça politicamente neutra, mas não esqueçamos que a venda somente

decidiram sair da realidade mágica por eles mesmos instaurada. Como poderia interpretar-se a lei deixando de acreditar no efeito mágico de juizes imbuídos do atributo da neutralidade?" (op. cit., p. 120).

¹⁵¹⁸ Cf. LEÃO, Nilzardo Carneiro. "Princípios do Processo Penal". Recife: Imprensa Universitária, 1960, p. 53.

¹⁵¹⁹ Por isso, preconiza-se que a função do juiz "eleva as suas decisões àquelas de conteúdo eminentemente político-social" (COUTINHO, Heliana Maria de Azevedo. "O Juiz Agente Político". Campinas: Copola, 1998, pp. 72-73. Esta autora giza com exatidão o papel do juiz constitucional de hoje: "No mundo contemporâneo não há mais lugar para o juiz autômato, neutro, mero aplicador da lei por meio de silogismos, sem questionamentos sociopolíticos (sic) e sem responsabilidades pela reformulação da democracia. Decisões de um tal julgador estão fadadas à ilegitimidade, ao desrespeito e desconhecimento delas pela sociedade. O espectro da intervenção social do juiz aumenta quando assume ele papel de agente político, participante da sociedade como um 'arquiteto social', na expressão de Cunha Rodrigues" (op. cit., pp. 30-31). No mesmo diapasão: FARIA, José Eduardo (Org.). "Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça". São Paulo: Malheiros, 1998, p. 56.

se justifica porque a justiça possui olhos e não porque é cega. Comporta entender que já não se concebem posições que fundamentam a neutralidade do Judiciário como um caminho para a sua legitimação. A circunstância política na qual se inserem os outros Poderes não demanda uma postura neutra (moderadora) do Poder Judiciário.

Surpreendentemente, o paradigma liberal-individualista-legalista, sintetizado pelos valores da imparcialidade, da cientificidade na aplicação do direito e da neutralidade, ainda está presente na lei, em aparente confronto com um juiz substancialista do Estado Constitucional de Direito.

O rompimento da neutralidade e a interrupção da busca da vontade do legislador não abrem espaço ao surgimento de um juiz que abusa da doutrina subjetivista¹⁵²⁰, restringindo a verdade a sua própria vontade, em direção a uma interpretação sem fronteiras – parcial. Da mesma maneira que o formal-legalista, o juiz subjetivista (*nietzscheniano*)¹⁵²¹ também arruína a preservação do sentido amplo da garantia de defesa.

O modelo subjetivista, que descende da Escola do Direito Livre, alimenta o estilo segundo o qual cabe ao intérprete construir sozinho, segundo o seu próprio arbítrio, o significado das palavras, mesmo estando muito longe delas. O subjetivismo rompe, enfim, com o modelo ideal de um juiz submisso à vontade do legislador, em troca do juiz-legislador. Portanto, quando toma uma decisão, o *juiz nietzscheniano* tapa os ouvidos "mesmo aos melhores argumentos contrários", fazendo triunfar a própria vontade¹⁵²². Investigando os resultados pretendidos, ele produz irracionais seqüelas no sistema normativo e, conseqüentemente, esfumaça a garantia de defesa.

O subjetivismo desvairado não progride no terreno da hermenêutica crítica. Como entende Heidegger, compreendemos algo começando a partir de projetos prévios, os quais vão sendo revisados cada vez que se aprofunda o compreender¹⁵²³. O que faz o subjetivista senão apenas compreender à conta de seus próprios projetos prévios, apoiado em suas exclusivas expectativas? A despeito do controle, o sistema normativo não se fecha às interpretações subjetivistas. Embora não deva, o juiz pode conduzir o processo como o proprietário dos

¹⁵²⁰ Cf. HESSEN, Johannes. "Teoria do Conhecimento". Trad. João Virgílio Gallerani Cuter. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 36.

¹⁵²¹ Para tanto, uma análise mesmo perfunctória da teoria (a)moral de Friedrich Nietzsche será bastante para encontrarmos todos os contornos da personagem procurada e irrompermos plenamente, desde já, com os dogmas e símbolos em torno da neutralidade do intérprete inerente ao modelo anterior.

¹⁵²² NIETZSCHE, Friedrich. "Além do Bem e do Mal: Prelúdio de uma Filosofia do Futuro". Trad. Antonio Carlos Braga, São Paulo: Escala, s. d., p. 84.

¹⁵²³ Apud GADAMER, Hans-Georg. "Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica". 7ª. ed., Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2005, p. 356.

significados de todos os termos, olvidando o que as partes têm a dizer e dizem. A compreensão dos significados produzidos pelas partes, desde que fundados pelas provas, é condição *sine qua non* para o exercício da ampla defesa.

O intérprete subjetivista, desconhecendo as linguagens das partes, esvazia a garantia de defesa em meio aos ardis lingüísticos, que deixam margem aos sentidos vagos, valorativos ou que aprisionam o acusado num labirinto de termos inteiramente concluídos, como fórmulas instantâneas, prontas independentemente de qualquer ação. Por isto, afirma Nietzsche que “temos eternamente necessidade de nos defender”¹⁵²⁴.

O conteúdo da garantia de defesa se reduz diante dos recursos lingüísticos que empregam palavras de conteúdo ambíguo, gatilhos de sentimentos que nos fazem salivar tal qual o cão de Pavlov¹⁵²⁵. Palavras como *terrorista*, *facção criminosa*, *perigoso*, *ordem pública* e tantas outras estimulam sentimentos de reação social punitiva, mesmo sem sabermos se a pessoa associada a ela estaria verdadeiramente enquadrada na definição desses nomes.

Algo semelhante acontece no processo penal com a palavra *perigoso*. O que se define por perigoso? Como se defender desta qualificação? Efetivamente, não existem possibilidades objetivas de defesa se o sujeito, v.g, não possui condenações passadas em julgado ou sem que haja ao menos referências objetivas ao motivo do emprego do termo.

No processo judicial do séc. XXI, redobram-se as palavras enganosas, que funcionam como *traços mentais* (Andreas Freund), que enaltecem, depreciam, neutralizam, justificam ou isentam as ações humanas¹⁵²⁶. O sem teto, como diz Breton, não morre de frio, mas da sua miséria. As balas de borracha podem transmitir o sentido de macias, mas, na verdade, são de aço, envoltas a uma camada de borracha rígida¹⁵²⁷. Tendo na devida conta, sai com razão Cícero quando sustenta que algumas injustiças decorrem do engano e de uma interpretação demasiada sutil e maliciosa ao tempo do direito; a extrema justiça pode gerar extrema injustiça, segundo adverte o orador romano¹⁵²⁸.

¹⁵²⁴ "A Gaia Ciência". Trad. Antonio Carlos Braga, São Paulo: Escala, 2006, p. 88.

¹⁵²⁵ Ivan P. Pavlov tratava-se de um cientista que condicionou seu cão a salivar diante do toque de uma campainha (cf. BRETON, Philippe. "A Manipulação da Palavra". Trad. Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Loyola, 1999, p. 87).

¹⁵²⁶ Ibid, p. 88.

¹⁵²⁷ Cf. BRETON, Philippe. Op. cit., p. 89.

¹⁵²⁸ CICERÓN. "Sobre los Deberes". Trad. José Guillén. Madrid: Tecnos, Alianza Editorial, 1989, p. 74.

Os conceitos impressos pela lei revelam-se mutáveis, transformam-se com a sociedade e com os interesses que norteiam a necessidade de sua constante preservação¹⁵²⁹. A realidade e o texto da lei formam uma moldura em torno da qual não se permite a formação de subjetivismo. Todavia, o chamado uso alternativo do Direito, como uma interpretação crítica e pautada pelos valores constitucionais – concebida com o objetivo de superar o paradigma liberal-individualista-legalista –, em nada se equivale ao subjetivismo arbitrário, muito embora exista quem faça a equiparação¹⁵³⁰.

10.2. O predomínio dos princípios: a responsabilidade do juiz substancialista-garantista perante o regime constitucional de proteção à liberdade

Na última quadra do séc. XX, a normatização dos princípios no seio das constituições justifica o aparecimento do paradigma pós-positivista, que impede a ressurreição autônoma de um juiz subjetivista (*nietzscheniano*; parcial) e, ao mesmo tempo, suprime as limitações do positivismo legalista (*montesquieuniano*, neutro). Os princípios constitucionalizados conduzem o pensamento jurídico a uma teoria substancial e não meramente formal do Direito¹⁵³¹.

Agora, o juiz substancialista-garantista se sujeita à Constituição, consolidando uma postura crítica em relação à lei¹⁵³², porquanto as antinomias legais somente são removíveis pela lógica aplicada do cientista¹⁵³³. Como a Justiça da sociedade complexa inspira um valor dúbio, divergente para os distintos grupos sociais¹⁵³⁴, os textos legais apresentam-se discrepantes da mesma maneira. A linguagem legislativa, eminentemente técnica, reflete a

¹⁵²⁹ O Código Penal, por exemplo, garante a inviolabilidade do domicílio muito limitadamente, sob um certo sentido já inadequado ao avanço tecnológico atual. Exige-se a ampliação do significado de domicílio, porque a sua invasão virtual, por meio de computador, também é uma realidade. Luiz Vicente Cernicchiaro e Paulo José da Costa Jr. ilustram a matéria: "Se em 1940, quando se promulgou o Código, o domus poderia constituir o asilo inviolável do indivíduo, não o será nos dias hodiernos. A tecnologia moderna possibilitou a invasão de domicílio, sem que o agente nele penetrasse." ("Direito Penal na Constituição". São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 235). No entanto, neste caso, o princípio da taxatividade prescreve que a imperativa atualização semântica se opere apenas por meio de uma lei.

¹⁵³⁰ Defendendo o uso alternativo do Direito: CLÈVE, Clemerson Merlin. "Temas de Direito Constitucional e de Teoria do Direito". São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 210-30, pp. 216 e ss.

¹⁵³¹ Cf. BONAVIDES, Paulo. "Curso de Direito Constitucional". 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 256. Este cientista ainda conclui: "os princípios são o oxigênio das constituições na época do pós-positivismo. É graças aos princípios que os sistemas constitucionais granjeiam a unidade de sentido e auferem a valoração de sua ordem normativa" (op. cit., p. 259).

¹⁵³² STRECK, Lenio Luiz. "Hermenêutica Jurídica e(em) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito". 6ª. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 49.

¹⁵³³ CARVALHO, Paulo de Barros. "Curso de Direito Tributário". 17ª ed., Paulo: Saraiva, 2005, pp. 11-13.

¹⁵³⁴ CLÈVE, Clemerson Merlin. "Temas de Direito Constitucional e de Teoria do Direito". São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 210-30.

heterogeneidade da formação ideológica dos parlamentares, o que, naturalmente, produz ambivalências¹⁵³⁵. Portanto, cabe ao cientista – e especificamente ao juiz – enquadrar a lei dentro de uma harmonia sistêmica, adequando-a aos valores superiores do ordenamento.

Nesse sentido, o empirismo de Locke (1632–1704) é útil. Ele mostra a diversidade da linguagem do cientista (do jurista) em relação à linguagem ordinária, do cotidiano¹⁵³⁶. Nisto deve reter o juiz: a linguagem da lei é diferente da sua própria linguagem¹⁵³⁷. Efetivamente, o uso ordinário da palavra presta algum auxílio à pré-compreensão da lei, mas não funciona como um argumento de autoridade para determinar a prevalência de tal ou qual significado. Como a linguagem técnica da lei tende a se aproximar do sentido comum, cabe ao jurista harmonizar o texto legal segundo um caráter científico, momento em que a garantia de defesa ganha um contorno efetivamente amplo¹⁵³⁸.

Durante o predomínio do juspositivismo, os princípios habitavam os códigos com a finalidade meramente supletiva em relação à vagueza da lei. Mediante um estímulo normativo, os antiquados princípios gerais de direito, quando trazidos pelo pós-positivismo para o núcleo da Constituição, convertem-se em valores supremos, fundamentos de todo o ordenamento. A partir de então, os princípios constitucionais, e não mais os empalidecidos princípios gerais, ocupam o topo do sistema e guiam a fundamentação de todas as normas ordenadas. A garantia de defesa – deste momento em diante denominado amplamente – converte-se, enfim, em um valor, ou melhor, em um repositório dos direitos fundamentais¹⁵³⁹.

Tudo isso, contudo, não garante, de per si, a prática efetiva da ampla defesa. Não haverá a cômoda instalação do modelo garantista, centrado por uma defesa substancial, sem a

¹⁵³⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. Op. cit., p. 05.

¹⁵³⁶ “Ensaio acerca do Entendimento Humano”. Trad. Anoar Alex. São Paulo: Nova Cultura, 2000, p. 202.

¹⁵³⁷ Por isto, Vázquez Rossi afirma o seguinte: "Existe una tensión y una articulación permanente entre el lenguaje habitual y el lenguaje profesional jurídico, lo que redundará en una especial especificidad asentada sobre lo ambiguo de la relación" ("La Defensa Penal". 4ª ed., Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni Editores, 2006, p. 116).

¹⁵³⁸ A linguagem técnica é a utilizada para a construção de estrutura especificada; tem, portanto, pretensão epistêmica, numa tentativa de expurgar componentes políticos, representações ideológicas e incertezas da linguagem natural (WARAT, Luis Alberto. “O Direito e sua Linguagem”. 2ª ed., Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1995, p. 53).

¹⁵³⁹ Paulo Bonavides sabe resumir as importantes conseqüências dessa mudança de padrão hermenêutico: "A teoria dos princípios chega à presente fase do pós-positivismo com os seguintes resultados já consolidados: a passagem dos princípios da especulação metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do direito, com baixíssimo teor de densidade normativa; a transição do crucial da ordem jusprivatista (sua antiga inserção nos códigos) para a órbita juspublicista (seu ingresso nas constituições); a suspensão da distinção clássica entre princípios e normas; o deslocamento dos princípios da esfera jusfilosofia para o domínio da ciência jurídica; a proclamação de sua normatividade; a perda de seu caráter de normas programáticas; o reconhecimento definitivo de sua positividade e concretude por obras sobretudo das constituições; a distinção entre regras e princípios, como espécies diversificadas do gênero norma, e, finalmente, por expressão máxima de todo esse desdobramento doutrinária, o mais significativo de seus efeitos: a total hegemonia e preeminência dos princípios" (Op. cit., p. 264).

necessária compreensão (e remodelação) do juiz, consciencioso de seu papel de crítico da lei. Destarte, como explica o Des. Amilton Bueno de Carvalho, o poder de punir do Estado, comum à evolução da sociedade moderna, não corre sem amarras, às escâncaras, cabendo ao magistrado posicionar-se à altura do conflito social “reconhecendo, para tanto, a existência de pluralidade de sujeitos processuais e interagindo dialeticamente com eles”¹⁵⁴⁰. Na compreensão do conflito social, aqui esboçado pelo crime, requer-se o quinhão do princípio da igualdade substancial, pelo qual o desigual mereça o tratamento que lhe reservou a Constituição.

Está ultrapassada a defesa como um direito que apenas assegure a possibilidade de uma resposta antes de qualquer decisão. No Estado Constitucional de Direito, o sentido da defesa pressupõe uma ampla compreensão. A função precípua do processo penal é assegurar o cumprimento da ampla defesa, que não se restringe, formalmente (estritamente), ao ato do interrogatório ou a uma qualquer reação precedente, mas significa, em um sentido substancial (amplo), a capacidade de efetivamente poder interferir no resultado da decisão, por meio de produção de provas, ciência e acompanhamento dos atos processuais etc.

Diante deste enfoque, é de todo útil observar que a questão penitenciária ainda continua sendo um terreno à espera de aproveitamento. Por mais que tenha havido grandes modificações legislativas desde a aparição dos movimentos humanistas na segunda metade do século passado, a linguagem da lei não se torna perceptível no mundo da realidade. A experiência tem mostrado que não será apenas com leis que reverteremos o quadro caótico de violação aos Direitos Humanos. Portanto, cumpre ao juiz a função de reafirmar as garantias legais e, com isto, expurgar a idéia de que a massa de encarcerados – por viverem em miséria social - também suportam a miséria de direitos. Os pobres – aqueles a quem faltam dinheiro e direitos – não se acostumam com a pobreza.

Do juiz emana a responsabilidade de distribuir o direito. Habitado à má repartição da renda nacional, muitos dos magistrados ainda não acordaram para sua responsabilidade para com a situação de concentração de renda e direitos. Ao lado dos poucos ricos fartados de benesses, o nosso sistema político teima em cultivar uma legião de pobres privados dos direitos e garantias elementares.

Neste panorama, a atividade judicial tem sido confundida com a de agentes que gozam das garantias dos funcionários públicos e da independência dos profissionais

¹⁵⁴⁰ BRASIL. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. TJRS, HC n. 70.005.269.337, 5ª C. Crim., Lavras do Sul, 27 de novembro de 2002. Revista de jurisprudência ns. 226/227, janeiro/fevereiro/2004, ano XXXIX.

liberais¹⁵⁴¹. Tais garantias não lhe empresta a couraça comum aos que querem fugir da dívida deontológica para com a sociedade. A difícil tarefa de responsabilizar o juiz e, ao mesmo tempo, assegurar-lhe independência perpassa por um projeto de formação ética¹⁵⁴². Neste contexto, impõe-se ao Estado preservar, de todas as formas, a independência da magistratura, como garantia básica de que a injustiça pode ser debelada¹⁵⁴³.

Em razão da responsabilidade social do juiz, atribui-se ao Estado o ônus de indenizar o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença (art. 5º, LXXV)¹⁵⁴⁴. De tal modo, a função do juiz é devedora de contas à sociedade¹⁵⁴⁵. Em sentido amplo, o juiz paga esta dívida não apenas como um mero aplicador da lei, mas como garantidor da estabilidade constitucional do Estado Constitucional de Direito¹⁵⁴⁶. O seu vínculo de responsabilidade com o cidadão submetido ao processo penal sucede dos direitos fundamentais.

Portanto, a função do juiz criminal relaciona-se diretamente com o sistema constitucional de proteção à liberdade e, igualmente, com o poder estatal de proteger os valores constitucionais mediante a persecução penal. Esta relação, própria para o Estado Constitucional, revela um ponto de permanente atrito, às vezes apresentado com ares de *crise*. Como assenta Bobbio, o problema dos direitos fundamentais não é tanto justificá-los, mas

¹⁵⁴¹ CAPPELLETTI, Mauro. “Juízes Irresponsáveis”. Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1989, p. 11.

¹⁵⁴² Acerca da natureza da função judicial, a doutrina divide-se em posições que distinguem o juiz como o Estado no exercício da soberania, como servidor especial ou como servidor em sentido estrito.

¹⁵⁴³ Dentre os princípios básicos relativos à independência da magistratura, estabelecidos pelo VII Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, consta o de que deve o Estado “proporcionar os recursos necessários para que a magistratura possa desempenhar devidamente as suas funções” (§ 7o). Mário Moacyr Porto entende o juiz como um “funcionário de categoria especial”, não somente porque possui garantias que o distinguem dos demais servidores, mas também porque sua atuação manifesta o exercício de um dos Poderes do Estado (“Responsabilidade do Estado pelos Atos dos seus Juízes”. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 71, n. 563, p. 9-14, 1982, p. 11). Como parte integrante desta categoria especial, o juiz está sujeito à responsabilidade além dos demais servidores da administração. A sua responsabilidade decorre de sua importância na manutenção do Estado de Direito. Como tal, ele se identifica como agente político, que responde efetivamente pelo sistema constitucional. Portanto, a responsabilidade do juiz reparte-se em responsabilidade jurídica, social e política.

¹⁵⁴⁴ Registra Yussef Said Cahali que quando da elaboração da Constituição do Rio Grande do Norte, o jurista Mário Moacyr Porto fez a previsão de um sistema de responsabilidade que não afetaria a independência judicial (cf. “Responsabilidade Civil do Estado”. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 1996, p. 596).

¹⁵⁴⁵ A sujeição do juiz à sociedade não é novidade entre nós. A Constituição de 1824 já previa, em seu art. 157, a existência de uma ação popular contra juízes implicados com “suborno, peita, peculato e concussão”. O mesmo dispositivo acrescentava que a ação poderia ser intentada em um ano “pelo próprio queixoso, ou por qualquer do Povo, guardada a ordem do Processo estabelecida na Lei” (CASTRO JÚNIOR. Osvaldo Agripino de. “A Democratização do Poder Judiciário”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 84).

¹⁵⁴⁶ Em sentido estrito, a responsabilidade cinge-se à sujeição de um controle político fora do Poder Judiciário, o que, para alguns, causa abalo à independência externa dos juízes. Sobre a responsabilidade política estrita, cf. GOMES, Luiz Flávio. “A Dimensão da Magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito: independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilidade dos juízes”. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 42-3.

protegê-los¹⁵⁴⁷. Fomos capazes de criar um sistema perfeito de direitos e garantias, mas quedamo-nos inertes no momento de aplicá-lo. A *law in book* não pode divergir da *law in action*. Para implementar os direitos fundamentais, faz-se mister uma *auténtica tutela jurisdiccional*, que de fato funcione no Estado de Direito¹⁵⁴⁸.

A pena tem como limite os direitos fundamentais. A prisão, cautelar ou definitiva, impõe um regime de exceção aos direitos fundamentais, mas os direitos e garantias abstraídos com o encarceramento não deixam espaço vazio; são substituídos logo por outros direitos, cuja efetividade compete ao juiz. A perda da liberdade de qualquer indivíduo no Estado Constitucional de Direito gera para o Estado-Juiz o dever de que esta perda não contamine ou prejudique o exercício de uma miríade de direitos indisponíveis decorrentes da liberdade.

A sentença, com o diz Catoira, representa um título de privação ao direito fundamental do preso¹⁵⁴⁹, mas também significa um título hábil para o nascimento de deveres do Estado para com o apenado. Foi justamente esta uma das proposições do movimento de *nova defesa social* (Marc Ancel). A condenação inaugura uma fase de perda e ganhos. Com maior rescaldo, explica a Professora da Universidade de *Coruña* que a política penitenciária atual reveste a idéia de que o interno “es persona y como tal tiene reconocidos en la Constitución un conjunto de derechos e libertades”¹⁵⁵⁰.

A esse conjunto de direitos e garantias que nascem em favor dos acusados em geral denominamos de *regime constitucional de proteção à liberdade*. Com efeito, a responsabilidade social do juiz o põe como protetor da organização política da sociedade, cujas bases se sustentam nos direitos fundamentais. Esta responsabilidade toma fôlego quando o juiz está consciente de que, sem a sua colaboração, o sistema de garantias não será cumprido a contento pelo regime penitenciário. O *devido processo legal* obriga que o indivíduo somente seja submetido à prisão se obedecido o sistema de dignidade mínima, sem o qual o juiz deve pôr o preso a salvo de qualquer constrangimento ilegal, mesmo que, para tanto, tenha que recorrer à propor maiorgressão de regimes ou às prisões domiciliares¹⁵⁵¹.

¹⁵⁴⁷ “A Era dos Direitos”. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 8^ª ed., Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992, p. 24 e 37.

¹⁵⁴⁸ Ibid, p. 40-1.

¹⁵⁴⁹ “CATOIRA, Ana Aba. “La Limitación de los Derechos Fundamentales por Razón del Sujeto: los parlamentarios, los funcionarios y los reclusos”. Madrid: Tecnos, 2001, p. 241.

¹⁵⁵⁰ Ibid, p. 243-4.

¹⁵⁵¹ Invocando tais valores, decisão relatada por Ricardo Lewandowski firmara no antigo Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo que a falta de vagas no Hospital de Custódia não autoriza, v.g., que o sentenciado absolvido aguarde a vez de ser internado em penitenciária comum: “Os portadores de patologias mentais, ainda que tenham cometido algum ilícito penal e mesmo que apresentem certo perigo para a sociedade, continuam protegidos pelas franquias constitucionais aplicáveis aos cidadãos em geral, que impedem, dentre outros

Da limitação à liberdade individual decorrente do encarceramento eleva-se para o Estado um variado número de obrigações que condicionam o cumprimento da medida. A relação aqui exprime muito mais um câmbio do que uma dação. O condenado não doa sua liberdade como pagamento pelo crime cometido, mas opera permuta com o Estado, a quem cabe reverter a liberdade recebida em benefícios que atendam aos fins a que se destina a pena infligida.

10.3. A política criminal real à luz da questão da colisão entre poder punitivo e a defesa individual. O emprego da técnica processual no caso concreto a serviço da concretização da garantia de defesa

A colisão entre poder punitivo e garantia de defesa está longe de uma solução. De fato, coube aos teóricos clássicos a idéia simplória de que é possível conjugar um sistema punitivo eficaz contra a criminalidade e, ao mesmo tempo, protetor dos inocentes – apto a desvelar a verdade dos fatos. O poder punitivo entra em crise justamente porque não foram cumpridas todas essas promessas. O Estado nunca pôde – como de fato não pode – estar presente a cada infração que acontece (ou que é noticiada)¹⁵⁵². Muito menos se concretizou o compromisso de apuração exaustiva da verdade real. E isso não é tudo. A crescente inflação legislativa não apenas esgota a reação punitiva, mas comprova que a criminalidade não se resolve apenas com lei, principalmente porque o déficit de persecução penal não tem origem nas garantias penais.

O fenômeno da criminalização-penalização relaciona-se, intimamente, com o processo penal e, especialmente com a judicialização. Na medida em que o processo penal já não dá vazão aos casos que chegam às suas barras, o Estado sofre interferência para reagir e quase sempre reage apenas editando leis penais mais severas. Além disso, a repressão também atua na ação penal concreta por intermédio do Estado-Juiz, limitando as possibilidades de descriminalização, despenalização e desjudicialização.

constrangimentos, a prisão sem fundamento legal, de modo que se o Estado não tem condições de custodiar o agente inimputável em estabelecimento hospitalar adequado, por falta de vaga, não se pode, ao arrepio da lei, mantê-lo no cárcere por prazo indeterminado” (BRASIL. SÃO PAULO. TACrim/SP, Rel. Ricardo Lewandowski, RJDTACRIM 17/184. Na mesma acepção: TACrim/SP, HC n. 380.644/3, 6ª C.Crim., Rel. Juiz Ivan Marques, j. 14/03/01, DJ 05/04/01, v.u.).

¹⁵⁵² Os números da cifra negra só tendem a crescer, notadamente porque o legislador se empenha por criar novos tipos penais a cada dia. A chamada cifra negra se constitui por um número impressionante de crimes não perseguidos, simplesmente porque não foram elucidados ou conhecidos pela autoridade policial. Cf. HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. "Penas Perdidas: o sistema penal em questão". 2ª ed., trad de Maria Lúcia Karam, Niterói: Rio de Janeiro, 1997, p. 65.

A rigor, existe subjacente uma colisão entre poder punitivo e garantias, cuja solução, muitas vezes, provém inclinada para um ou para outro lado, sem que seja possível encontrar um equilíbrio racional e abstrato¹⁵⁵³. Nesse passo, Claus Roxin destaca: "as tendências da política criminal mudam como a moda", ora se inclinam para a ressocialização, ora pendem para a criminalização-penalização¹⁵⁵⁴. No entanto, a primeira medida para resolver esta desarmonia está mesmo em admitir a sua existência. Para Alberto M. Binder, a questão chave não está no equilíbrio sistêmico para, eficientemente, combater a criminalidade e assegurar a absolvição dos inocentes, mas no reconhecimento da contradição (colisão imanente) ou, até mesmo, da impossibilidade de um programa legislativo que consiga tal harmonia¹⁵⁵⁵.

No caso concreto, diante da inaptidão do Legislativo para enfrentar a tensão entre o poder punitivo e o direito de defesa, a solução para a crise depende, diretamente, da postura judicial, cabendo ao magistrado valorizar as soluções que possibilitam poupar o emprego desnecessário do sistema penal. Por conseqüência, deduz-se que se impõe intensificar os limites ao poder punitivo, assegurar a intervenção mínima por meio da aplicação dos princípios penais necessários à *seleção* de casos. Para o problema da inflação legislativa, causa do simbolismo penal, não se interpõe como solução a deflação das garantias inerentes à defesa do acusado. O garantismo certifica a qualidade dos mecanismos de obtenção de justiça, tornando a resposta penal legítima frente ao Estado Constitucional de Direito.

No ponto ao qual chegamos, já foi possível inferir que a constatação (prova) e a refutação (contraprova) não estão imunes à subjetividade, notadamente porque a hermenêutica está em crise. Portanto, como adverte Larenz, cabe concluir que resta ao juiz, caso a caso, obter o conteúdo da norma e, ao longo deste percurso, o texto da lei não exerce então a influência que se possa imaginar¹⁵⁵⁶. As leis são códigos lingüísticos que não dispensam o

¹⁵⁵³ Cf. BINDER, Alberto M. Relaciones entre Dogmática Penal y la Política Criminal. In: CÓPPOLA, Patricia (Comp.). "Derechos Fundamentales y Derecho Penal". Córdoba: INECIP, 2006, p. 47.

¹⁵⁵⁴ Problemas Atuais da Política Criminal. "Revista Ibero-Americana de Ciências Penais". Porto Alegre, v. 2, fascículo 4, p. 11-18, set.-dez./2001, p. 11. Evidenciando a ocorrência dessa variação legislativa no Brasil, Walter Nunes da Silva Júnior destaca que o nosso Código Penal e o Código de Processo Penal receberam forte influência da legislação anti-humanista formada durante as duas primeiras grandes guerras, contrastando com a lei de execução penal, inspirada no movimento da nova defesa social, enquanto outras legislações seguintes, como a lei de crimes hediondos, dotam inspiração nos movimentos de *lei e ordem* (O Direito Penal e a Criminalidade. "Revista do Curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte". Natal, v. 1, fascículo 1, p. 121-141, jul.-dez./1996, p. 132).

¹⁵⁵⁵ Como prova, segue seu texto: "La clave teórica de comprensión del sistema penal no es la armonía de doble eficiencia, sino que es esta antinomia que se manifiesta en todos los rincones del sistema penal" (op. cit., p. 45)

¹⁵⁵⁶ "Metodologia da Ciência do Direito". 4ª ed., trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 166.

jurista para serem compreendidos¹⁵⁵⁷, porém, além disso, estes códigos somente serão compreendidos diante de um caso concreto.

É interessante notar que hoje as leis são tão maleáveis que as conseqüências de uma decisão são atribuídas mais ao Judiciário do que propriamente ao Legislativo, muito embora teoricamente o julgamento venha em função da lei.

Sem dúvida, a crise da hermenêutica domina o legislador, incapaz de transmitir por meio da lei uma direção segura para os demais poderes e, o que é pior, de produzir leis que cumpram alguma função efetiva, além da carga simbólica à qual estão reduzidas. Isto indica que os caminhos que surgem à arbitrariedade judicial somente justificam o modelo garantista de Direito Penal mínimo.

Ao que parece, o legislador falhou – e falhará – sempre que tentar conduzir uma política criminal de defesa social por intermédio de leis abstratas, ditas genéricas, porém cada vez mais voltadas a um grupo específico de pessoas. Como se não bastasse, o próprio Judiciário corre o risco de cair na mesma armadilha sobre a qual tem definhado o legislador. No Judiciário, cresce o apego às súmulas e aos projetos jurisprudenciais abstratos e genéricos, aplicáveis a um número invariável de casos, porém fechados aos juízos de equidade.

O garantismo não aspira tornar-se um modelo capaz de determinar qual decisão deva ser tomada ou em quais circunstâncias são evitadas as decisões contraditórias, mas já representa um grande avanço ao certificar em que condições as decisões não devem ser tomadas e como devem estar razoavelmente provadas.

A abertura para o caso individual não depõe em favor de um modelo que defenda a arbitrariedade judicial, mas se justifica muito mais em razão da impossibilidade de o sistema legislativo produzir resultados efetivos para o caso concreto, quer por causa da falência dos métodos interpretativos, quer em razão da disposição de uma legislação vaga demais e cada vez mais conotada de sentidos meramente simbólicos. E se não é clara uma crise do legislativo, resta-nos entoar que o texto legal ainda é necessário ao processo decisório, mas a obtenção da norma depende mesmo do caso concreto e da ponderação judicial.

Num país com as dimensões do Brasil, não é possível manter um controle central e uniforme sobre todas as reações estatais ao crime. Por este motivo elementar, a política criminal é exercida de maneira relativamente difusa, com vasta margem para a atuação dos diversos órgãos do Estado. Com efeito, os resultados da política criminal verdadeira são

¹⁵⁵⁷ VÁZQUEZ ROSSI, Jorge E. "La Defensa Penal". 4ª ed., Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni Editores, 2006, p. 115.

sentidos apenas no caso concreto, muitas vezes contradizendo a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República (art. 1º, CF). Embebida por variados atores, esta política criminal real está presente no processo judicial concreto. Por isto, é imperioso reconhecer que o direito de defesa se comunica com a política criminal, alimentando-a, a fim de que a solução seja a mais apropriada ao caso.

O juiz, a defesa, a vítima, o promotor de justiça, os peritos, a autoridade policial ou, até mesmo, as testemunhas participam da construção da reação à infração. Infere-se que a resposta ao crime exprime um revide multissubjetivo. "O Estado não existe, no ponto de vista concreto, senão pelos seus agentes", afirma Jean Cruet em sua obra clássica de 1908¹⁵⁵⁸. Noutras palavras, o Direito Penal é uma ferramenta para ser utilizada por seres concretos, num espaço cuja tradição inquisitorial prevalece¹⁵⁵⁹. Ou seja, no caso concreto, a opinião de um legista pode ser mais decisiva do que a de um jurista¹⁵⁶⁰, justamente porque "o poder é exercido por homens concretos, que se valem da força, efetiva ou potencialmente, para subjugar outros homens concretos"¹⁵⁶¹. Na vida real, é preciso notar que o sistema infraconstitucional está construído sob o ponto de vista do poder punitivo. Por isto, de certo modo, a dogmática precisa realizar um contraponto, fazendo inserir o olhar crítico da defesa penal; daí uma natural tensão – no plano teórico e prático – entre o poder punitivo e as garantias¹⁵⁶².

A operação dos movimentos de (des)criminalização, de (des)penalização e de (des)judicialização depende da técnica empregada não somente pelo legislador, mas pelos variados segmentos que atuam no processo judicial (peritos, defensores, autoridade policial, etc.). Abstratamente, o sistema legislativo mostra-se harmônico com o direito de defesa, porém difícil mesmo será “modelar as técnicas legislativas e judiciais adequadas para assegurar efetividades aos princípios constitucionais e os Direitos Fundamentais consagrados por eles”¹⁵⁶³.

Em verdade, a teoria garantista não exige grande esforço para se explicar, porém mais trabalhosa se torna a sua adequação às técnicas legislativas e judiciárias, conferindo

¹⁵⁵⁸ “A Vida do Direito e a Inutilidade das Leis”. Sem tradutor mencionado. Salvador: Progresso, 1956, p. 177.

¹⁵⁵⁹ BINDER, Alberto M. Op. cit., p. 47.

¹⁵⁶⁰ Cf. COELHO, Fábio Ulhoa. "Direito e Poder: ensaio de epistemologia jurídica". São Paulo: Saraiva, 1992, p. 15.

¹⁵⁶¹ Ibid, p. 57.

¹⁵⁶² Como enfatiza Alberto Binder, a dogmática penal deveria buscar a expressão das idéias abolicionistas para, assim, evitar a aplicação acrítica do Direito Penal; mas, na realidade prática, isto não acontece, porque a dogmática penal também tem sido tendenciosa em favor da função punitiva do Estado (op. cit., p. 49).

¹⁵⁶³ STRECK, Lenio Luiz. “Hermenêutica Jurídica e(em) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito”. 6ª. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 250.

efetividade aos princípios constitucionais. Como confessa Ferrajoli, o que é mais difícil é defender "na prática o sistema das garantias", porque os poderes públicos e privados têm uma tendência para o antigarantismo¹⁵⁶⁴. Assim, reconhece o penalista italiano que existe, no meio jurídico, uma falácia garantista, fundada na idéia de que o controle do abuso de poder depende unicamente dos sistemas de garantias constitucionais, como se não fosse necessária uma luta constante pelo direito violado¹⁵⁶⁵.

Na verdade, um ordenamento será garantista quanto maior a capacidade de seus juízes de interferirem na legislação inferior para assegurar a eficácia dos valores superiores. Na medida em que o garantismo sinaliza restrições lingüísticas para o legislador, impedindo o emprego de termos irrefutáveis, também se abre a oportunidade para o juiz *filtrar* do sistema as regras que não condizem com a realidade constitucional. Portanto, o modelo garantista confere ao juiz o papel de intercessor em favor da liberdade ou, para melhor dizer, o jurista garantista deve dedicar "a sua atividade a aumentar o número ou a eficácia das estruturas e dos instrumentos oferecidos pelo sistema jurídico para tutelar e promover" liberdades e direitos fundamentais¹⁵⁶⁶.

Destarte, a política criminal real resulta do manejo de técnicas que aumentam ou diminuem as condições de defesa real no processo, de soluções consensuais ou diversificadoras, de produção de provas, de obtenção de liberdade durante o transcurso do processo etc¹⁵⁶⁷. Concebida a sanção penal (*output*) como um resultado da técnica (*input*), torna-se plausível desmistificar a crença numa postura judicial estritamente neutra à política criminal do legislador.

Não há dúvida de que as decisões judiciais podem variar conforme a reputação do acusado, ora ampliando as chances defensivas (modelo garantista), ora diminuindo estas mesmas chances (modelo autoritário). Formalmente, a lei pode conferir tratamento igualitário às partes, mas, no plano da realidade, o que pode prevalecer mesmo será a desigualdade material. Por si só, o reconhecimento normativo do princípio acusatório não assegura a efetivação do direito de defesa. Apenas no caso concreto, diante das garantias, é que

¹⁵⁶⁴ FERRAJOLI, Luigi. "Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal". Trad. Ana Paulo Zomer et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 752.

¹⁵⁶⁵ Ibid, ibdem.

¹⁵⁶⁶ CADEMARTORI, Sérgio. "Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista". 2ª ed., Campinas: Millennium, 2006, p. 111.

¹⁵⁶⁷ DELMAS-MARTY, Mireille. "Modelos e Movimentos de Política Criminal". Trad. Edmundo Oliveira. Rio de Janeiro: Revan, 1992, p. 199.

poderemos então efetivar os direitos fundamentais¹⁵⁶⁸. É preciso levar em conta o contraditório e a ampla defesa no caso concreto, ou seja, cabe ao Estado-Juiz controlar os aspectos processuais na situação individualizada (real), de modo que, somente assim, o modelo garantista possa abrir uma saída aos obstáculos naturais que se apresentam ao direito de defesa¹⁵⁶⁹.

Tomemos dois exemplos. O primeiro trata de como tem sido enfrentada a aplicabilidade do princípio da insignificância. No âmbito dos tribunais, firmou-se uma corrente jurisprudencial que afasta a aplicação deste princípio quando o agente possuir maus antecedentes ou for reincidente¹⁵⁷⁰.

No entanto, o princípio da bagatela faz parte da teoria do crime, uma vez que exclui a tipicidade material, ou seja, a sua aplicabilidade não depende tecnicamente do exame dos antecedentes ou da reincidência. Sem dúvida, a corrente jurisprudencial preconizada dificulta o manejo da tese defensiva, porque não leva em conta apenas a ínfima dimensão da lesão ao bem jurídico-penal, mas também examina aspectos subjetivos do réu. Grosso modo, esse posicionamento age sob o condão da política criminal criminalizadora-penalizadora brotada, exclusivamente, diante dos casos reais, tendo como fim o de evitar que a incidência do citado princípio estimule a prática reiterada de delitos insignificantes¹⁵⁷¹.

Ainda que outros julgamentos mais autoritários cheguem a agasalhar a inexistência de previsão legal para a aplicação do princípio da insignificância¹⁵⁷², atualmente levam ligeira

¹⁵⁶⁸ Cf. AROCA, Juan Montero. "Principios del Proceso Penal: una explicación basada en la razón". Valencia: Tirant Lo Blanch, 1997, pp. 147-8.

¹⁵⁶⁹ As sábias palavras de Heleno Fragoso (1926–1985) resumem: "As declarações formais de direitos, gerais e abstratas, são de pouco valor. Elas correspondem à ideologia do sistema e encobrem desigualdades, dominação e opressão, através de representações ilusórias. Só adquirem relevância e significação prática quando magistrados lúcidos, dispostos a usar de seu poder formidável para o progresso social, as fazem valer, delas retirando todo o seu potencial de império, através de interpretação criadora, orientada no bom sentido. Isto é, infelizmente, pouco comum" (FRAGOSO, Heleno; CATÃO, Yolanda; SUSSEKIND, Elisabeth. "Direitos dos Presos". Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 7).

¹⁵⁷⁰ O STJ decidiu neste sentido: "... para o reconhecimento do aludido corolário (princípio da insignificância) não se deve considerar tão-somente a lesividade mínima da conduta do agente, sendo necessário apreciar outras circunstâncias de cunho subjetivo, especialmente aquelas relacionadas à vida pregressa e ao comportamento social do sujeito ativo, não sendo possível absolvê-lo da imputação descrita na inicial acusatória, se é reincidente, portador de maus antecedentes ou, como na espécie ocorre, reiteradamente pratica o questionado ilícito como ocupação" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 33.655-RS, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 01/06/04).

¹⁵⁷¹ A 6ª T. do STJ chegou a denegar HC por entender que o abuso da prática penal reiterada de conduta típica do crime de descaminho (art. 334 do CP) afasta o princípio da insignificância (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 35.800-RS, Rel. Min. Paulo Medina, j. 3/3/05, inf. n. 237/05). Também entendendo inaplicável o princípio da insignificância quando reincidente o agente: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 13.967-RJ, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 6ª. T., j. 20/2/01, inf. n. 85/01.

¹⁵⁷² Desta forma, decidiu o Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo: "O fato de as coisas furtadas terem valor irrisório não significa que o fato seja tão insignificante para permanecer no limbo da criminalidade, visto que no Direito brasileiro o princípio da insignificância ainda não adquiriu foros de cidadania, de molde a excluir tal

vantagem as decisões em sentido contrário – inclusive do Supremo Tribunal Federal –, estimando solução mais técnica, ou seja, fazendo incidir o princípio da insignificância mesmo quando o réu possui maus antecedentes¹⁵⁷³.

Um outro exemplo procede das circunstâncias atenuantes (art. 65, CP). Não obstante a literalidade do texto legal seja clara ao determinar que tais circunstâncias *sempre* atenuam a pena (art. 65, CP), predomina nos tribunais o entendimento de que *nem sempre* estas circunstâncias atenuam a pena. A Súmula n. 231 do Superior Tribunal de Justiça demarca que “a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”, conquanto não exista no sistema qualquer regra que expressamente amortize a aplicabilidade das atenuantes.

Muito pelo contrário, o desprezo de circunstâncias legais na aplicação da pena transgride diretamente os princípios da individualização e da proporcionalidade. Contudo, a interpretação restritiva do Superior Tribunal de Justiça vem a cabo como parte de uma política criminal cujo desígnio se propõe a impedir a *despenalização indireta*, uma vez que, concorrendo em favor do agente várias atenuantes, há a possibilidade de se aplicar pena ínfima ou igual a zero¹⁵⁷⁴.

Mesmos dispositivos que violam frontalmente a perspectiva da ampla defesa continuam sendo aplicados à custa de uma dogmática voltada à penalização. Assim, a regra do art. 385, CPP, que admite a possibilidade de o juiz reconhecer agravante de ofício, independentemente de provocação de qualquer das partes¹⁵⁷⁵, é aproveitada sem qualquer controle de sua constitucionalidade. A consideração de qualquer circunstância capaz de

evento de moldura da tipicidade penal” (BRASIL. SÃO PAULO. Tribunal de Alçada Criminal. Ap. n. 603.945/5, j. 07/05/90, 12ª Câm., Rel. Emeric Levai, RJDTACRIM 6/88). No mesmo sentido: BRASIL. RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Ap. n. 3870/2004, 2ª C. Crim., un., Des. Gizelda Leitão Teixeira, j. 07/12/04.

¹⁵⁷³ Vejamos a decisão do STF: “... Destarte, concluiu-se que para a caracterização de ato jurídico como insignificante são incabíveis considerações de ordem subjetiva, consoante reputado pelo acórdão recorrido, que afastara a incidência do princípio da bagatela com base na existência de vários registros contra o agravante pelo mesmo delito, ainda que não houvesse notícia de condenação transitada em julgado. Por fim, afirmou-se que, em se tratando de ato insignificante, este torna-se atípico, a impor o trancamento da ação penal por falta de justa causa” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgI n. 559.904/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 7/6/2005). Precedentes citados: HC n. 84.412/SP, DJU 19/11/04; HC n. 77.003/PE, RTJ 178/310. Em sentido semelhante, o STJ também já decidiu que “circunstâncias de caráter eminentemente subjetivo tais como reincidência, maus antecedentes e, também, o fato de haver processos em curso visando à apuração da mesma prática delituosa, não interferem na aplicação do princípio da insignificância, pois este está estritamente relacionado com o bem jurídico tutelado e com o tipo de injusto” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 34.641-RS, Rel. Min. Felix Fischer, j. 15/06/04).

¹⁵⁷⁴ O Tribunal de Justiça do Mato Grosso já decidiu pela redução da pena abaixo do mínimo legal, em razão da incidência da atenuante (BRASIL. MATO GROSSO. Tribunal de Justiça. Ap. n. 77.060/2006, 1ª C. Crim, Rel. Des. Rui Ramos Ribeiro, j. 05/12/06, v.u., Boletim IBCCRIM n. 171, fevereiro de 2007).

¹⁵⁷⁵ A jurisprudência majoritária entende que as agravantes podem ser reconhecidas de ofício, mesmo não descritas na denúncia (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC n. 80.073/SP, Min. Nelson Jobim, 20/10/2000).

repercutir na pena causa alteração do fato processual, objeto do debate da causa, em função de que sempre deve ser assegurado à defesa o direito de previamente poder interferir no seu reconhecimento¹⁵⁷⁶.

O drama reside no fato de a Constituição da República assegurar um regime de garantias, enquanto expressivo segmento da legislação processual ainda está calcado em modelos de inspiração autoritária¹⁵⁷⁷. Repleto de institutos inadequados para a resolução dos problemas oriundos da dissonância entre efetividade e segurança, o sistema penal continua à espera da intervenção judicial para promover a constitucionalização das regras processuais infraconstitucionais.

Merece destacar que a defesa das garantias no caso real não necessariamente edifica-se sobre postulados harmônicos ou obedientes ao modelo constitucional de proteção aos Direitos Humanos. Com rigor, o processo decisório deixa-se influenciar por acontecimentos que levam à judicialização da opinião pública¹⁵⁷⁸, até mesmo se apartando da política criminal geral. Tal qual lembra Mireille Delmas-Marty, a política criminal é um “jogo excessivamente cego do qual cada um participa mas do qual todos ignoram as regras”¹⁵⁷⁹. Para a jurista francesa, as ações e reações não são planejadas e adequadas a uma política criminal, de maneira que nem sempre a decisão decorre de um ato politicamente planejado, mas de “uma resposta a um acontecimento qualquer: evasão de um condenado considerado perigoso, ato de terrorismo que choca a opinião, poluição espetacular de uma costa etc”¹⁵⁸⁰. Resumidamente, o fato político influencia a corrente ideológica da política criminal¹⁵⁸¹.

O garantismo esbarra-se com uma tendência contemporânea que confere ao Direito Penal o papel de proteger a sociedade (defesa social). Oportunamente, a teoria garantista desvencilha-se desse obstáculo por meio de um raciocínio democrático. Daí porque a punição de quem quer que seja não é uma tarefa da maioria ou de uma unanimidade de ocasião. Como a jurisdição não se legitima pela opinião pública, a força da verdade da decisão judicial não

¹⁵⁷⁶ Quanto a este assunto, parte da doutrina defende a inconstitucionalidade do citado art. 385, CPP. Cf. CAPELA, Fábio Bergamin. Uma Visita ao Código de Processo Penal, art. 385. “Boletim IBCCRIM”. São Paulo, v.14, n.169, p. 14-15, dez. 2006.

¹⁵⁷⁷ LEÃO, Nilzardo Carneiro. Direitos Fundamentais, Garantias Constitucionais e Processo Penal. “Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária”. Brasília-DF, vol. 1, n. 12, p. 127-140, jul./1998-dez/1999, p. 135.

¹⁵⁷⁸ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. “Sociedade do Risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais”. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 84.

¹⁵⁷⁹ “Modelos e Movimentos de Política Criminal”. Trad. Edmundo Oliveira. Rio de Janeiro: Revan, 1992, p. 172.

¹⁵⁸⁰ Ibid, p. 174.

¹⁵⁸¹ Ibid, p. 175.

está na convicção coletiva, mas nos mecanismos utilizados para extrair a verdade a partir das especificidades do caso individual (equidade)¹⁵⁸².

Os grupos de opinião não estão imunes ao sectarismo. Muitas vezes, a informação pode estar sendo empregada para reforçar convicções ideológicas¹⁵⁸³ ou mesmo discriminatórias, inteiramente inadequadas ao tipo de cognição à qual se submete a formação da convicção judicial. De qualquer modo, o consenso coletivo não deve condenar ou absolver alguém. Excetuando-se as particularidades do Tribunal do Júri, o Estado Democrático Constitucional destaca-se muito mais pela preservação da minoria do que propriamente pela prevalência da vontade majoritária¹⁵⁸⁴. E, na preservação dos direitos e interesses da minoria, incluem-se, logicamente, os interesses e direitos do acusado. Ao cidadão deve restar uma única certeza: a de que o juiz poderá absorvê-lo mesmo contra a vontade majoritária da opinião pública¹⁵⁸⁵.

Disso deriva que o direito de defesa assegura ao acusado que a sua verdade será submetida à prova e, mesmo que ele não consiga ou não queira nada provar, será absolvido quando o órgão acusador decair do ônus probatório que lhe compete, mesmo estando a maioria democrática convicta de que o réu deve ser condenado. De fato, o debate público deve dar lugar ao debate individual – do caso concreto, no qual interfiram as partes. A submissão estrita à jurisdição exige que alguém somente seja considerado culpado depois de encerrada a possibilidade de refutação¹⁵⁸⁶. Deduz-se, com efeito, que o juízo condenatório não se vincula ao julgamento antecipado da opinião pública. Por isto, reforça Ferrajoli que não existe outro caminho para a justiça penal, senão a do caso concreto¹⁵⁸⁷.

Como se infere, o juiz pode controlar a técnica para restringir as possibilidades defensivas, frustrando a aplicação de determinadas normas e tornando a reação do Estado

¹⁵⁸² FERRAJOLI, Luigi. "Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal". Trad. Ana Paulo Zomer et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 437.

¹⁵⁸³ LANE, Robert E.; SEARS, David O. "A Opinião Pública". Trad. Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar, 1966, p. 112.

¹⁵⁸⁴ Como afirma Ferrajoli, o processo não tem a finalidade de proteger a maioria, mas a minoria individualizada, composta por aqueles cidadãos que não podem ser condenados sem a formação de culpa (op. cit., p. 450).

¹⁵⁸⁵ Ibid, p. 438.

¹⁵⁸⁶ Ibid, p. 441.

¹⁵⁸⁷ São as palavras de Ferrajoli: "Quanto ao conteúdo, o objeto da conotação judicial deve limitar-se ao fato que está sendo julgado e não se estender em considerações estranhas a ele. Em consequência, para os fins da conotação considerações ou juízos em matéria de prevenção ou de defesa social: posto que dentro de um sistema garantista a função judicial não pode ter outros fins que não é a justiça do caso concreto, o juiz não pode propor finalidades de prevenção geral que fariam de cada uma de suas condenações uma sentença exemplar" (op. cit., p. 326).

menos sensível à descriminalização-despenalização-desjudicialização¹⁵⁸⁸. Para tanto, como o único agente legitimado a decidir a quebra da garantia processual¹⁵⁸⁹, está ao alcance do juiz o poder para lançar mão de *topoi* argumentativos – tais como dignidade da pessoa humana, eficiência, democracia, bem-comum, garantia de defesa, ordem pública, segurança, defesa social – com o fim de deixar de elaborar um discurso normativo aliado aos direitos fundamentais¹⁵⁹⁰.

O processo de decisão também recebe a influência de fatores imateriais, como o espírito do tempo, do povo e do grupo. Adeotado explica que o "espírito do tempo reflete a cultura dominante em um momento histórico", podendo, assim, falar em espírito da renascença, iluminista etc. Já o espírito do povo se circunscreve a um território, isto é, reflete como uma nação se exterioriza, desde as questões mais simples até como se organiza juridicamente, passando por seus preconceitos, costumes etc. O espírito do grupo limita-se, dentro da coletividade, aos grupos de pessoas que se unem em função das características e interesses comuns¹⁵⁹¹.

Nesta perspectiva, não cabe tratar o medo numa ótica limitada a um grupo ou a uma coletividade. O séc. XXI marca a manifestação de um espírito de tempo que canaliza para a coletividade e para os diversos grupos que a compõem um sentimento de *medo global* muito

¹⁵⁸⁸ São muitos os autores que defendem o emprego da técnica processual como solução para o cumprimento dos princípios e garantias processuais. Como explica Walter Nunes Silva Júnior, a condução do procedimento deve ser em forma de cadeia, de modo que o juiz, ainda no primeiro ato do processo, vincula a realização do ato seguinte. Ou seja, "o juiz deve ser chamado para decidir questões e não para dar andamento ao processos" (Racionalização: celeridade da instrução processual penal. "Revista do Ministério Público de Minas Gerais". Belo Horizonte, v. 1, fascículo 4, p. 72-73, fev.-mar./2006, p. 72). Em resumo, a celeridade processual depende da técnica empregada. A adequada duração razoável do processo recomenda que já no interrogatório seja intimado advogado para defesa prévia e para audiência concentrada de instrução, na qual serão tomados depoimentos das testemunhas de acusação e de defesa. Ao término da audiência, caso não exista a necessidade de diligência, serão as partes imediatamente inclinadas para alegações finais, com data e horário para a devolução dos autos (SILVA JÚNIOR, Walter Nunes. Op. cit., p. 72-3). Rogério Schietii e André Vinícius registram que a efetividade procedimental depende do emprego de técnicas, mediante a análise da pena provável para o caso, a fim de permitir a prescrição retroativa ou simplesmente o arquivamento de inquéritos cujos efeitos seriam inócuos. Também empregaram técnica voltada à valorização das dispensas dos prazos pelas partes e à realização de audiência única (Celeridade - Qualidade: um binômio possível. "Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária". Brasília-DF, vol. 1, n. 8, p. 163-171, jul./dez.1996, p. 167). Também se defende a ampliação de meios tecnológicos, especialmente quanto à gravação dos depoimentos testemunhas no processo penal, em atenção à celeridade processual (SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos. Há Justiça no Século XXI sem Operadores do Século XXI? "Direito e Liberdade". Mossoró, Região Oeste, ano 2, n. 1, v. 4, p. 389-410, jul-dez/2006, p. 394).

¹⁵⁸⁹ Cf. SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. "Teoria Constitucional do Direito Processual Penal: limitações fundamentais ao exercício do direito de punir no sistema jurídico brasileiro". Tese de Doutorado. Recife: Faculdade de Direito/UFPE, 2005, p. 290.

¹⁵⁹⁰ Cf. ADEODATO, João Maurício. "Filosofia do Direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência (através de um exame da ontologia de Nicolai Hartmann)". São Paulo: Saraiva, 1996, p. 215. Como leciona João Maurício Adeodato, é assim que "a ação e o posicionamento do homem diante da vida fazem a realidade do direito" (op. cit., p. 215).

¹⁵⁹¹ Ibid, p. 180.

característico, o qual, muitas vezes, está presente subliminarmente nos processos políticos e judiciais. Por isso, somos compelidos a concordar com a afirmação de que a onipresença da violência age diretamente sobre o Direito Penal e sobre o Processo Penal¹⁵⁹², restringindo a garantia de defesa.

O desafio do garantismo está em aparelhar, teoricamente, o juiz para impedir que o abuso das práticas legislativas transborde para os casos individuais. Ao tempo em que o modelo garantista (cognitivista) movimenta-se com a finalidade de diminuir o poder de disposição judicial, recobra-se do juiz uma função crítica em relação à lei. Ou seja, como o garantismo recusa equiparar a vigência com a validade material da norma, de modo que a existência jurídica de uma norma não assegura a sua validade material, cabe ao juiz a função de garantir, no caso concreto, que a norma inferior esteja adequada às normas superiores. No Estado Constitucional de Direito, as normas inferiores devem vincular-se aos valores consagrados pelas normas superiores e, quando isso não acontece, tanto estas normas perdem eficácia como aquelas outras ficam sem validade¹⁵⁹³. O garantismo interpõe o juiz como o agente capacitado para estabelecer, permanentemente, o intercâmbio dos valores das normas superiores para as normas inferiores, logrando, assim, a eficácia daquelas e a validade material destas.

Portanto, a validade do tipo penal não se limita apenas à vigência da lei, mas ao seu conteúdo. Nesse caso, os tipos penais precisam sofrer uma assepsia, isto é, devem ser consideradas materialmente inválidas as proibições de conduta morais ou calcadas em traços indesejados da personalidade do autor¹⁵⁹⁴. Rompendo com a tradição autoritária estabelecida desde a Escola Positiva, o garantismo assegura que a pessoa somente seja punida pelo que fez e não pelo que é¹⁵⁹⁵. Para tanto, exige do juiz que as normas inferiores devam ser, permanentemente, submetidas ao teste de validade perante os direitos fundamentais. E como este papel dá-se no caso concreto, não se espera do magistrado garantista uma atuação neutra¹⁵⁹⁶ ou acrítica em relação à lei. As garantias conferem efetividade à norma e dão eficácia aos direitos fundamentais, mas, para isso acontecer, exige-se do juiz uma nova

¹⁵⁹² HASSEMER, Winfried. *El Destino de los Derechos del Ciudadano en un Derecho Penal Eficaz*. "Doctrina Penal: teoría y practica en las ciencias penales". Buenos Aires, v. 13, fascículo 49/52, p. 193-204, 1990, p. 198.

¹⁵⁹³ FERRAJOLI, Luigi. "Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal". Trad. Ana Paulo Zomer et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 296.

¹⁵⁹⁴ *Ibid*, p. 302.

¹⁵⁹⁵ *Ibid*, p. 297.

¹⁵⁹⁶ *Ibid*, p. 139.

relação com a lei. Se assim não for, não será ele próprio – o juiz – uma garantia do cidadão contra a violação dos direitos fundamentais por ação ou omissão do Estado¹⁵⁹⁷.

10.4. O fundamento lingüístico da divisão de tarefas do sistema acusatório. A esfera de participação no jogo do processo

A legitimação pelo procedimento não se confunde com a legitimação da decisão resultante do procedimento. Dessa maneira, segundo reforça Niklas Luhmann (1927–1998), a legitimação pelo procedimento suplanta os métodos da teoria clássica para a obtenção do consenso¹⁵⁹⁸, sem depender de um ato individual e, sim, de um ato de reconhecimento de cunho social, mas, mesmo deste modo, o trabalho formal do juiz não perde importância¹⁵⁹⁹.

O procedimento se legitima pela sua capacidade de produzir alternativas favoráveis às partes, em virtude de que já não cabe conformar-se com a concepção clássica de um procedimento meramente identificado como uma seqüência de atos, simbolicamente estruturada para transmitir a impressão de segurança¹⁶⁰⁰.

É interessante observar que o formalismo no processo clássico estava diretamente associado à segurança. Hoje, notadamente no processo civil, a compreensão do valor segurança divide o mesmo espaço com o valor efetividade, em função de que as tutelas de urgência ganham destaque. A formalidade cumpre, porém, o seu papel. O rito burocrático do procedimento tem como fim atenuar a disposição agressiva das partes em proveito do aumento da sensação de segurança e estabilidade¹⁶⁰¹.

No entanto, a ritualística dos códigos não resume o que se deve entender por procedimento. Dentro do ritual previsto pelo texto da lei, existe a história individual do processo concreto e isto importa decisivamente à legitimação pelo procedimento. Seguindo este caminho, dentro de uma perspectiva da história geral do processo, é preciso dizer que,

¹⁵⁹⁷ Cf. FERRAJOLI, Luigi. “Derechos y Garantías: la ley del más débil”. 2ª. ed., Madrid: Trotta, 2001, p. 26.

¹⁵⁹⁸ LUHMANN, Niklas. “Legitimação pelo Procedimento”. Trad. Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980, p. 31.

¹⁵⁹⁹ Ibid, pp. 34 e 35.

¹⁶⁰⁰ Ibid, p. 37. A lição de João Mendes de Almeida Júnior traduz o quanto a cadência de atos era importante para a teoria clássica: “A simplicidade do processo forense consiste na conformidade do processo técnico com o processo natural. – Os actos do processo são meios, que devem ser dispostos em ordem, taes e tantos quaes e quantos sejam necessários para chegar ao fim; por conseguinte, não devem ser, nem superabundantes ou excusados, nem deficientes, isto é, devem ser taes e tantos quaes e quantos sejam exigidos pela índole da acção. Os termos do processo assignalam o principio e o fim de cada movimento no espaço e no tempo” (“Direito Judiciário Brasileiro”. 3ª ed., Rio de Janeiro, São Paulo: Freitas Bastos, 1940, p. 319).

¹⁶⁰¹ LUHMANN, Niklas. Op. cit., p. 58.

igualmente, deve ser considerada a história específica do processo. Desta forma, o processo se desenvolve abrindo e fechando possibilidades às partes, ampliando ou diminuindo as chances de uma decisão favorável¹⁶⁰².

O processo desenvolve-se dominado pela marcha do tempo. Conforme avança, diminui a complexidade, estreita o âmbito das possibilidades. Não raramente, a incerteza do resultado permite que as partes produzam combustível para movimentação dos atos, os quais seguem em direção a uma decisão obrigatória e não em direção a uma decisão obrigatoriamente justa.

Como sustenta Luhmann, pensar o processo como uma cadeia de ritos e de atuações objetivas é ignorar o processo isolado, cujas decisões são tomadas em um ambiente de incerteza e de possibilidades. A incerteza motiva as partes a se associarem ao desejo de movimentar o processo, o que contribui à diminuição da complexidade¹⁶⁰³.

Com efeito, a geração de incerteza depende diretamente da postura judicial. Mesmo precedentes jurisprudenciais não podem derrubar o aspecto desse ambiente de dúvidas, tampouco deve o juiz deixar levar-se pelas classes das pessoas¹⁶⁰⁴. No processo, as partes devem parecer dignas e convincentes. Para o processo, não importa o status social que elas ostentem¹⁶⁰⁵.

Convém sublinhar que as amplas possibilidades abertas pelo processo dão o contorno do que se depreende por direito à ampla defesa. Tantas são as possibilidades de fazer e não fazer que somente as partes podem selecionar o que desejam fazer ou não fazer. Este poder de opção é chamado por Niklas Luhmann de autonomia¹⁶⁰⁶. A autonomia acontece, v.g., quando o réu não deseja arrolar testemunhas ou simplesmente quando não recorre da decisão desfavorável. Desta forma, é correto afirmar que o defensor dativo possui menos autonomia do que o advogado constituído.

A legitimação pelo procedimento depende dessa margem de autonomia do processo, ou seja, necessita de uma reserva de possibilidades, que franqueia a entrada das partes para o debate da causa, sem o que não se reduzirá a complexidade do caso¹⁶⁰⁷. Quando não mais existe autonomia (possibilidades), resta à sociedade resolver suas questões complexas por

¹⁶⁰² Ibid, p. 41.

¹⁶⁰³ Ibid, pp. 43 e 46.

¹⁶⁰⁴ Ibid, p. 58.

¹⁶⁰⁵ Ibid, p. 59.

¹⁶⁰⁶ Como afirma Niklas Luhmann, "cada seleção é um exercício de autonomia, e como o é também a seleção da lei, que se pode utilizar numa conjuntura de fatos que adquiriram força no procedimento" (op. cit., p. 61).

¹⁶⁰⁷ Ibid, p. 64.

meio de outras esferas, recorrendo a outras instituições, quer seja o Poder Legislativo, quer seja, vingança privada.

Especialmente em um processo penal que garanta efetivamente a ampla defesa, cabe ao juiz admitir que as partes também definam o sentido das terminologias, a fim de que sejam compreendidas como realmente pretendem, no campo prático ou teórico. Portanto, urge reconhecer uma linguagem própria à comunidade interna dos intérpretes, em função de que cumpre adotar uma técnica de diferenciação terminológica harmônica ao interesses das partes, para, sob tais regras, guiar, adequadamente (*rectius*: igualitária e independentemente), a interpretação da norma, sempre fugindo dos códigos privados e, outrossim, das nuances que as palavras possam significar para cada um de nós.

É necessário reter que a igualdade de armas reside dentre as condições básicas da ampla defesa substancial, e os fundamentos desta igualdade, por sua vez, precisam ser compreendidos em atenção às diferentes linguagens às quais estão submetidos os sujeitos do processo judicial. Em um sentido comum, o consenso predomina entre os homens, sem o que não se estabelecia qualquer comunicação. No entanto, o processo judicial – alimentado pela dialética das partes – esvazia as chances de consensos entre aqueles que litigam, justamente porque asila significados diferentes para os objetos trazidos à compreensão do juiz.

As palavras não têm apenas superfície, mas profundidade, a propósito de que Ludwig Wittgenstein (1889–1951) não aceita o testemunho do outro, porque “não é nenhum testemunho”; descreve “apenas o que ele está inclinado a dizer”¹⁶⁰⁸. Em suma, o que dá vida ao signo? O uso, responde o filósofo¹⁶⁰⁹. No entanto, o uso da palavra sempre é dirigido a um resultado¹⁶¹⁰ ou – diríamos num contexto eminentemente processual – em favor de alguém. Por isto, o magistrado precisa compreender as indagações trazidas pelas partes em profundidade, ou seja, como possibilidades lógicas de um processo naturalmente contraditório e aberto à defesa, sem o qual nunca se garantirá a cada um dos litigantes a oportunidade necessária para demonstrar a sua significação dos eventos em questão. Ao final deste processo, o intérprete-juiz terá que acolher uma conclusão dada pelas partes ou ele próprio construir a sua.

¹⁶⁰⁸ “Investigações Filosóficas”. Trad. José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultura, 2000, p. 98.

¹⁶⁰⁹ Ibid, p. 129.

¹⁶¹⁰ Ibid, p. 134. Wittgenstein explica que “a gramática não diz como a linguagem deve ser construída para realizar sua finalidade”, para ter tal ou tal efeito sobre os homens. Ela apenas descreve, mas, de nenhum modo, explica “o uso dos signos”, de modo que se pode “chamar as regras da gramática de 'arbitrárias', se com isto quer dizer que a finalidade da gramática é apenas a da linguagem” (op. cit., p. 137).

É da essência do Estado Democrático Constitucional a participação e, para a ampla defesa, participar significa submeter ao processo as suas próprias interpretações dos fatos, sem que haja hierarquia injustificada entre os argumentos daquele que acusa e as exposições daquele que se defende. É mister adotar que cada uma das partes como uma produtora de significados, porque o juiz não é um autômato que reconhece previamente uma ou outra significação como verdadeira ou mais importante, senão quando cotejada com as provas realizadas, especialmente com as informações obtidas pelas testemunhas, que nada mais fazem do que conferir significados a situações por elas mesmas *vivenciadas* ou em razão de *vivência* de outras pessoas, as quais, por sua vez, têm elas as suas próprias sensações. O intercâmbio da comunicação entre tantos sujeitos e objetos – vítimas, testemunhas, informantes, peritos, partes etc. –, tudo condensado em forma de palavras escritas, nunca será capaz de difundir a verdade dos sentidos.

O juiz, por estar no final da cadeia de comunicação de significados, talvez seja o que menos se aproxime dos verdadeiros sentidos. Um simples sorriso pode conotar algo mau, bom ou irônico; depende da intenção, que pode ser uma para quem sorrir e outra para quem o interpreta. Por exemplo, a conduta típica penal está, necessariamente, ligada a um propósito descrito e imputado ao acusado, a quem é reservado demonstrar a contrariedade da intenção pelos meios mais amplos possíveis. Mas como o acusado poderá defender-se sem conhecer as regras do jogo lingüístico? O advogado é aquele que deve conhecer tais regras, *traduzindo* as intenções do acusado em ações práticas dentro do processo dialético, de modo que lhe seja permitindo obter resultados satisfatórios àquele que representa. Ou seja, o processo deve possibilitar que o advogado, mediante o uso de uma linguagem, interprete os fatos, dando-lhe meios para realizar provas neste sentido, em busca de desabilitar os elos dos argumentos articulados pelo órgão acusador e, com isto, convencer o julgador. Esta é a essência da ampla defesa.

E, sob um ponto de vista *prima facie*, não se assemelha o processo judicial a um jogo? De um jogo justo se espera, ao menos, que os contendores estejam submetidos às mesmas regras e em condições de igualdade substancial para desempenharem as atividades imprescindíveis ao desfecho da partida. Isto significa que as diferenças de cada jogador devem ser compensadas por meio de armas e oportunidades diferenciadas. Ninguém encontrará igualdade material em um duelo de armas de fogo onde apenas um dos contendores seja o atirador. Digo mais, para que haja um jogo de verdade é preciso, no mínimo, que o jogador entre nele ou que não se apresente no campo de disputa apenas para

compor as aparências. Noutro sentido dado por Gadamer (1900–2002), jogo se trata de algo *medial*, de uma seqüência repetitiva de movimentos, assim como se diz em relação ao *jogo de ondas* ou ao *jogo da peça da máquina no rolamento*¹⁶¹¹.

Analisando o sistema americano, João Gualberto Carcez Ramos conclui que o direito de lá parte do pressuposto de que o processo penal não é um esporte¹⁶¹². Na América, é fundamental o predomínio da lealdade processual em relação às partes, o que atenua o caráter de competição. Por isto, a Suprema Corte dos Estados Unidos estabeleceu, em *Brady v. Maryland* (1963), o precedente segundo o qual o órgão acusador deve mostrar à defesa as provas favoráveis a ela, caso haja requerimento neste sentido¹⁶¹³. De fato, o processo deve servir ao fim de descobrir a verdade, mas o fundamento utilizado pelo autor quanto ao direito americano não se aproveita para o sistema processual brasileiro, onde não se reclama a mesma lealdade do acusado, o qual pode, inclusive, mentir em sua defesa¹⁶¹⁴.

As garantias processuais não decidem o caso, tampouco se prestam a resolvê-lo satisfatoriamente, mas apenas estabelecem as regras do jogo, segundo as quais os competidores deverão tomar uma ou outra posição. A obediência às regras não definem o ganhador. Do mesmo modo, a completa submissão às garantias processuais não é capaz de determinar a realização da justiça penal, muito embora todo o jogo tenha um fim aparente¹⁶¹⁵. Um espetáculo teatral também se assemelha a um jogo, diz Gadamer, porque nele os jogadores (atores) representam papel para o julgamento do espectador¹⁶¹⁶.

Tal qual deve acontecer com o processo de índole acusatória, onde o juiz consagra-se, de certa forma, espectador e mediador¹⁶¹⁷, no sentido de que não deve ele próprio agir pelo papel de qualquer das partes, saindo disfarçadamente em defesa ou como se acusador fosse, mas sempre estando vigilante ao cumprimento das regras e garantias. Sob este enfoque,

¹⁶¹¹ Cf. “Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica”. 7ª. ed., Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2005, pp. 155-6. Francesco Carnelutti anota que já é velha a comparação entre processo e a representação cênica ou esportiva (“Como se faz um Processo”. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2001, p. 11).

¹⁶¹² “Curso de Processo Penal Norte-Americano”. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 184.

¹⁶¹³ *Ibid.*, p. 185.

¹⁶¹⁴ Na Argentina, o Código de Processo Penal de Buenos Aires pune com falta grave a ocultação pelo Ministério Público de prova favorável à defesa, também assegurando à defesa o direito de acesso aos autos da investigação (LÓPEZ PULEIO, Maria Fernanda; GONZÁLEZ ESPUL, Estela; SARA PEÑA, GUZMÁN et al. *Los Cuadernos de la Defensa: la defensa oficial en el nuevo código procesal penal de la Provincia de Buenos Aires, Argentina*. “Periódico Pena y Estado”. Buenos Aires, v. 5, fascículo 5, p. 243-265, 2002, p. 249).

¹⁶¹⁵ GADAMER, Hans-Georg. “Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica”. 7ª. ed., Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2005, p. 162. O juiz procura a justiça tal como o pregador anuncia a salvação, adverte Gadamer (op. cit., p. 436).

¹⁶¹⁶ *Ibid.*, p. 164.

¹⁶¹⁷ Para Perelman, o juiz não é um espectador desinteressado (“Ética e Direito”. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 349).

também se conclui que o juiz opera como um ator mediador, interferindo no jogo, porém segundo o seu autêntico papel, não lhe cabendo aquele ofício amorfo de apenas estar presente como mero ouvinte. É neste sentido que Gadamer traz à baila o jogo como distribuição de tarefas, sem impedir a liberdade de desenrolar-se a atividade humana¹⁶¹⁸. A ampla defesa condiciona-se à noção conceitual de jogo, porquanto ela deve permitir a contínua marcha do debate dialético durante a cadeia ritual de movimentos processuais.

10.5. A defesa como vivência em uma comunidade de intérpretes. Linguagem científica e interferência participativa

Importa trazer ao processo garantista a *vivência* da significação das palavras. "Nós nos entendemos com os outros, sem saber se eles também têm essas evidências"¹⁶¹⁹ ou – diríamos – sem saber se tivemos as mesmas *vivências*. Se em um tribunal, por exemplo, poderia ser explicada determinada questão sobre o enfoque do que uma testemunha quis dizer com certa frase, cabe concluir por um significado somente a partir dos fatos, isto é, como a pessoa vivenciou a situação narrada, em busca da *intenção* a qual quis referir-se¹⁶²⁰.

A *vivência* do fato não é a mesma para o acusado e para a vítima. Assim como também a narração do evento pelo acusador dá-se à luz, em muitos casos, de meras recordações (não da *vivência* propriamente dita) de terceiros, especificamente a partir da interpretação subjetiva de quem testemunhou ou realizou determinada perícia sobre algum objeto relacionado com o fato. Talvez poderíamos designar o processo como uma falsa representação de um fato impossível de ser *re-vivenciado* por quem quer que seja, sem esquecer que tudo isto está submetido a regras relativamente rígidas, semelhantes às de um jogo, mas não igualmente a ele.

Vivência é produzir resultados; as partes do processo estão vivas, cumprindo ao juiz encontrar o que elas, intencionalmente, dizem¹⁶²¹. Não basta, para se compreender mutuamente, usar as mesmas palavras. Em primeiro lugar, é preciso também usar as mesmas palavras dentro da mesma comunidade de intérpretes, isto é, para o mesmo gênero de acontecimentos interiores. Dessarte, continuando com Nietzsche (1844–1900), “um só nunca

¹⁶¹⁸ Op. cit., p. 161.

¹⁶¹⁹ WITTGENSTEIN, Ludwig. “Investigações Filosóficas”. Trad. José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultura, 2000, p. 169.

¹⁶²⁰ Ibid, p. 194.

¹⁶²¹ Cf. GADAMER, Hans-Georg. Op. cit., pp. 111 e ss.

tem razão; mas nos dois começa a verdade. Um só não se pode provar, mas quando são dois, já não se pode mais refutar”¹⁶²². O homem tende a reproduzir o significado da comunidade e, neste sentido, Demócrito de Abdera (460–370 a. C.) assentava estar o homem "afastado da realidade". Se ele – o homem – concorda com algo, é por convenção; "por convenção existe o doce e por convenção o amargo, por convenção o quente, por convenção o frio, por convenção a cor; na realidade, porém, átomos e vazio"¹⁶²³.

No paradigma pós-positivista, o juiz e as partes não se obrigam ao limitado papel de reproduzir significados. Como membros participantes da comunidade, eles precisam produzir seus próprios signos e, desta forma, eles mesmos moldam e se fazem moldar pela sociedade. Afinal, é preciso que a experiência do indivíduo seja compartilhada com aqueles para onde se destina o significado¹⁶²⁴. Tais argumentos reforçam os fundamentos daqueles teóricos que justificam o direito como uma práxis, cujo sentido dos termos estariam limitados ou vinculados, de alguma forma, pelo sentido da comunidade dos intérpretes, na qual os interlocutores *combinam* a mesma linguagem. Por consequência – assenta Nietzsche –, os homens que não se comunicam ou que não possuem interlocutores quase sempre estão sozinhos¹⁶²⁵.

A filosofia da linguagem permite que questionemos a *certeza*, a *verdade* e o *julgar*, porque a veracidade de algo é sempre subjetiva, nunca objetiva. Assim, a convicção judicial, a confissão ou a mentira do réu, tudo está submetido a jogos de linguagem¹⁶²⁶, conceitos, pseudoverdades, estereótipos e preconceitos¹⁶²⁷, em virtude dos quais é possível concluir que "toda opinião é também um esconderijo, toda palavra também uma máscara"¹⁶²⁸. No nível lingüístico em que estamos expondo o assunto, o reconhecimento de que o homem tem linguagens diversificadas é fundamental à compreensão da ampla defesa substancial, porque permite sempre entender o indivíduo como um agente capaz de defender-se por meio de uma tese teoricamente sustentável.

¹⁶²² "A Gaia Ciência". Trad. Antonio Carlos Braga, São Paulo: Escala, 2006, p. 158,

¹⁶²³ "Os Pré-Socráticos: fragmentos, doxografia e comentários". Trad. José Cavalcante de Souza, Anna Lia Amaral de Almeida Prado, Ísis Lana Borges et al. São Paulo: Nova Cultura, 2000, p. 266.

¹⁶²⁴ NIETZSCHE, Friedrich. "Além do Bem e do Mal: prelúdio de uma Filosofia do futuro". Trad. Antonio Carlos Braga, São Paulo: Escala, s.d., pp. 196-7.

¹⁶²⁵ Ibid, p. 197.

¹⁶²⁶ Cf. WITTGENSTEIN, Ludwig. "Investigações Filosóficas". Trad. José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultura, 2000, p. 202.

¹⁶²⁷ NIETZSCHE, Friedrich. Op. cit., p. 22. Preconceito é padrão interno, enquanto a discriminação trata-se de um preconceito que se exterioriza. O conceito se diferencia do preconceito porque, naquele, o indivíduo se fundamenta em provas. Nos estereótipos, ocorre uma "pré-concepção" a respeito de uma categoria social, atribuindo-se características padrões a todos os indivíduos do grupo (FICHTER, Joseph H. "Sociologia". Trad. Hebe Guimarães Leme. São Paulo: Pedagógica e Universitária, 1973, pp. 226, 225 e 240).

¹⁶²⁸ NIETZSCHE, Friedrich. Op. cit., p. 208.

Em essência, muitas vezes, somos levados a presumir uma opinião como verdadeira simplesmente porque não fora refutada por nossa comunidade, a despeito de todas as oportunidades. Os Estados autoritários tendem a sustentar idéias como verdadeiras não por falta de contestação, mas justamente para impedir a sua refutação. Não seria precipitado sustentar que a verdade nasce, assim, dependente de uma comunidade de intérpretes em permanente estado de julgamento das opiniões alheias. Então, somente destacar-se-ão as opiniões consideradas para a época como a mais próxima da verdade¹⁶²⁹.

Em sentido abrangente, a comunidade jurídica representa a vontade, mais ou menos difusa, de um grupo de homens e, conseqüentemente, a voz dessa comunidade não é formada apenas por juristas, mas também pela opinião pública¹⁶³⁰. Por tal motivo, a objetivação científica necessita de uma delimitação da comunidade de intérpretes. Dada a sua amplitude, a demarcação do termo comunidade precisa evitar que a linguagem científica do jurista não seja confundida com a linguagem da própria sociedade. Sociologicamente, comunidade designa aquele locus onde se encontram os sujeitos agregados, uns sabendo das necessidades dos outros¹⁶³¹. Isto somente é possível em relação a um grupo mais ou menos preciso de pessoas que se comunicam e, para tanto, precisam falar uma linguagem comunitária – no nosso caso, uma linguagem científica.

No universo das decisões penais, integram, portanto, a comunidade de intérpretes todos os que empreguem uma comunicação por meio de uma linguagem científica (semelhante). Assim, os precedentes jurisprudenciais e a doutrina, além das próprias partes do processo, não se excluem dessa comunidade. Na sociedade complexa, a opinião pública exerce importante pressão sobre as decisões judiciais, mas a sua volátil linguagem não deve integrar o âmbito mais estrito da comunidade dos intérpretes. A opinião pública – a sofrer influências externas permanentemente, de tal forma que se modifica conforme se transite pelos inúmeros agrupamentos sociais – não está provida de linguagem capaz de determinar os sentidos das decisões penais¹⁶³².

No entanto, isso não significa que o juiz esteja isento de prestar contas à sociedade. Para o garantismo, o juiz se submete a um método da responsabilidade social e, por esta

¹⁶²⁹ Assim diz Stuart Mill, "se os ouvidos forem mantidos abertos podemos esperar que, se houver uma verdade melhor, ela será encontrada quando a mente humana estiver apta a recebê-la; e nesse ínterim podemos confiar em ter atingido tal aproximação da verdade, da forma que é possível em nossos próprios dias" ("Ensaio Sobre a Liberdade". Trad. Rita de Cássia Gondim Neiva, São Paulo: Escala, 2006, p. 42).

¹⁶³⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. "Direito e Poder: ensaio de epistemologia jurídica". São Paulo: Saraiva, 1992, p. 15.

¹⁶³¹ FICHTER, Joseph H. Op. cit., p. 175.

¹⁶³² Como exemplifica Joseph H. Fichter, para se constatar a variabilidade da opinião pública, basta constatar as pesquisas eleitoras, que se modificam conforme avança o pleito (op. cit., p. 227).

razão, as decisões judiciais devem estar abertas à crítica da opinião pública¹⁶³³. É saudável à independência judicial que exista uma modalidade de controle popular sobre os juízes, em virtude de que se justifica não apenas a motivação das decisões, mas, sobretudo, a ampla aplicação do princípio da publicidade e a abolição de qualquer sanção penal à opinião crítica¹⁶³⁴. Ora, como o processo não cai do céu, mas surge do debate¹⁶³⁵, o juiz deve estar aberto à controvérsia que nasce no seio do litígio. Cada vez mais, o juiz é um praticante da dúvida e, nesses termos, a sua responsabilidade social revela que não lhe cabe repugnar a opinião pública, motivo pelo qual não devem ser reprimidas a crítica judiciária ou a publicidade dos atos judiciais¹⁶³⁶.

10.6. A reestruturação do Tribunal do Júri. Participação do juiz nas decisões de fato e de direito

Não é a oportunidade de se defender, irrestritamente, o Júri. Porém, não obstante seus vícios, não podemos ignorar que esta instituição se trata de uma cláusula pétrea, contra a qual não se suportam as investidas teóricas pela sua completa abolição. Desde esta perspectiva, temos de deitar vista nas causas de sua crise, alimentada por um modelo legislativo anacrônico e totalmente incompatível com o Estado Constitucional de Direito¹⁶³⁷. Por isso, entendemos que o Tribunal do Júri, deve ceder a uma repaginação drástica, adequada ao garantismo e ao enfrentamento de sua crise de legitimidade como sistema produtor de decisões justas.

¹⁶³³ Num escrito clássico, José Maria de Avellar Brotero (1798–1873), primeiro professor da Faculdade de Direito de São Paulo, já apontava que “a opinião pública é um tribunal ativo”, do qual todo governante tem dívidas (BROTERO, José Maria de Avellar. “A Filosofia do Direito Constitucional”. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 63).

¹⁶³⁴ O Estado Constitucional de Direito legitima-se por meio de estrutura de inclusão das opiniões divergentes (HABERMAS, Jürgen. Fundamentos Pré-Políticos do Estado de Direito Democrático. In: SCHULLER, Florian (Org.). “Dialética da Secularização: sobre razão e religião”. Trad. Alfred J. Keller. Aparecida/SP: Idéias & Letras, 2007, p. 28).

¹⁶³⁵ FERRAJOLI, Luigi. “Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal”. Trad. Ana Paulo Zomer et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 439.

¹⁶³⁶ Ibid, p. 481. Neste ambiente de interferência participativa, os movimentos sociais já não são considerados como hordas de transgressores da lei. Em boa hora, vem à luz uma decisão do Min. Cernicchiaro, que decidiu que movimento popular de sem-terra “não caracteriza crime contra o patrimônio”, mas “configura direito coletivo, expressão da Cidadania, visando implantar Programa constante da Constituição da República”. “A pressão popular”, diz o Ministro, “é própria do Estado de Direito Democrático” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 5574/SP, Rel. Min. William Patterson, Rel. para acórdão Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, 6ª T., j. 08/04/97, DJ 18/08/97, p. 37.916, RT 747/608).

¹⁶³⁷ Pelo projeto de reforma do Código de Processo Penal, os jurados serão selecionados desde os mais variados segmentos da sociedade, ficando excluído da lista geral por dois anos o jurado que tiver integrado o Conselho de Sentença no ano anterior (AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan. “A Reforma do Processo Penal no Brasil e na América Latina”. São Paulo: Método, 2001, p. 115).

Dentre os inúmeros óbices que podem ser direcionados a essa instituição, anoto que os jurados não detêm representatividade democrática substancial, porque, acima de tudo, os critérios de julgamento estão desprovidos de cientificidade, como se espera de uma democracia substancial. É preciso não ignorar que os juízes de fato estão sujeitos às influências externas mais do que os juízes técnicos¹⁶³⁸, o que torna perigoso o sistema de motivação íntima. Por outro lado, como aponta Aury Lopes Jr., os juízes leigos não distinguem a prova do processo da prova pré-processual, o que já seria suficiente para se advogar a exclusão física do inquérito dos autos do processo levado a julgamento popular¹⁶³⁹. Dentre tantas falhas, os fundamentos democráticos do Júri são justamente questionados pela doutrina crítica mais autorizada¹⁶⁴⁰.

Carrara (1805–1888) destaca que os juízos criminais somente podem ser exercidos por juizes cidadãos, tirados dentre representantes do povo (leigos), ou por juizes magistrados (técnicos), contratados pelo governo¹⁶⁴¹. Muito embora fosse discípulo de Carmignani, um crítico inflexível da instituição, e também reconhecesse existir entre os italianos uma antipatia para com os jurados, Carrara defendeu o tribunal popular como símbolo de liberdade¹⁶⁴².

Em sentido oposto, Carmignani criticava o Júri por causa do sistema de decisões imotivadas¹⁶⁴³, ou seja, as decisões populares não se baseavam em juízos condenatórios de certeza, o que impediria o sistema penal de cumprir suas razões políticas – defesa dos membros sociais e deveres de justiça, "ou seja, a tutela da inocência contra o ataque de acusações errôneas e contra condenações precipitadas"¹⁶⁴⁴. Todas estas críticas continuam pertinentes, notadamente sob a ótica de um sistema garantista.

O Júri exprime um símbolo de liberdade, mas não de um lugar de decisões simbólicas. Como alternativa aos seus problemas, vem em boa hora a proposta de adoção de um regime escabinado, formados por juízes técnicos e leigos, como já vem sendo empregado

¹⁶³⁸ LOPES JR, Aury. "Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional)". Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 149.

¹⁶³⁹ Ibid, p. 151.

¹⁶⁴⁰ Em 1979, o juiz paraibano Reginaldo Antônio de Oliveira publicou um livro no qual se fazia conhecer o escândalo público dos tribunais populares, onde quase a totalidade dos julgamentos é baseada na tese de legítima defesa ("As Grandes Falhas do Júri". João Pessoa: Grande Gráfica e Serviços, 1979, p. 53). De forma simples e objetiva, são demonstrados os vícios desta instituição. Muito semelhantemente ao que vem sendo dito atualmente por uma parcela da doutrina mais autorizada, o magistrado ainda criticava a formação leiga dos jurados, os quais, por não estarem protegidos por garantias de independência, decidiam parcialmente ou fora das provas, até mesmo cedendo a interesses privados (op. cit., pp. 87 e 89). Ele censurou, ainda, a soberania dos veredictos, por ser um sistema responsável pela perpetuação de injustiças (op. cit., p. 60).

¹⁶⁴¹ "Programa do Curso de Direito Criminal". V. 2, Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2002, p. 245.

¹⁶⁴² Ibid, p. 253.

¹⁶⁴³ Ibid, p. 267.

¹⁶⁴⁴ Apud CARRARA, Francesco. Op. cit., p. 272.

na Alemanha, França, Itália e Portugal¹⁶⁴⁵. Enquanto o Júri segue em decadência, com exceção dos países do *common law*¹⁶⁴⁶, o escabinado se consolida, tornando-se o modelo que mais avança entre os países civilizados¹⁶⁴⁷. No escabinado, como explica Aury Lopes Jr., "os juízes leigos e os profissionais forma um colegiado único, decidindo sobre o fato e o direito, de modo que os conhecimentos de um podem suprir as lacunas do outro"¹⁶⁴⁸.

Mesmo havendo inconvenientes, as desvantagens do escabinado são menores que as do Tribunal do Júri¹⁶⁴⁹. Digo mais. Em um sistema constitucional que se orienta para uma reviravolta no conceito de soberania, onde as decisões do Estado se submetem aos valores humanos da jurisdição internacional, também devemos revisar o que se entende por soberania dos veredictos dentro de um quadro garantista ou, para melhor dizer, de forma que toda decisão sobre a culpabilidade de alguém seja assegurada, efetivamente, de garantias mínimas. Isto significa que já se deve pensar em um Conselho de Sentença também formado por juízes técnicos.

Dessa forma, seria possível confiar ao Tribunal do Júri não apenas o poder de decidir sobre a responsabilidade penal de alguém, mas até mesmo questões processuais, especialmente as que digam respeito ao direito de recorrer em liberdade. Pelo sistema vigente, a apreciação da prisão decorrente de sentença, ainda sem o trânsito em julgado, cabe, inteiramente, ao juiz presidente do Júri, sem que os membros deste órgão, possam interferir no ato.

No Júri, também está em julgamento a noção que temos da democracia. Num tribunal misto, a decisão sobre a liberdade do réu possui um matiz político único em seu gênero. Assim, seria viável admitir que os jurados pudessem decidir sobre o direito de recorrer em liberdade, notadamente que com relação ao conceito de ordem pública para fins de decretação da prisão cautelar.

Sem fugir do assunto, não é correto afirmar que o tribunal popular apenas decide

¹⁶⁴⁵ LOPES JR, Aury. Op. cit., p. 158. Países de tradição socialista-marxista também já empregam com ênfase o esforço da justiça popular.

¹⁶⁴⁶ Mesmo no *common law*, o Júri teve o seu prestígio abalado. Por mais de vinte anos, desde 1973, funcionaram no Reino Unido as *Cortes Diplock*, como parte de uma legislação de emergência criada para garantir a sustentabilidade política da reação punitiva contra o avanço da violência terrorista na Irlanda do Norte. Formalmente, estas Cortes eram Júris constituídos não por juízes leigos, mas por um juiz técnico com poderes inquisitórios. A distorção dos aspectos acusatórios do Tribunal Popular somente foi estabelecida dessa maneira, depois que a chamada *Comissão Diplock*, criada para estudar o avanço terrorista do grupo separatista IRA, concluiu que o julgamento por juízes de fato levaria a tantas absolvições, que estariam comprometidas as bases políticas para uma reação punitiva eficaz (cf. CHOUKE, Fauzi Hassan. "Processo Penal de Emergência". Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002, pp. 107, 108, 110 e 111).

¹⁶⁴⁷ MARQUES, José Frederico "A Instituição do Júri". Campinas: Bookseller, 1997, p. 35.

¹⁶⁴⁸ LOPES JR, Aury. Op. cit., p. 158.

¹⁶⁴⁹ Ibid, p. 160.

questões de fato. Como afirma Frederico Marques, “o júri e o juiz possuem atribuições funcionais distintas, mas não é na separação do direito e do fato que se dividirão as competências de um e de outro”¹⁶⁵⁰. Ninguém pode duvidar de que seja necessário aprimorar o sistema de participação dos jurados, para que também respondam a outras questões de interesse social.

A ordem pública, como fundamento para a decretação da prisão cautelar (art. 312, CPP), guarda em si um resquício autoritário, quando relegada à apreciação de magistrados togados, mas já não podemos afirmar o mesmo quanto aos jurados leigos. No âmbito estrito do tecnicismo judicial, são repelidos do conceito de ordem pública, v.g., a repercussão social e a periculosidade da agente, ao passo em que se valorizam os fatores concretos, que estejam demonstrados, explicitamente, no processo¹⁶⁵¹. Dessa forma, os juízes togados, enquanto incapazes de sentir a realidade social além das folhas do processo, acabam ignorando muitos *fatores concretos* que poderiam determinar a noção de ordem pública, para fins de restrição ao direito de liberdade. Para restaurar o prestígio do Júri, o tribunal escabinado poderia conciliar o tecnicismo dos juízes togados com a representatividade dos leigos.

Em larga escala, os problemas da instituição do Júri não são, de fato, sua exclusividade, mas decorrem em larga escala da sua relação com o Judiciário. Com efeito, o Júri, órgão que constitucionalmente não integra este Poder, tem recebido dos juízes técnicos um tratamento menos destacado do que em realidade mereceria. O Júri continua – e continuará – sendo a expressão máxima de participação popular nos assuntos judiciais. Porém, somente havendo uma ampla reforma desta instituição, será possível torná-la a mais importante ação concreta de legitimação do Poder Judiciário perante a sociedade.

O conceito de ordem pública pode perder-se nos labirintos da linguagem técnica, porém, isso não se dá entre os jurados populares. O fato é que o Júri, não obstante os inúmeros ataques sofridos ao longo da história, continua sendo a maneira pela qual a nossa sociedade escolheu para defender o seu bem jurídico mais valioso. E se, precisamente, a sua competência ainda não foi ampliada para outras infrações menores, isso ocorre por razões práticas.

¹⁶⁵⁰ Op. cit., p. 72.

¹⁶⁵¹ Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 68.578/CE, 5ª T., Rel. Gilson Dipp, j. 05/12/06, DJ 05/02/07.

10.7. Crítica ao pensamento pré-moldado. Compreendendo o presente diante da colisão ente realidade e interpretação retrospectiva

Para a nova hermenêutica não existe um *compreender melhor*, mas um compreender diferente. “Cada época deve compreender, a seu modo, um texto transmitido”¹⁶⁵². O gênero humano de uma época não é o mesmo gênero humano de outra, porque “nossas necessidades e nossos prazeres mudam de objeto com o decorrer dos tempos”¹⁶⁵³. Neste mesmo rumo, preceitua Chaim Perelman (1912–1989) que não há argumentos certos ou errados, mas fortes e fracos, relevantes ou irrelevantes¹⁶⁵⁴. O decurso do tempo permite a compreensão como atividade produtiva, em torno da qual não existe uma captação acabada, dado que o sentido do texto se renova infinitamente, porque o saber nunca se esgota¹⁶⁵⁵.

Imbuído desse sentimento, vamos entender os modelos segundo a percepção de Miguel Reale (1910–2006), ou seja, como uma espécie do gênero estrutura, tratando de um conjunto de elementos que se correlacionam e se implicam, a ponto de entender o conjunto como um campo unitário de significações¹⁶⁵⁶. Para Reale, os modelos determinam os sentidos das leis. Cada ordenamento possui um *numerus clausus* de fontes¹⁶⁵⁷, sendo a lei a fonte por excelência, especialmente nos ordenamentos de tradição romano-germânica¹⁶⁵⁸. No entanto, as leis se sujeitam à mutação histórica, em razão de que a sua significação necessita continuamente de ajustes às supervenientes conjunturas¹⁶⁵⁹. Portanto, segundo entende o filósofo, a lei desprende-se da vontade do legislador quando promulgada¹⁶⁶⁰, dada a prevalência do caráter prospectivo das normas. Isto é, a norma se volta para o futuro e não deve voltar-se a interpretação para o passado (retrospecção). Como as fontes não se vinculam ao passado, mas ao futuro, fica fácil perceber o conteúdo das fontes em termo de modelos

¹⁶⁵² GADAMER, Hans-Georg. “Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica”. 7ª. ed., Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2005, p. 392.

¹⁶⁵³ ROUSSEAU, Jean-Jacques. “Discurso sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens; Discurso sobre as Ciências e as Artes”. V. 2, Trad. Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultura, 2000, p. 114.

¹⁶⁵⁴ “Ética e Direito”. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 203.

¹⁶⁵⁵ Cf. GADAMER, Hans-Georg. Op. cit., pp. 393, 395 e 399.

¹⁶⁵⁶ A relação entre fonte e modelo foi apresentada por Miguel Reale na obra Lições Preliminares de Direito em 1973.

¹⁶⁵⁷ REALE, Miguel. “Fontes e Modelos do Direito: para um novo paradigma hermenêutico”. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 16.

¹⁶⁵⁸ O séc. XIX é o chamado de benthiano (em referência ao inglês defensor das codificações Jeremy Bentham), justamente porque nele se determinou na Inglaterra a prevalência da lei sobre o common law. Em todos os países ocidentais ocorreu a supremacia da lei sobre as demais fontes, até mesmo na Inglaterra, a despeito de não possuir um código (cf. BOBBIO, Norberto. “O Positivismo Jurídico: lições de Filosofia do Direito”. Trad. Márcio Pugliesi; Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 120).

¹⁶⁵⁹ REALE, Miguel. Op. cit., p. 23.

¹⁶⁶⁰ Ibid, p. 25.

jurídicos¹⁶⁶¹.

Em resumo, os modelos jurídicos são "formas de compreensão e atualização do conteúdo das fontes do direito"; e, por isso, "são dotados da mesma força objetiva e positiva de obrigatoriedade já atribuída às fontes"¹⁶⁶². O jurista conceitua modelo jurídico como uma "estrutura normativa de atos e fatos pertinentes unitariamente a dado campo da experiência social, prescrevendo a atualização racional e garantida dos valores que lhes são próprios"¹⁶⁶³. Assim sendo, o modelo jurídico pressupõe: (I) dados de atos e fatos; (II) uma ordenação racionalmente garantida; (III) o propósito de realizar valores ou impedir desvalores¹⁶⁶⁴. Por tal razão, quando se trata de modelos, não se fala de modelos ideais, mas fundados em dados da realidade.

Ao propor o termo modelo jurídico em complemento à teoria das fontes, Reale afasta a idéia de modelos (jurídicos) como mera criação da imaginação humana, sendo isto o que diferencia os modelos jurídicos dos modelos hermenêuticos. Desta maneira, o ordenamento não deve ser visto como um mero ajuntamento de leis desconexas. Muito pelo contrário, os seus elementos se *articulam racionalmente*, cabendo deles se retirarem as contradições¹⁶⁶⁵.

Os modelos surgem no contexto da experiência, como objetos histórico-culturais¹⁶⁶⁶. As decisões judiciais, por conseguinte, permitem a sua perene atualização. Destacam-se, assim, os modelos jurisdicionais. A jurisdição é um poder constitucional de explicitar normas jurídicas e, entre elas, estão os modelos jurisdicionais¹⁶⁶⁷. O poder decisório desenvolve-se, de maneira normal, pelo simples ato de decidir e, de modo excepcional, quando o juiz precisa suprir uma lacuna. Destarte, como justifica Reale, daí advêm duas espécies de modelos jurisdicionais, a saber: (I) os de segunda ordem (inferiores), decorrentes da aplicação em concreto da hipótese legal em abstrato e (II) os de primeira ordem (superiores), decorrentes da

¹⁶⁶¹ REALE, Miguel. Op. cit., p. 28. Para haver fonte do direito é necessária a coexistência do poder de decisão. Assim, "a fonte do direito é uma estrutura normativa capacitada a instaurar normas jurídicas em função de fatos e valores, graças ao poder que lhe é inerente" (REALE, Miguel. Op. cit., p. 15). Explica o autor que o conteúdo de uma fonte, às vezes, é formado de diretrizes normativas imutáveis (válidas para qualquer tempo, como a do Código Civil que estabelece a menoridade). Outras vezes, o conteúdo depende de eventos factuais ou, como ele próprio afirma: "... de exigências axiológicas mutáveis, importando em interpretação diversa daquela que estava inicialmente na intenção do legislador ou dos contratantes, projetando-se, desse modo, livremente, no plano da experiência jurídica concreta" (REALE, Miguel. Op. cit., p. 22). Neste mesmo sentido, Couture já afirmara que o sentido original da lei adapta-se às necessidades do futuro. Eduardo Couture ainda lembra que a interpretação progressiva, que busca adaptar a lei ao futuro, já aparece na doutrina de Binding, Köhler, Hölder (1891) e Arturo Rocco (1906) ("Interpretação das Leis Processuais". Trad. Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, p. 7).

¹⁶⁶² REALE, Miguel. Op. cit., p. 38.

¹⁶⁶³ Ibid, p. 48.

¹⁶⁶⁴ Ibid, ibidem.

¹⁶⁶⁵ Ibid, p. 41.

¹⁶⁶⁶ Ibid, pp. 49-50.

¹⁶⁶⁷ Ibid, p. 69.

lacuna, que representam a modalidade mais importante.

Reale contrapõe a noção de modelos hermenêuticos a de modelos jurídicos, porque apenas os últimos possuem natureza prescritiva¹⁶⁶⁸. O próprio ordenamento como um todo é um macromodelo jurídico, que confere asilo a diversos outros submodelos. Portanto, a doutrina não será fonte do direito neste rigoroso sentido do termo. Com efeito, ela não gera modelos jurídicos, exceto modelos hermenêuticos (dogmáticos).

Os modelos hermenêuticos, ocorrem no momento em que a dogmática elabora juízos a partir de um sistema de normas, mas nem tudo no plano hermenêutico implica um modelo hermenêutico, porque, para haver modelos, é preciso haver características estruturais. O intérprete cria modelos porque precisa atender às mutações e imprevistos da vida social, mas sem pôr em risco a segurança e a certeza¹⁶⁶⁹. O pensamento de Reale vai muito próximo ao que pensa Derrida. Para este filósofo, o direito está construído sob “camadas textuais interpretáveis e transformáveis”, que precisam ser desconstruídas, ou melhor, transformadas em justiça¹⁶⁷⁰.

A compreensão das leis se submete às estruturas dos modelos. Assim, um juiz inclinado a compreender o conteúdo do ordenamento a partir de seu resquício autoritário dificilmente será capaz de adotar posições garantistas. Assim, será de grande utilidade resumir os requisitos fundamentais apontados por Reale acerca da interpretação: 1. toda interpretação é axiológica; 2. toda interpretação dá-se em um contexto; 3. nenhuma interpretação pode extrapolar a estrutura objetiva resultante da significação dos modelos jurídicos; 4. toda interpretação é condicionada pelas mutações históricas do sistema, implicando tanto a intencionalidade originária do legislador quanto as exigências fáticas e axiológicas supervenientes, numa compreensão, ao mesmo tempo, retrospectiva e prospectiva; 5. a interpretação tem como pressuposto a recepção dos modelos como entidades lógicas e axiológicas; 6. entre as várias interpretações possíveis, cabe optar pela que mais corresponda

¹⁶⁶⁸ Ibid, p. 37. Chama-se de discurso prescritivo aquele cuja função não seja a de formular e transmitir informação de conhecimento, senão modificar, influenciar ou dirigir o comportamento dos homens. A linguagem prescritiva se contrapõe à linguagem descritiva (cognoscitiva, indicativa). Os enunciados prescritivos são imperativos ou deônticos (de dever, obrigação, proibição, permissão). Não se podem atribuir valores de verdade aos enunciados prescritivos, não podendo afirmar-se se são verdadeiros ou falsos, ao contrário do que ocorre com os enunciados descritivos (cf. GUASTINI, Riccardo. *Distinguendo. Estudios de Teoría y Metateoría del Derecho*. Barcelona: Gedisa, 1999, pp. 88 a 95).

¹⁶⁶⁹ REALE, Miguel. Op. cit., p. 110.

¹⁶⁷⁰ Cf. "Força de Lei: o fundamento místico da autoridade". Trad. Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 26.

aos valores éticos da pessoa e da convivência social¹⁶⁷¹.

Transpondo essas conclusões para o Código de Processo Penal – enquanto submodelo de um macromodelo jurídico – impende deduzir que suas estruturas legais já não são coerentes e harmônicas. A despeito das obscuridades e antinomias, impõe-se extirpar-lhe aquelas regras que estejam em desacordo com os valores e com a finalidade inteira do sistema protetor da liberdade, consagrado constitucionalmente. Conforme nota Reale, a obscuridade e as antinomias exigem que se recorra aos modelos hermenêuticos, razão pela qual, até mesmo, os brocardos romanos podem ser convertidos em tais modelos¹⁶⁷². As súmulas e o mandado de injunção também se convertem em potentes instrumentos canalizadores dos modelos hermenêuticos.

Sem dúvida, a contemporaneidade nos convida a adotar um determinado modelo hermenêutico garantista, o qual se converte, pelas decisões judiciais, em modelo jurisdicional igualmente garantista, alimentando e atualizando continuamente o macromodelo jurídico formado a partir do ápice constitucional¹⁶⁷³.

Compreender, portanto, é fundir o passado ao presente, não cabendo à hermenêutica dissimular a permanente colisão entre texto (passado) e presente. Um texto legal precisa ser compreendido de uma nova maneira em cada situação concreta, sem se submeter, invariavelmente, às compreensões passadas¹⁶⁷⁴. Transportando esta concepção para o processo penal, o compreender não se resigna com as interpretações dadas a casos passados, mas precisa ser enfrentada individualmente, de maneira que se opera a permanente atualização da lei. Nenhuma lei é capaz de reproduzir as situações particulares dos casos individuais, em função de que compete ao intérprete produzir significados com vistas a este desiderato.

Como a linguagem para o homem é variável, a mesma coisa pode ser dita de diversas formas, sendo este o horizonte que se abre ao intérprete¹⁶⁷⁵. “Compreender pela leitura não é

¹⁶⁷¹ REALE, Miguel. "Fontes e Modelos do Direito: para um novo paradigma hermenêutico". São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 111-112.

¹⁶⁷² Ibid, p. 117.

¹⁶⁷³ Compete advertir que, quando empregamos o termo modelo hermenêutico em relação ao padrão interpretativo da Corte Marshall, pode parecer que estamos dando-lhe um sentido muito mais abrangente daquele utilizado por Miguel Reale, mas não acreditamos assim, levando em consideração as particularidades do common law.

¹⁶⁷⁴ GADAMER, Hans-Georg. Op. cit., pp. 405 e 408. A interpretação progressiva, que busca adaptar a lei ao futuro, já aparece na doutrina de Binding, Köhler, Hölder (1891) e Arturo Rocco (1906). Cf. COUTURE, Eduardo J. "Interpretação das Leis Processuais". Trad. Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, p. 7.

¹⁶⁷⁵ GADAMER, Hans-Georg. Op. cit., pp. 574 e 577.

repetição de algo passado, mas participação num sentido presente”¹⁶⁷⁶. A compreensão já é a própria interpretação; para compreender, precisamos assimilar os conceitos da época em que vivemos e não o conceito da estação em que se elaborou o texto compreendido¹⁶⁷⁷. Se pudessemos compreender o texto fora do mundo, encontraríamos um sentido em si, mas, no momento em que o incorporarmos à nossa vida, novas possibilidades se irrompem infinitamente. O mundo pode existir sem os homens, diz o realista Gadamer (1900–2002)¹⁶⁷⁸, mas é na linguagem que ele se apresenta para nós.

A lei não resulta de um processo industrial de produção de significados. O seu sentido locomove-se livremente no tempo e espaço, formando, assim, um conteúdo histórico. No entanto, ao jurista não se admite o mero papel de aplicar os significados resultantes do desenvolver histórico. Diante de um caso concreto, o juiz, à custa da intervenção determinante das partes, deve produzir o seu próprio significado, tendo como ponto de partida – e não de chegada – todos aqueles que foram historicamente construídos, sem se denotar que a produção do sentido corra ao seu alvedrio.

Certas palavras, de tão reiteradamente pronunciadas, esvaziam-se de sentido, sem que tenhamos qualquer força crítica de enfrentá-las. Isto se dá essencialmente quando os tribunais superiores estabelecem determinado posicionamento jurisprudencial afastando o reconhecimento do cerceamento de defesa, de sorte que não mais se discute o assunto em qualquer instância.

O processo judicial que preza pela ampla defesa aparta-se das fundamentações em si mesmo, justificadoras da palavra pela palavra, como acontece, por exemplo, com as decisões penais que levam em conta a gravidade abstrata do crime ou mesmo textos legais fora de um contexto concreto. Ninguém se defende de argumentos que apenas reproduzem a letra legal. Com se defender de tal procedimento? Deste modo, cabe afastar prisões cautelares, exclusivamente, com base no tipo ou circunstâncias pessoais abstratas. O tipo abstrato já transmite, por si só, a significação de gravidade. O princípio da motivação exige que o juiz realize as suas próprias fundamentações, não lhe cabendo motivar segundo a generalidade da lei¹⁶⁷⁹.

¹⁶⁷⁶ Ibid, p. 508.

¹⁶⁷⁷ Ibid, pp. 512 e 513.

¹⁶⁷⁸ Ibid, p. 577.

¹⁶⁷⁹ O enunciado da súmula n. 718 do STF assim expressa: “A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada”.

No caso dos argumentos assentados unicamente na idéia das circunstâncias pessoais do acusado, sem inferências concretas (a partir do processo), não existe possibilidade de contra-argumentos, porquanto os fundamentos se operam no plano da linguagem de quem os emite; são exclusivos produtos de uma construção ideal, sem que exista possibilidade de verificabilidade concreta, a não ser por meio de outros argumentos idealmente concebidos. Assim, quando se invoca a condição econômica do réu, é preciso que se apontem, concretamente, as circunstâncias decorrentes deste estado que o levaram a interferir no processo penal. No mesmo sentido, condições pessoais favoráveis, tais como residência fixa ou profissão definida do sujeito, não afastam, de imediato, a necessidade de sua prisão cautelar, tal como se tem decidido exaustivamente¹⁶⁸⁰.

A verificabilidade dos argumentos exige que o magistrado se afaste do idealismo puramente subjetivo, isto é, este agente não deve partir da premissa de que a realidade está na sua consciência, de maneira que as coisas somente existam quando percebidas por ele. Muito pelo contrário, os fundamentos de qualquer decisão num processo penal precisam também ser assimiladas sensorialmente pelos demais sujeitos do processo¹⁶⁸¹. Como completa Locke (1632–1704), “os homens aprendem nomes e os usam em conversa com os outros tão-somente para que possam ser entendidos, sendo isto conseguido pelo uso ou acordo”¹⁶⁸².

Desde modo, inserido em uma comunidade, o juiz pode agir também como produtor de significados, podendo criar novos nomes ou ampliar o sentido dos nomes já existentes ou, até mesmo, excluir o sentido preconceituoso, v. g., inadequado ao princípio da autonomia cultural¹⁶⁸³. Mas isto não significa que ele produza decisões calcadas em suposições ideais irrefutáveis. Assim, os sujeitos do processo, em um primeiro momento, e a comunidade de intérprete poderão comunicar-se, recepcionando ou repelindo os sentidos produzidos por todos os seus membros. As palavras não se reduzem aos sentidos finitos. Pelo contrário, em uma comunidade, mesmo as velhas palavras se renovam por meio de significados inteiramente diferentes do que originalmente possuíam.

¹⁶⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 86.605-SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 10/03/06, inf. n. 418/06.

¹⁶⁸¹ Cf. HESSEN, Johannes. "Teoria do Conhecimento". Trad. João Virgílio Gallerani Cuter. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 83.

¹⁶⁸² LOCKE, John. "Ensaio acerca do Entendimento Humano". Trad. Anuar Alex. São Paulo: Nova Cultura, 2000, p. 151.

¹⁶⁸³ Sobre princípio, cf. CERVINI, Raúl. "Os Processos de Descriminalização". Trad. Eliana Granja et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 143.

As palavras são edifícios em constante construção; mesmo um sentido temerário hoje pode ser de uso corrente amanhã¹⁶⁸⁴. O sentido do texto jurídico não se reproduz em si mesmo, fora de sua aplicação real. Tomemos um exemplo. A Lei n. 10.826/03, em paralelo ao delito de porte de arma (art. 14), tipifica como a conduta de posse irregular quem guarda arma de fogo em desacordo com determinação legal no interior de sua residência ou no local de seu trabalho (art. 12). Supondo a descoberta de uma arma numa cela prisional, conforme se dê um sentido à palavra residência, o proprietário poderia incorrer em tese no tipo de porte ou posse de arma de fogo. Recorrendo-se a uma compreensão que se origine do juízo de que o preso tem domicílio no lugar em que cumpre sentença (art. 76, CC), poderíamos equiparar a cela a sua residência, com a conseqüência de evitar a tipificação da conduta mais grave de porte ilegal de arma de fogo. Contudo, quando enfocamos a técnica de compreensão do texto legal a partir da autenticidade da realidade de um caso concreto, vem a ser fácil alcançar que cela não equivale à residência. O preso não está ali voluntariamente, tampouco dispõe dos mesmos direitos inerentes aos cidadãos livres, tanto que a lei de execução penal lhe impõe múltiplos deveres, constituindo falta grave possuir instrumento capaz de ofender a integridade física de alguém (arts. 39 e 50). Logo, impõe-se comparar o vocábulo *residência* ao sentido dado pelo Código Penal à palavra *casa* (art. 150, § 4º, Código Penal), em virtude de que a cela não se iguala a uma singela habitação do preso.

No exemplo, o predomínio de qualquer dos significados transmitidos à palavra *residência* não expressa um sentido mais verdadeiro do que outro, nem sequer evita que apareça uma terceira trajetória hermenêutica. A ampla defesa sob um fundamento lingüístico exige obediência a esses novos horizontes, intimamente interligados às particularidades das ocorrências concretas. A definição da palavra evolui com o tempo real. E se o preso com quem se encontrara a arma estivesse sob prisão domiciliar ou se a apreensão da arma tivesse acontecido em baixo de uma ponte ou mesmo em um prostíbulo, lugares nos quais reside o seu proprietário? Pela legislação vigente, estas situações hipotéticas permitem a inclinação pela configuração do ilícito de posse (art. 12), mas, por outro lado, já não diríamos o mesmo com relação a uma apreensão de uma arma no porta-luvas de um veículo de passageiros. E se este veículo fosse um trailer? Como se observa, dentre as significações suspensas, à espera do questionamento do intérprete, é o caso individual que determinará um sentido para a palavra *residência*.

¹⁶⁸⁴ Cf. LOCKE, John. Op. cit., p. 183.

Assim, o afazer hermenêutico contemporâneo não se esgota, tampouco se aprisiona em compreensões prontas e acabadas do passado. O intérprete processual penal tem a necessidade de compreender o fenômeno crime diante do Estado Constitucional de Direito, compenetrado pelo sistema acusatório-garantista que se impõe como a sua realidade, sem interpretar o presente à luz dos fundamentos inquisitivos ou das discriminatórias políticas penais liberais traçadas para um dado do passado. A história se reinventa. Novos problemas requerem novas respostas; não basta reciclar as soluções então desgastadas pelo avanço do tempo¹⁶⁸⁵.

O presente solicita a presença do aplicador do direito de hoje, porque quem busca a vontade do legislador não tarda desvendar que sempre finda descobrindo a vontade variável no tempo. Diante da falibilidade de uma norma regressada para o passado, o magistrado que pertence a uma comunidade de intérpretes não deve somente reproduzir os juízos endurecidos pela jurisprudência. Efetivamente, os precedentes subsistem como verdades consensuais estabelecidas pela comunidade de juristas em um instante findo¹⁶⁸⁶, mas não esgotam as infinitas possibilidades de se compreender a lei diante de um caso concreto, com a consequência de que casos semelhantes podem gerar decisões diversas, porque os julgadores também são motivados por novas percepções subjetivas¹⁶⁸⁷. O que é justo aqui – acresce Perelman – pode ser ali, hoje e não amanhã¹⁶⁸⁸.

Não obstante o decurso do tempo, a interpretação retrospectiva ocorre quando se buscam os significados originados preteritamente, isto é, de acordo com a comunidade de intérpretes de determinada época passada. Esta metodologia interpretativa ignora o momento presente do caso concreto, assimilando significados desligados das circunstâncias atuais da vida variante.

¹⁶⁸⁵ Sobre a importância da realidade, Konrad Kesse doutrina que a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica. Como afirma, a pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se se levar em conta essa realidade. A Constituição jurídica logra conferir forma e modificação à realidade. Constatam-se os limites da força normativa da Constituição quando a ordenação constitucional não mais se baseia na natureza singular do presente. Não é em tempos tranquilos e felizes que a Constituição normativa vê-se submetida à sua prova de força. Em verdade, esta prova dá-se nas situações de emergência, nos tempos de necessidade. Conforme completa o professor da Universidade de Freiburg, em determinada medida, reside aqui a relativa verdade da conhecida tese de Carl Schmitt segundo a qual o estado de necessidade configura ponto essencial para a caracterização da força normativa da Constituição (“A Força Normativa da Constituição (Die Normative Der Verfassung)”. Trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sergio Antonio Sergio Antonio Fabris, 1992, p. 25).

¹⁶⁸⁶ Habermas estabelece o critério de verdade consensual, segundo o qual “o conhecimento de uma pessoa depende de outras pessoas que também conhecem” (ZILLES, Urbano. “Teoria do Conhecimento e Teoria da Ciência”. São Paulo: Paulus, 2005, p. 135).

¹⁶⁸⁷ PERELMAN, Chaïm. “Ética e Direito”. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 353. Este autor não negar ser o tribunal o auditório do juiz, mas também assenta que a personalidade deste agente cumpre papel decisivo no ato de decidir (op. cit., pp. 493 e ss).

¹⁶⁸⁸ Ibid, p. 374.

Mas como saber se as palavras estão sendo compreendidas no sentido adequado? Com efeito, as expectativas do intérprete não devem dominar a sua compreensão, porquanto o texto não somente transmite o que dele se espera¹⁶⁸⁹. A primeira saída nesta direção deve seguir uma orientação simples: compete ao intérprete revisar a lei segundo o projeto prévio estabelecido pela Constituição. Neste desiderato, o primeiro obstáculo a se vencer é o da tradição dos significados, que nos compelem a perseguir – como a um rebanho – os sentidos jurisprudenciais, mesmos aqueles firmados em períodos constitucionais suplantados. Não esperemos muito do intérprete, a não ser decisões aceitáveis¹⁶⁹⁰.

A interpretação, no entanto, não precisa simplesmente ignorar os precedentes jurisprudenciais. Estes constituem o extrato sobre o qual o intérprete construirá os novos significados¹⁶⁹¹. A história de uma lei é a história de seus significados, os quais evoluem no tempo e espaço. Interpretar a lei é lê-la novamente, agora com os óculos das circunstâncias do mundo presente, mas sem rejeitar, aprioristicamente, o que já fora firmado sobre ela. Celso de Melo, em voto memorável no Supremo Tribunal Federal, chama atenção ao “misoneísmo exegético” provocado pela interpretação retrospectiva, às vezes, acertadamente, atribuída à jurisprudência constitucional, segundo afirma, quando se decide sem querer mudar a Constituição, “como se nada houvesse mudado”¹⁶⁹². É certo que a nova hermenêutica não permite mesmo saber qual o sentido correto da lei ajustada para os casos, mas podemos afirmar, com segurança, quais não são os adequados e, dentre eles, se destacam os que ignoram a mudança social.

Na era da filosofia da linguagem, a fundamentação deve tornar-se visível. Não cabe ao julgador limitar-se à bricolagem de julgados e tópicos doutrinários, sem que ele próprio expresse as suas próprias razões de convencimento, sob pena de não se estabelecer a efetivação do princípio da motivação, em desrespeito à garantia de defesa. O juiz reproduzidor de significados não decide, porque a decisão não é dele. Deontologicamente, o juiz precisa imbuir que a sua decisão deve ajustar-se ao caso concreto, e nenhum outro julgado será capaz de reproduzir as circunstâncias do caso sujeito ao seu julgamento¹⁶⁹³. Isto é o que o

¹⁶⁸⁹ GADAMER, Hans-Georg. Op. cit., p. 357.

¹⁶⁹⁰ PERELMAN, Chaïm. Op. cit., p. 554.

¹⁶⁹¹ Talvez não fosse preciso advertir da necessidade de justificação para se contrariar um precedente, mas cabe empreender que só é justificável o que está sujeito à crítica (PERELMAN, Chaïm. Op. cit., pp. 203 e 322).

¹⁶⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto no RE 210.917/RJ, inf. n. 232/01.

¹⁶⁹³ Cf. BRETON, Philippe. “A Manipulação da Palavra”. Trad. Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Loyola, 1999, p. 122.

garantismo chama de equidade. Nas palavras de Ferrajoli, o juízo de equidade consiste na compreensão das características acidentais e particulares do caso individual¹⁶⁹⁴.

Em um de seus sermões, Padre Antônio Vieira (1608–1697) compara as glosas interlineares de Anselme de Laen¹⁶⁹⁵ a uma farmácia, onde “todos os homens acham tudo o de que têm necessidade para seus males”¹⁶⁹⁶. A jurisprudência assume esta configuração enciclopédica, dominando, cada vez mais, o pensamento jurídico. Equivocadamente, alguns juízes creditam aos precedentes a função não apenas auxiliar, mas até boticária de resolver, de fato, todas as demandas criminais com as quais deparam, tal qual um locus onde se decifram todas as dúvidas.

Notadamente na dogmática processual penal, a tradição do apego alucinado aos significados jurisprudenciais não condiz com as novas práticas interpretativas. No cotidiano forense, há casos que insulam o réu em torno de uma jurisprudência desfavorável, como se aquele significado extraído de um julgado pretérito determinasse invariavelmente todos os casos subseqüentes. É irrefutável a importância da invocação de precedentes, especialmente dos tribunais superiores. Eles sinalizam *um* norte a se seguir, de certa forma, *aliviando* a responsabilidade de julgar, mas não se faz a jurisprudência um *deus ex machina*, isto é, um mecanismo – como uma dramaturgia antiga – que desce ao processo com a missão de conferir uma solução arbitrária ao drama vivenciado pelos seus personagens.

Como assegura Francesco Carnelutti (1879–1965), sabemos que o tempo não é realidade, mesmo assim não conseguimos explicar que não seja real¹⁶⁹⁷. Por isto, cumpre constatar a diferença entre a lei e o fato. Enquanto a lei guarda uma essência estática e atemporal, o fato cultiva um caráter dinâmico, em sintonia com um determinado tempo¹⁶⁹⁸. Igualmente ao fato, a temporalidade marca as decisões dos tribunais, motivo pelo qual a jurisprudência exige permanente atualização ao presente. Os casos do futuro não se prendem irremediavelmente às decisões do passado. O juiz penal precisa unir o passado (crime) ao

¹⁶⁹⁴ “Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal”. Trad. Ana Paulo Zomer et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 127. Derrida também entende que uma decisão justa pressupõe um julgamento único, fora de tipos pré-moldados (“Força de Lei: o fundamento místico da autoridade”. Trad. Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 47).

¹⁶⁹⁵ No séc. XII, Anselme de Laen foi um dos mais célebres comentadores das escrituras sagradas.

¹⁶⁹⁶ Na forma latina: *Hic liber est apotheca gratiarum, in quo omnis anima, quidquid necesse habet, inveniet*. Cf. Sermão de Nossa Senhora de Penha de França, na sua igreja e convento da Sagrada Religião de Santo Agostinho (§ IV).

¹⁶⁹⁷ “Arte do Direito”. Trad. Hebe A. M. Caletti Marengo. São Paulo: Edicamp, 2001, p. 49.

¹⁶⁹⁸ *Ibid*, p. 52.

futuro (pena)¹⁶⁹⁹, porque – não esqueçamos – o Direito nasce da síntese entre lei e fato¹⁷⁰⁰, ou seja, da união entre passado e presente, estático e dinâmico.

Tomando como exemplo o procedimento dos crimes dolosos contra a vida, deve ser entendido como possível o Júri sem presença do réu em plenário. Em atenção aos princípios constitucionais, qualquer caso particular pode demonstrar a necessidade da dispensa do réu em plenário. A Defesa pode entender adequada a ausência do réu em plenário, evitando, v.g., que os jurados tirem conclusões desfavoráveis, caso pretenda exercer o direito ao silêncio¹⁷⁰¹. Em não sendo o comparecimento do réu essencial à acusação, ou seja, se o Ministério Público não se opõe, justificadamente, ao pleito de dispensa do acusado, nada impede a sua ausência durante o julgamento, e não apenas na hipótese de não ser o acusado encontrado (art. 457, CPP), desde que a pedido e em benefício da própria defesa¹⁷⁰². A interpretação mais (a)justada aos princípios constitucionais da plena defesa e da não auto-incriminação, consente que o caso concreto logre um sentido diverso do que, aparentemente, poderia ser dado a uma interpretação cegamente justaposta à orientação predominante. Não se desautoriza, entretanto, que em um caso concreto se exija a presença do réu em plenário, desde que esteja cômico o juiz de sua liberdade de poder desviar-se desta orientação, a saber, de seus sentidos solidificados, quando necessite de assegurar a ampla defesa substancial.

Não raramente, o Supremo Tribunal Federal tem adotado orientações contrárias às suas próprias súmulas, assinalando claramente que a aplicação do direito não se bloqueia pela força dos sentidos conferidos aos julgados passados. Tomemos como modelo hermenêutico a Súmula n. 691 do Supremo Tribunal Federal, segunda a qual não compete a este Tribunal “conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do Relator que, em habeas corpus requerido a tribunal superior, indefere a liminar”. Entretanto, o STF tem afastado a aplicação deste enunciado em alguns casos, concedendo habeas corpus – mesmo tendo havido

¹⁶⁹⁹ Cf. CARNELUTTI, Francesco. Op. cit., p. 72.

¹⁷⁰⁰ Ibid, p. 46.

¹⁷⁰¹ Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça já dispensou a presença do réu no julgamento, desde que intimado o réu: "A Constituição da República de 1988 consagra ser direito do réu silenciar. Em decorrência, não desejando, embora devidamente intimado, não precisa comparecer à sessão do Tribunal do Júri. Este, por isso, pode funcionar normalmente. Conclusão que se amolda aos princípios da verdade real e não compactua com a malícia do acusado de evitar o julgamento" A 6ª T. do STJ já havia decidido neste sentido: “Processual penal – Júri - Réu - Presença - A Constituição da República de 1988 consagra ser direito do réu silenciar. Em decorrência, não o desejando, embora devidamente intimado, não precisa comparecer a sessão do Tribunal do Júri. Este, por isso, pode funcionar normalmente. Conclusão que se amolda aos princípios da verdade real e não compactua com a malícia do acusado de evitar o julgamento” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC 2967/GO, Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 1993/0021051-3, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 02/08/1994, DJ 10/10/1994, p. 27.188, REVJUR 208/105, RT 710/344).

¹⁷⁰² Neste sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC 2967/GO, Recurso Ordinário em HC n. 1993/0021051-3, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 02/08/1994, DJ 10/10/1994, p. 27.188, REVJUR 208/105, RT 710/344.

indeferimento da liminar pelo tribunal superior – quando flagrante a ilegalidade¹⁷⁰³ ou manifesto o “excesso de prazo na prisão cautelar do paciente, em ofensa à garantia fundamental da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, CF)¹⁷⁰⁴”.

No âmbito do Júri, não se exige que o comparecimento da testemunha residente noutra Comarca¹⁷⁰⁵, mesmo sendo ela essencial à defesa. Será que está sendo respeitada a cláusula constitucional que assegura a plenitude de defesa (art. 5º, XXXVIII, *a*, CF)? A resposta deve ser negativa.

O pós-positivismo demanda que os agentes do Direito exerçam uma função crítica perante a lei e também em relação aos resultados cristalizados da jurisprudência. A contínua vigilância do controle de constitucionalidade promove o ato de conformação dos significados infraconstitucionais à linguagem da Constituição. Como consolida Wittgenstein (1889–1951), uma regra não impõe a mesma solução em todos os casos; a igualdade decorrente da regra institui apenas que a mesma regra seja aplicada em todos os casos, sem que o resultado seja obrigatoriamente o mesmo¹⁷⁰⁶, de modo que somente sabemos um significado de uma expressão no jogo lingüístico da demanda concreta¹⁷⁰⁷.

Na prática, a referência a precedente jurisprudência é um mecanismo que afasta o ator jurídico do penoso trabalho de interpretar, o que somente contribui para que as decisões judiciais percam o sentido da realidade¹⁷⁰⁸. Com a virada lingüística, o próprio Direito passa a ser entendido como linguagem, isto é, “à realidade do direito, portanto, é co-criada e não descrita como objeto”¹⁷⁰⁹. Não mais devem existir “feudos decisórios”, porque a legitimidade do Estado será “aferida no processo hermenêutico realizado no controle da validade, formal e material, do ordenamento jurídico”¹⁷¹⁰.

¹⁷⁰³ O STF concedeu liminar em habeas corpus impetrado contra decisão do STJ que denegara pedido de liminar formulado em outro habeas corpus, no qual pretendida a revogação de preventiva expedida contra um ex-governador, cuja prisão tinha sido decretada porque o paciente teria procurado aliciar um dos co-réus. O STF, considerando a inexistência de procrastinação; a residência e a profissão certas do paciente, bem como que os diálogos foram “entre o paciente e outro co-réu”, este já ouvido pelo Poder Judiciário, concedera a ordem de ofício, em razão da flagrante ilegalidade (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 86.864/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, 20/10/2005, inf. n. 406/05).

¹⁷⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 87.164/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, 4/4/2006, inf. n. 422/06.

¹⁷⁰⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 18.196-SP, Rel. Min. Vicente Leal, j. 23/4/02. inf. n. 131.

¹⁷⁰⁶ Apud GÜNTHER, Klaus. “Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: justificação e aplicação”. Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, p. 145.

¹⁷⁰⁷ Ibid, p. 151.

¹⁷⁰⁸ ROSA, Alexandre Morais da. “O Que é Garantismo Jurídico? (Teoria Geral do Direito)”. Florianópolis: Habitus, 2003, p. 88.

¹⁷⁰⁹ Ibid, p. 93.

¹⁷¹⁰ Ibid, p. 96.

11. CONCLUSÃO: O EQUILÍBRIO SUSTENTÁVEL ENTRE O PODER PUNITIVO E A GARANTIA DE DEFESA

"Mesmo que um homem, meu caro, seja injusto e tenha o poder de praticar a injustiça por fraude ou à força: nem por isso estou convencido de que tire daí mais proveito que da justiça (...). Convince-nos, portanto, homem divino, de maneira satisfatória, de que fazemos mal em preferir a justiça à injustiça".

PLATÃO, *A República*.

Mesmo sem olvidar a pretensão de discorrer a conclusão geral da dissertação, cabe considerar, de antemão, alguns limites, caso contrário correríamos o risco de não apenas produzir um texto conclusivo por demais extenso, mas também que somente repete os capítulos que já foram escritos. Assim sendo, a conclusão que aqui será levada a cabo não encerra a possibilidade de uma miríade de outras inferências às quais poderá chegar o leitor.

Feita a advertência inicial, passamos ao que importa. Mesmo tendo origem remota na Antigüidade, a reanimação das garantias penais foi levada a efeito a partir da tradição inglesa, em função de que a garantia de defesa transcende para a modernidade por meio da idéia de *due process of law*. Assim, acerca do ponto em causa, faz-se necessário chamar atenção para a doutrina de John Locke. Enquanto Hobbes não admitia que a sociedade se situasse em oposição ao contrato social, Locke vê o direito de resistência como uma arma contra o governo que não atende aos interesses da sociedade. Para ele, a lei emerge como condição de igualdade formal, de tal modo que nem mesmo o príncipe pode estar acima dela.

Ao teorizar o direito de resistência, Locke confere um fundamento para o direito de defesa e, ainda assim, funciona como uma justificativa política para o papel do *devido processo legal* como agente limitador do arbítrio do poder.

Nesses termos, a garantia de defesa e o contraditório devem ser considerados o núcleo duro do *devido processo legal*, cujo conceito incorpora todos os princípios estruturantes do processo penal. Noutras palavras, no ponto de vista prático, não existem razões para distinguir a ampla defesa e o contraditório; ambas garantias aderem-se ao conceito

do *devido processo legal*, cuja aplicação assegura a proteção de técnicas processuais de resistência à pretensão punitiva.

Uma vez ancorada nessas bases políticas, a garantia de defesa está pronta para, finalmente, ser sistematizada. E isto acontece a partir da Escola Clássica, mais especialmente por meio de um divisor de águas, qual seja, a publicação da obra *Dei Delitti e Delle Pene* de Beccaria (1764), responsável pela organização do pensamento iluminista a respeito das questões penais. A Escola Clássica não somente aponta a necessidade de se abrandar a reação punitiva ao crime, mas, sobretudo, patrocina a estabilização das garantias penais inerentes ao pleno exercício do direito de defesa.

Assim, já instituída como um valor político (*due process of law*), a garantia de defesa evolui com esta Escola para um sentido técnico, quando então se dá subsídio para a sua sistematização, em contraposição ao poder punitivo do Estado. Contudo, a Escola Clássica não obteve o êxito esperado diante da crescente necessidade de se combater o fenômeno crime, sendo esta a razão de sua crise.

Na segunda metade do séc. XIX, o aumento da criminalidade habitual estimula o surgimento de uma nova reação penal. Dessa forma, o poder punitivo do Estado fortalece-se a partir da Escola Positiva.

Em face da urgência de se organizar uma resposta ao fenômeno criminal, o *positivismo comtiano* permite a estruturação metodológica da Escola Positiva. Por consequência, esta Escola não somente classifica os criminosos, mas, pela análise de ordens fisiológicas, antecipa, indutivamente, previsões sobre a capacidade de se cometer um delito no futuro. Em linhas gerais, a Escola Positiva determina o crime como fenômeno individual que pode ser coletivizado.

Durante o auge do positivismo criminológico, a pretensão punitiva do Estado será o mais poderoso instrumento de controle social. De fato, a garantia de defesa permanece, ainda que formalmente, como uma conquista do conhecimento humano, mas será completamente esgotada de eficácia em função da busca pelos traços da personalidade criminosa. O processo penal não apenas investiga o crime, mas a relação deste com o homem que o pratica, ou seja, o poder punitivo volta-se à personalidade do agente como fio condutor da reação social ao crime.

A Escola Positiva muda o foco do Direito Penal do fato para o do autor, em função de que a pena deve ser aplicada segundo as necessidades de defesa social. De fato, a conjuntura política no final do séc. XIX favorece a reorquestração das idéias penais para esta

nova perspectiva. Assim, cabe chamar atenção para o declínio da supremacia da vontade do legislador, já muitos anos antes antecedida pela Corte Marshall.

A Corte Marshall (1801–1835), malgrado seja mais conhecida pelo estabelecimento do *judicial review*, também abre caminho para, mais tarde, conceber-se o *devido processo legal* substantivo (*McCulloch v. Maryland*). E não é só isto. Esta Corte cria a doutrina da necessidade e adequação, segundo a qual o texto constitucional deveria adaptar-se às crises da sociedade, ou seja, as disposições constitucionais deveriam ser interpretadas segundo as necessidades que se revelam para o futuro, cabendo ao *judicial review* a função de eliminar as imperfeições do governo representativo.

De fato, é com John Marshall que se inicia um modelo de interpretação nacionalista, que não somente levará à construção de um conceito mais abrangente de *devido processo legal*, mas também dará suporte a decisões anti-humanistas, como a que concebeu a inferioridade do negro em relação ao branco (*Dred Scott* contra *Sandford*, 1857) e a que, modificando este último precedente, enunciava a doutrina dos iguais mas separados (*Plessy* contra *Fergusson*, 1896).

O poder punitivo começa, assim, uma escalada, assinalada pelo deslocamento do centro do poder decisório para o Executivo, o qual será chamado a intervir em defesa da sociedade. A passagem para o séc. XX será então o encontro das novas idéias penais com o fim da era vitoriana: o término de uma forma de pensar e o começo de uma nova consciência socialista, em função de que o Estado incute a função de melhorar o homem. As idéias de defesa social surgem como o novo – uma ampla reação à crise do sistema penal (neo)clássico.

Dessa forma, já no início do séc. XX, está fortalecida a doutrina autônoma de defesa social, que, em linhas gerais, representa uma forma de aumentar a reação do Estado ao fenômeno crime, mesmo que à custa de garantias individuais. Para esse efeito, dá-se ao poder punitivo a função de proteger a sociedade, ou seja, o Estado-Juiz poderia levar em consideração aspectos da personalidade do agente para determinar a pena e, assim, proporcionar a segurança da sociedade. De fato, transfere-se para o juiz o encargo pela realização da política criminal.

A partir da doutrina da defesa social, o Estado assume, mais claramente, a função de proteger a sociedade por meio do poder punitivo. É em virtude de que se estrutura uma política criminal de *bem-estar social*, que conduzirá ao modelo autoritário nacional-socialista, ápice do esvaziamento jurídico da garantia de defesa. O nacional-socialismo deve ser tomado como um modelo que opta pelo Direito Penal do autor, cujos traços característicos ainda

continuam sendo reinventados pela legislação penal mais recente. Portanto, no processo penal autoritário, a defesa penal deveria ser submetida aos interesses superiores do Estado. Isto é, a colisão entre poder punitivo e direito de defesa sempre deveria ser resolvida em favor daquele.

Depois do Holocausto, surgem várias reações teóricas à crise do humanismo. A primeira delas, que condensa em larga escala o pensamento penal que toma corpo na segunda metade do séc. XX, trata-se do movimento da *nova defesa social*. Assim, este movimento pretende abrir espaço para as alternativas à prisão, com o fim específico de ressocializar o criminoso, mas sem abdicar dos valores humanistas. Contudo, a *nova defesa social* apenas assegura a continuidade do Direito Penal do autor, conferindo ao poder punitivo a função autoritária de determinar uma pena-correção a partir dos traços da personalidade do agente. Vários movimentos penais sucedem com idéias semelhantes, apenas conferindo uma sobrevida ao juízo-base de que é possível proteger a sociedade mediante a neutralização dos perigosos.

A teoria garantista aporta, finalmente, como a única capaz de assegurar um equilíbrio sustentável entre o poder punitivo e a garantia de defesa. O garantismo reage à crise do Estado de Direito mediante a ampla revisão dos postulados clássicos. Fazendo uso de várias frentes de batalha, contrapõe o conceito de validade ao de vigência da norma, expõe a necessidade de se instaurar a democracia substancial, revisa o papel do juiz no processo penal e ainda demanda que a ciência jurídica exerça o seu papel crítico.

Ao contrário da *nova defesa social*, o garantismo propõe que não existam tratamentos penais diferenciados, segundo a personalidade do agente, e que o bem-estar da sociedade esteja assegurado por meio da limitação do poder punitivo, ou seja, em função da aplicação dos princípios inerente ao Direito Penal mínimo.

Nesses termos, o garantismo não se funda na idéia de Estado bom ou pena voltada para um bem, mas sim parte da inferência de Estado opressor e da pena como um mal menor. Separa-se definitivamente o Direito Penal da moral, apartando-o, por conseguinte, da função educadora da pena e dos conceitos relativos à personalidade do réu, próprios do Direito Penal do autor. O garantismo propõe que se alcance o máximo bem-estar dos membros da sociedade não por meio do Direito Penal máximo, mas sim pela intervenção mínima, com a qual se assegure o mínimo mal-estar aos direitos fundamentais. Toda essa representação teórica manifesta uma fórmula simples: o máximo de liberdade e satisfação adquire-se com o mínimo

de punição. Por conseguinte, a pena não mais é recebida como um mal equivalente ou como um mal para o bem, mas sim como um mal menor.

Noutro plano, o garantismo revisa os fundamentos da verdade processual, rejeitando as doutrinas consensualistas ou que negociam com a verdade. Nesse passo, o processo cognitivo existe para as refutações da parte acusada, ou seja, não está o processo fadado à verdade substancial (verdade máxima), mas à verdade tolerável, que resulta do debate entre a prova e contraprova. O processo garantista, que vai além do modelo acusatório, tem a dupla finalidade de punir os culpados e absolver os inocentes.

No entanto, para entender como se dá um equilíbrio sustentável entre o poder punitivo e a garantia de defesa, cabe ter como ponto nevrálgico a constatação de que não está o legislador apto a produzir uma legislação equilibrada – tanto eficiente em combater a criminalidade como em proteger os inocentes. Isso significa que, acima de tudo, precisamos reconhecer a contradição da lei ou mesmo a impossibilidade de se atingir tal estado de harmonia.

Assim, diante da inaptidão do Legislativo para enfrentar a tensão entre o poder punitivo e a garantia de defesa, discerniremos que a solução para a crise depende diretamente da postura judicial.

Definitivamente, a garantia de defesa integra o cerne do conceito de processo justo e garantista, estando, desta forma, largamente incorporada aos valores dos ordenamentos jurídicos ocidentais.

No caso específico do Brasil, a influência do autoritarismo engendrado desde o Estado Novo ainda tem grande ascendência sobre a lei penal, cujos textos continuam sendo interpretados acriticamente.

Não obstante a garantia de defesa esteja incorporada em nossa história constitucional, a sua ascensão mais significativa dá-se, finalmente, com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que constrói um verdadeiro sistema de proteção à liberdade. Porém, nem mesmo o progresso do texto constitucional tem sido suficiente para negar a existência de *Estado de Direito real* em oposição a um *Estado de Direito ideal*.

Em realidade, deve ser levado em conta o surgimento de uma política estatal internacional voltada, principalmente, ao combate do terrorismo e do crime organizado, favorecendo, assim, o aparecimento de leis penais que restringem o direito de defesa em busca de uma maior efetividade da persecução penal.

Nesse mesmo caminho, o processo penal não gira em torno de um direito de defesa substancial, porém recebe comandos em favor de uma defesa mitigada ou, até mesmo, simbólica. A inflação legislativa e conseqüente simbolismo da lei penal revelam o vazio dos mecanismos estatais de combate à criminalidade.

Diante do crescente deficit de eficácia da lei, o Estado prefere responder ao fenômeno crime mediante processos simbólicos de controle social, indicativos da falta de funcionalidade do poder punitivo e, sobretudo, das garantias processuais.

A inflação legislativa converge para o Direito Penal máximo, transferindo para o processo penal a função de prevenção e defesa social. Tudo isso, juntamente com a crise do princípio da presunção de não-culpabilidade, acaba por tornar o direito de defesa um mero adorno simbólico no processo judicial.

Nessa linha de raciocínio, conclui-se que o sistema penal clássico, erguido para absolver os inocentes e condenar os culpados, está em crise. Isto porque a política de defesa social já não nos permite saber quem são os culpados. Ou, noutras palavras, a defesa social desloca o Direito Penal para a proteção da sociedade e, como isso, faz o direito de defesa sucumbir, definitivamente, ao poder punitivo. À custa da proteção da sociedade, a legislação penal de emergência cresce ao sabor da corrupção propagada, infecciosamente, no poder público e do fortalecimento das organizações criminosas.

A defesa trata-se de um termômetro para o Estado Constitucional de Direito, de modo que esta garantia não interessa apenas ao indivíduo, mas igualmente ao Estado e à sociedade. Embora não seja possível esperar que todas as leis sejam rigorosamente cumpridas, exige-se do Estado uma luta permanente não somente para extirpar do ordenamento as leis inadequadas, mas, principalmente, para restaurar a autoridade das leis necessárias à vida social.

Em realidade, a política criminal de defesa social divide a sociedade, cobrando o recrudescimento penal contra aqueles que estão afastados do centro de poder. Seguindo esta linha, os movimentos de tolerância zero justificam o combate dos grandes crimes pelos pequenos, mas não dão igual entonação quando, v.g., tratam da punição dos agentes políticos ou financeiros, porquanto a vocação desta política converge apenas para os crimes praticados por pobres e indesejados. É desta maneira que a garantia de defesa se exaure diante dos nossos olhos, sem que se compreendam os motivos pelos quais, somente para alguns membros da sociedade, o processo penal está tão rico de garantias.

Diante da crise que se constata, resta identificar que o problema da garantia de defesa merece um tratamento diferencial quanto aos desafios do Direito Penal Ambiental, notadamente porque, no séc. XX, o meio ambiente aparece como um novo limite à liberdade do homem. A superação do antropocentrismo clássico convida a uma nova reflexão da questão da proteção dos bens ambientais. No entanto, a proteção dos bens ambientais pelo Direito Penal tem sido conflituosa, para não dizer simbólica.

A responsabilidade penal da pessoa jurídica por crimes ambientais desafia a revisão dos fundamentos penais clássicos. Muito embora as garantias penais se mostrem adequadas uma realidade estritamente individualista (personalista), é chegado o momento de ler novamente os postulados penais clássicos diante a realidade constitucional que se inaugura.

A solução dada por Hassemer, no sentido de criar um novo ramo científico – o direito de intervenção –, ao qual caberia tratar das novas categorias da contemporaneidade, ainda que seja viável para o futuro, não nos deve impedir de enfrentar o problema da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Desde este ponto de vista, já podemos concluir que, em relação aos delitos menor potencial ofensivo, o sistema jurídico brasileiro estruturou um *sistema de intervenção* muito bem caracterizado, cujos parâmetros escapam das garantias processuais tradicionais, e que, por isto, integra apenas formalmente a esfera do sistema penal-processual.

A violação ao princípio da intervenção mínima está evidente no Direito Penal ambiental, tornando, na prática, a resposta penal menos severa do que a sanção administrativa. É preciso que se alcance eficiência do Direito Penal por meio da aplicação do princípio da intervenção mínima, evitando que o Direito Penal se torne um regulador simbólico e absoluto de todas as condutas indesejadas.

Inserida nesse contexto, a responsabilidade penal de pessoas jurídicas deve buscar irromper esse estado de coisas para que o Direito Penal se torne efetivo em relação à atividade de pessoas físicas que agem encobertas pelas pessoas jurídicas.

De fato, quando interpretados fora do contexto constitucional, os princípios penais não se ajustam perfeitamente à responsabilidade penal da pessoa jurídica, mas, uma vez que Constituição pôs abaixo o princípio segundo o qual a pessoa jurídica é irresponsável penalmente por sua atividade (*societas delinquere non potest*), é possível encontrar a integração do ordenamento para fins da responsabilização da pessoa jurídica, sujeitando-a às normas processuais reservadas para a pessoa física.

A fim de se garantir obediência à ampla defesa, deve ser vedada a responsabilização da pessoa jurídica independentemente da conduta da pessoa física. Da mesma forma, a acusação precisa descrever a conduta da pessoa física, distinguindo-a da atividade da pessoa jurídica. Ou, noutras palavras, o princípio da ampla defesa determina a separação da conduta da pessoa física e a atividade propriamente da pessoa jurídica.

Agora, já não falando apenas das pessoas jurídicas, cabe compreender que a autodefesa não se submete às condições de efetividade, ou seja, o juiz somente pode assegurar a sua efetividade ao seu aspecto meramente formal, garantindo o seu exercício voluntário e cuidadosamente consciente do direito ao silêncio. Pelo mesmo motivo, não há como se gerenciar um controle de mérito da autodefesa.

A utilização coercitiva do interrogatório por videoconferência afronta a autodefesa, porquanto desprovida de qualquer regulamentação que prescreva a restrição ao direito de presença. No entanto, assiste ao acusado o direito de não ser conduzido coercitivamente até a autoridade ou, segundo os interesses de sua defesa, de ser ouvido por videoconferência, nos termos do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (art. 69, 2), promulgado pelo Brasil a partir do Decreto n. 4.388/02¹⁷¹¹.

Quanto à defesa técnica dativa, o Estado-Juiz deve exercer controle sobre a sua atuação, a fim de que se pratique efetivamente. Seja qual for o modo como se exerça a defesa, a escolha da técnica defensiva cabe ao defensor, mas se este profissional, notadamente quando dativo, decair de seu múnus, impõe-se ao juiz o poder de intervir, em função da falta de defesa.

É fundamental que, diante do caso concreto, o juiz debele a atuação meramente protocolar do defensor dativo. Embora o juiz não possa interferir na técnica defensiva praticada pelo defensor, impõe-se ao juiz o poder de intervir, em função da falta de defesa, porquanto o exercício de qualquer atividade pública exige obediência aos preceitos de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, sobretudo, eficiência (art. 37, CF), sem os quais não se reconhecerá a ampla defesa eficaz. A atividade do advogado nomeado também se subordina a tais princípios, porque realiza função própria do dever de prestação do Estado.

Sendo o direito de defesa um imperativo do Estado Social, a inércia do defensor dativo deve resvalar sobre o profissional e não sobre o acusado. Logo, não cabe ao acusado suportar preclusões processuais por deficiência da prestação da defesa do Estado. Dessa

¹⁷¹¹ A legislação já prevê a coleta do depoimento da testemunha ou do ofendido por videoconferência, se a presença do réu causar humilhação, temor, ou sério constrangimento, de modo que comprometa a obtenção da verdade (art. 217, CPP).

forma, requer que o princípio da voluntariedade do recurso seja interpretado diferentemente para o defensor dativo, de modo que, manifestando o acusado a intenção de recorrer, caberá ao juiz – caso o defensor dativo se quede inerte – nomear-lhe outro defensor para assegurar o direito ao segundo grau. Em caso de conflito de vontades, sempre deve prevalecer a posição mais favorável à liberdade, ou seja, a opção pelo recurso confirma-se como mais conveniente ao princípio *in dubio pro libertate*.

Contudo, tornar-se urgente que, em comarcas desprovidas do serviço estatal de Defensoria Pública, a defesa penal exercida por advogado nomeado deva gozar dos mesmos privilégios processuais dos defensores públicos, notadamente porque ambos profissionais estão sujeitos ao princípio da fundamentação de seus arrazoados.

Estando a Defensoria inapta a confrontar-se com o Ministério Público, justifica-se o reconhecimento da constitucionalidade momentânea e circunstancial dos privilégios processuais em favor daquela, como critério de equilíbrio de armas. E, mais do que isso, é imperioso que o Estado assegure a organização das defensorias, de modo que se ajustem ao princípio da igualdade e, assim, cumpram o preceito constitucional de ampla defesa penal.

Impõe-se ao Estado-Juiz o dever de assegurar ao indivíduo a defesa técnica, até mesmo, na fase do inquérito, notadamente quando o procedimento atingir um estado em que seja necessária a intervenção técnica para resguardar a liberdade. Muito embora já signifique um avanço, a Lei n. 11.449/07, que determina o envio do auto de prisão em flagrante à Defensoria Pública em vinte e quatro horas, caso o autuado não possua advogado, não garante o exercício da defesa na fase pré-processual. De fato, a lei apenas institui uma cerimônia formal, sem assegurar a participação eficaz da defesa dativa na fase do inquérito.

Quanto aos procedimentos que estabelecem uma resposta preliminar anterior ao recebimento da denúncia, cabe a nomeação de defensor dativo para os casos em que o imputado deixa de ofertar resposta ou constituir advogado.

O exercício da técnica defensiva implica, acima de tudo, a possibilidade de usar os meios objetivos de defesa, em função de que se impõe que exista, evidentemente, um tempo próprio para a defesa. No momento em que se afigura a parte do direito subjetivo de produzir prova, também se torna imprescindível que esta mesma parte possua um prazo dentro do qual realize as diligências a que tem direito.

Porém, a tendência contemporânea leva-nos a um impasse. Quanto mais o Estado aperfeiçoa suas técnicas de persecução penal, reduzem-se as possibilidades da defesa penal de mérito. Sem dúvida, as escutas telefônicas ou outras formas de vigilâncias eletrônicas estão

em larga escala a serviço do poder punitivo, notadamente porque os delitos se tornam cada vez mais complexos e especializados.

Diante desse panorama, cada vez mais a defesa técnica exerce-se com o intuito meramente protelatório. Conforme diminuem as chances de defesa substancial, ganha importância a defesa dilatória, sobremaneira facilitada pelo apego ao formalismo.

De fato, assegura-se ao réu o direito de organizar a sua defesa num prazo razoável, mas este tempo de defesa dependerá do caso concreto. É preciso estabelecer, assim, um equilíbrio entre a duração razoável do processo e a garantia de defesa, na oportunidade em que se evite que seja o prolongamento do processo uma pena em si ou apenas um meio para se alcançar a prescrição penal. A garantia de defesa não justifica, portanto, a abreviação desmedida ou o prolongamento abusivo do processo.

Neste caso, com vistas a equacionar um equilíbrio sustentável, a obtenção da liberdade não funciona como marco delimitador da duração razoável do processo. A liberdade do réu não autoriza que a ação penal dure sem fim. O processo precisa chegar ao seu termo e, para isto, o tempo processual convive intimamente com o exercício do direito de defesa, durante o qual se expõe o acusado ao suplício da persecução penal.

Merecem revisão as Súmulas ns. 21 e 52 do Superior Tribunal de Justiça que pacificaram o entendimento de que está superada a alegação de constrangimento ilegal por excesso de prazo da prisão depois de concluída a instrução ou pronunciado o réu. Desse modo, a aplicação do modelo hermenêutico dessas súmulas não deve impedir o reconhecimento da dilação indevida do processo, sendo inteiramente cabível o reconhecimento de constrangimento ilegal depois de encerrada a instrução ou quando já pronunciado o réu. Vale dizer, o término da instrução ou a pronúncia do réu não superam o constrangimento ilegal decorrente do excesso de prazo na duração do processo.

Mesmo sendo o direito de defesa um instituto de controle do poder de acusar, é de se reconhecer, por outro lado, que também se pode fazer mau uso desse direito, prolongando indevidamente a ação penal. A ampla liberdade conferida às partes para a demonstração da pretensão não legitima o excesso ou o arbítrio.

O Estado Constitucional de Direito não somente constitui um regime de efetivação do direito de defesa, mas, do mesmo modo, busca efetivar o direito de ação, como também efetivar a prestação jurisdicional e o processo como um todo. Em outras palavras, a efetivação não é uma exigência restrita unicamente ao direito de defesa.

Portanto, a efetividade da justiça penal autoriza que o juiz interfira na técnica defensiva para impedir o seu uso abusivo, como, por exemplo, evitando diligências desnecessárias meramente protelatórias ou adiamentos de atos injustificadamente. Grosso modo, o ato abusivo não apenas pode interferir no processo de convicção judicial, mas afronta a duração razoável do processo. Dentre as inúmeras causas que podem gerar o abuso, a consequência natural da prática abusiva será o prolongamento da demanda.

Ainda no âmbito do abuso, embora a defesa não se comprometa com a realização da verdade absoluta, isso não significa que esteja liberada para mentir. Como a boa-fé integra a noção de processo penal justo, não deve existir um verdadeiro direito de mentir, malgrado esta possibilidade esteja ao seu alcance.

Convém aceitar que, para haver a caracterização do abuso de direito, é preciso reconhecer que o acusado desviou a finalidade de um direito seu, causando um dano a um bem jurídico-penal. O reconhecimento do dano, por consequência, pressupõe que haja uso dos meios necessários e disponíveis pelo ordenamento, em função dos quais consiga atingir a realização do fim desviado. O abuso de direito não se resolve apenas pela identificação da finalidade desviada. Nesta situação, é necessário mesmo que ocorra violação de bens, razão pela qual o abuso somente deve ser identificado no caso concreto, de tal forma que se faça reconhecer o conflito de direitos, cuja solução dependerá da ponderação judicial.

Nesse contexto, é imprescindível revisar a orientação jurisprudencial que recepciona a conduta da defesa por si só como justificativa ao excesso de prazo processual (Súmula n. 64, STJ). Para tanto, o ato exclusivo da defesa, desde que não seja abusivo, não será suficiente para impedir o reconhecimento do constrangimento ilegal decorrente do excesso de prazo na instrução.

No momento em que a filosofia da linguagem dá acesso à conclusão fundamental de que não existe uma única verdade ou certeza, entra em crise a própria idéia de lei como algo capaz de transmitir um significado imune à dúvida. A percepção de verdade varia diferentemente em relação a cada indivíduo.

A relativização da verdade escapa aos procedimentos da hermenêutica clássica, como também se afasta da concepção de um processo como um organismo autônomo e capacitado para produzir a decisão correta, fiel, justa, legítima e verdadeira. Disso tudo, nutre-se o debate dialético, que naturalmente sustenta um confronto – uma impossível convivência harmoniosa – entre segurança e celeridade, certeza e justiça, ação punitiva e defesa.

A filosofia da linguagem põe em questão a *certeza*, a *verdade* e o *judgar*. Releva a subjetividade da veracidade; sela, enfim, que a convicção judicial, a confissão, a mentira, os conceitos, as pseudoverdades, os estereótipos e os preconceitos (pré-juízos) fazem parte do processo decisório, tendo a palavra como esconderijo mais seguro.

Muitos tipos penais trazem consigo elevada carga axiológica, aberta aos pré-juízos. Ainda que todos sejam iguais e inocentes até que provem o contrário no plano normativo, em sociedade todos são diferentes. Para a sociedade, os inimigos da comunidade não estão no mesmo plano dos iguais e inocentes por presunção. O Estado Constitucional de Direito está desalinhado com essa realidade. Em função da assimetria constitutiva entre a lei e muitos dos conceitos sociais, cabe ao juiz o dever de impedir a deformação dos sentidos da lei. O sistema constitucional de garantias impede a discriminação, como condição de acesso à ampla defesa.

O garantismo não dá espaço ao modelo autoritário de verdade, ou seja, não admite que a verdade do juiz seja a única ou que a razão esteja sempre com a maioria democrática. Enfim, impende conhecer a verdade da parte e, por conseguinte, conferir importância à participação defensiva do acusado.

Seja qual for o modo como se revele o texto da lei, a nova hermenêutica rompe com a possibilidade de sentidos unívocos, levando a compreensão da palavra escrita para além dos métodos interpretativos. As decisões de hoje estão sendo construídas de tal maneira que já não sabemos por quanto tempo resistirão às intempéries da realidade. Um caso pode descerrar vários resultados possíveis e, mais ainda, o resultado de hoje não necessariamente se repetirá amanhã. Estes novos padrões conflitam com uma tradição hermenêutica acostuada com os significados pré-moldados ou inflexíveis às mudanças sociais.

Sobressai-se o papel do intérprete que vê o texto como um vazio à espera de conteúdo, porém, não qualquer conteúdo. A par disto, diria também que o direito de defesa não mais se trata de uma idéia simples ou de fácil percepção. Nos caminhos tortuosos da comunicação, o direito de defesa deixa penetrar-se por conteúdos complexos, em virtude dos quais se justificam a abolição de terminologias vagas e, logo, indefensáveis.

Em síntese, a defesa se exercita, antes de qualquer coisa, pela concretização da comunicação entre os homens, ao tempo em que a decisão judicial não mais é projeto de um único homem. Em outras palavras, o juiz não mais pode conduzir o processo como o proprietário dos significados de todos os termos, olvidando o que as partes têm a dizer e dizem.

A normatização dos princípios no seio das constituições justifica o aparecimento do paradigma pós-positivista, que impede a ressurreição autônoma de um juiz subjetivista. Os princípios constitucionalizados conduzem o pensamento jurídico a uma teoria substancial do Direito, que reconheça a complexidade da sociedade e, conseqüentemente, a discrepância dos textos legais. Portanto, a efetivação da garantia de defesa depende do jurista que harmonize a lei aos valores superiores do ordenamento. Não haverá a cômoda instalação do modelo garantista, centrado por uma defesa substancial, sem a necessária remodelação do juiz, consciencioso de seu papel de crítico da lei.

A ampla defesa torna-se, deste modo, o instrumento pelo qual se permite demonstrar, sob certos limites, as contradições da pretensão de verdade deduzida pelo órgão acusador.

Diante dos novos horizontes da verdade do processo penal, nada impede que o juiz tome providências de ofício em favor de uma verdade probatória, desde que sem a inquietação inquisitiva de extrair do passado a verdade absoluta.

Ainda sob o impacto da revisão do conceito de verdade real, a defesa não está limitada ao *fato real*, mas a um fato desconstruído pelo debate que toma lugar. Assim, o direito de defesa pressupõe a discussão de tudo capaz de influir na decisão ou causar restrição à liberdade, sejam matérias de fato ou de direito.

Desse modo, o objeto da defesa abrange tudo para o qual o juiz deva emitir juízo decisório, o que implica dizer que a pena integra este contexto. É preciso assegurar à defesa o direito de, previamente, opor-se às circunstâncias que possam interferir na pena. Por isso, o reconhecimento de agravantes de ofício não atende às garantias constitucionais. A efetivação do *devido processo legal* exige que o juiz somente reconheça agravante se garantir à defesa a oportunidade de rebatê-la. Isto é, como o objeto da defesa é mesmo o objeto do debate, faz-se imprescindível que o órgão acusador deduza, já na denúncia, ou, caso contrário, por meio de aditamento, as circunstâncias agravantes que pesam sobre o acusado.

No Estado Constitucional de Direito, a punição de quem quer que seja não é uma questão de maioria democrática, de tal modo que a força da verdade da decisão judicial não está na opinião pública, mas nas garantias utilizadas no processo de obtenção da verdade do caso individual. Neste quadro, somente será considerado culpado quem tiver tido a real possibilidade de refutar a hipótese acusatória, razão pela qual a única alternativa para a justiça penal está no caso concreto.

Também por isso, é preciso repaginar o Tribunal do Júri às exigências do garantismo, tornando-o símbolo de liberdade e de decisões justas. Numa democracia substancial não é

possível que os bens mais valiosos sejam decididos apenas por juízes leigos, suscetíveis às influências externas e aos jogos de linguagens do debate oral. Cabe chamar atenção o fato de que os julgamentos populares fundam-se no debate oral, retoricamente orquestrado para a trivial tese de legítima defesa, perigosamente associada a um sistema de motivação íntima, para não dizer de desmotivação.

Diante da falta de júzos condenatórios de certeza, a garantia de defesa não se sustenta às arbitrariedades que podem e são cometidas em nome da soberania dos veredictos, assim como a sociedade vê-se, em muitos outros casos, traída pelas ditas instituições democráticas. Como alternativa a tantos problemas, é de se esperar a adoção do regime escabinado, formando o Tribunal do Júri por juízes técnicos e leigos, com competência para julgar questões de direito, assim podendo decidir sobre o direito de recorrer em liberdade. Em essência, somente assim o Júri será o guardião da noção mais sublime de que temos da democracia.

No caso concreto, o juiz pode controlar a técnica para restringir as possibilidades defensivas, frustrando, de fato, a aplicação garantista do direito. Sob este enfoque, o desafio do garantismo está mesmo em limitar a lei penal dos vazios, espaços nos quais o juiz possui amplo poder de disposição. O modelo garantista (cognitivista) movimenta-se com a finalidade de diminuir a arbitrariedade da lei. Para isso, cabe ao juiz a função de garantir, no caso concreto, que a norma inferior esteja adequada às normas superiores.

A igualdade de armas está entre as condições básicas da ampla defesa substancial. E, insista-se, esta igualdade exige a compreensão das diferentes linguagens dos *participantes* do processo judicial, como consequência do direito de informação. Defender-se é participar, e participar significa ter o direito de submeter ao processo as suas próprias interpretações dos fatos, sem que haja hierarquia injustificada entre os argumentos daquele que acusa e as explicações de quem se defende.

Cada *participante* do processo é produtor de significados. O intercâmbio da comunicação entre tantos sujeitos e objetos – vítimas, testemunhas, informantes, peritos, partes etc. –, tudo condensado em forma de palavras escritas, nunca será capaz de difundir a verdade dos sentidos. Em face da predisposição do processo para o desajuste lingüístico, quase sempre o juiz é convidado a se arvorar como o proprietário dos sentidos e das interpretações, fechando para a defesa a oportunidade de realizar contraprovas necessárias à inabilitação da hipótese acusatória.

Entretanto, as garantias processuais não são suficientes para decidir o caso, mas estabelecem as regras do jogo justo, razão pela qual não se espera que o juiz seja um mero espectador do embate dialético travado entre os contendores.

A defesa deve estar hábil a produzir resultados. Para tanto, um texto legal precisa ser compreendido de uma nova maneira em cada situação concreta, sem se submeter, invariavelmente, às compreensões passadas¹⁷¹². Transportando esta concepção para o processo penal, o compreender não se resigna com as interpretações dadas a casos passados, mas precisa ser enfrentada individualmente, de maneira que se opera a permanente atualização da lei. Nenhuma lei é capaz de reproduzir as situações particulares dos casos individuais, em função de que compete ao intérprete produzir significados com vistas a este desiderato.

Diante desse imperativo, termos vagos ou valorativos obstruem a confrontação dialética do processo. O equilíbrio sustentável entre o poder punitivo e a garantia de defesa perpassa pela revisão da teoria da pena, por consequência de que é urgente abolir os juízos fundados nas circunstâncias pessoais do acusado, como a personalidade e o grau de ressocialização. Contra estes juízos, que se operam apenas no plano da linguagem de quem os emite, não existem possibilidades de contra-argumentos, exceto por meio de outros argumentos igualmente inaveriguáveis no plano prático. Com efeito, os motivos de qualquer decisão precisam estar sujeitos à verificação dos demais sujeitos do processo.

Torna-se urgente inferir que, na medida em que a pena busca cumprir a função de mudar o homem, a pretexto de fazer-lhe um bem, menos racional se torna a resposta penal ao fenômeno crime, diminuindo a eficiência do direito de defesa. É necessário que o sistema penal se estruture sob a idéia de que a ressocialização não se trata de uma condição para os exercícios dos direitos inerentes à liberdade. Em suma, cumpre destituir a legislação de muitos dos valores e conceitos engendrados à luz da *nova defesa social* que, em larga escala, apenas instituem um complexo sistema de privilégios, ao arrepio da possibilidade de refutação por parte do condenado.

O procedimento se legitima pela sua capacidade de produzir alternativas às partes. Os precedentes jurisprudenciais não podem derrubar o ambiente de dúvida que impera do processo, todavia, a manutenção do grau de incerteza depende diretamente da postura judicial,

¹⁷¹² É exatamente isto o que afirma Jacques Derrida: "Para ser justa, a decisão de um juiz, por exemplo, deve não apenas seguir uma regra de direito ou uma lei geral, mas deve assumi-la, aprová-la, confirmar seu valor, por um ato de interpretação reinstaurador, como se a lei não existisse anteriormente, como se o juiz a inventasse ele mesmo em cada caso" ("Força de Lei: o fundamento místico da autoridade". Trad. Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 44).

em função de que devem ser manipuladas, com esmero, as medidas que restringem a liberdade antes do trânsito em julgado da sentença penal.

No espectro das amplas possibilidades que se abrem para o acusado, cabe somente a ele o poder de selecionar o que deseja fazer ou não fazer. Em face disto, concerne dizer que a ampla defesa não se limita a mero sentido elementar de obediência aos procedimentos legais. Para além do sentido técnico, a ampla defesa confere o contraditório efetivo, dando acesso aos direitos substantivos fundamentais por meio do processo.

A partir da compreensão do processo civil, cinge-se como fundamental que a efetividade do poder punitivo é limitada pela garantia de defesa, sempre havendo como parâmetro as necessidades do caso concreto e não a abstração de uma lei, envolta em um modelo teórico de política criminal criminalizadora ou penalizadora. No entanto, o avanço da doutrina processual civil deve servir de exemplo para o processo penal, no sentido que é necessário efetivar os direitos fundamentais, como parte da resolução do problema da segurança pública.

Em qualquer caso, a ampla defesa e o contraditório continuam como limite à efetividade do poder punitivo. Noutras palavras, enquanto a sociedade julga as pessoas pelo patrimônio que elas possuem, cabe ao juiz julgar o acusado pelo que ele fez e não pelo que é.

12. REFERÊNCIAS

- AARNIO, Aulis; GARZÓN VALDÉS, Ernesto e UUSITALO, Jyrki (Coords). "La Normatividad del Derecho". Barcelona: Gedisa, 1997.
- ADEODATO, João Maurício. "Filosofia do Direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência (através de um exame da ontologia de Nicolai Hartmann)". São Paulo: Saraiva, 1996.
- AIRES, Mathias. "Reflexões sobre a Vaidade dos Homens; Carta sobre a Fortuna". Transcrição e adaptação ortográfica de André Campos Mesquita, São Paulo: Escala, s.d.
- ALESSI, Giorgia. "Il Processo Penale: profilo storico". Roma: Laterza, 2001.
- ALEXY, Robert. "Teoria de los Derechos Fundamentales". Sem tradutor mencionado. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- ALMEIDA JÚNIOR, Antônio Borja de; COUTINHO, Francisco Seráfico da Nóbrega. A Matriz Teórica do Direito Ambiental: uma reflexão sobre o fundamento da necessidade de preservação do meio ambiente. "Direito e Liberdade", Natal, v. 3, n. 1, p. 71-82, 2006.
- ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. "Direito Judiciário Brasileiro". 3ª ed., Rio de Janeiro, São Paulo: Freitas Bastos, 1940.
- ALMEIDA, Angélica de Maria Mello de. Da Reprodução da Discriminação de Gênero. "Boletim IBCCRIM". São Paulo, n.131, p. 1-6, out. 2003.
- ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. "A Contrariedade na Instrução Criminal". São Paulo: sem editor mencionado, 1937.
- ALTAVILLA, Enrico. "Psicologia Judiciária: o processo psicológico e a verdade judicial". 3a. ed. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: Armênio Amado, 1981.
- ALVES, Fábio Wellington Ataíde. O Esquadrão da Morte Ainda Existe: o outro lado do sistema penal. "Jornal de Fato", Mossoró, 04.jun.06, Coluna de Fato e de Direito.
- _____; MAGALHÃES, Renato Vasconcelos. Breves Considerações sobre a Necessidade de Representação da Vítima nos Crimes de Violência Doméstica ou Familiar (Lei n. 11.304/06). "Direito e Liberdade". Mossoró: Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte, Região Oeste, ano 2, n. 1, v. 4, p. 105-113, jul-dez/2006.

- AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan. "A Reforma do Processo Penal no Brasil e na América Latina". São Paulo: Método, 2001.
- ANCEL, Marc. "A Nova Defesa Social: um movimento de política criminal humanista". Trad. Osvaldo Melo. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. "Direito Ambiental". 3ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.
- AQUINO, Sto. Tomás de. "O Ente e a Essência; Proêmio; Questões Discutidas sobre a Verdade; Súmula contra os Gentios; Compêndio de Teologia; Seleção de Textos da Suma Teológica". Trad. Luiz João Baraúra. São Paulo: Nova Cultura, 2000.
- ARAGÃO, Antonio Moniz Sodré. "As Três Escolas Penais: clássica, antropológica e crítica". Rio de Janeiro, São Paulo: Freitas Bastos, 1955.
- ARANTES, Rogério Bastos. "Judiciário e Política no Brasil". São Paulo: Idesp: Sumaré: Fapesp: Edue, 1997.
- ARENDT, Hannah. "Origens do Totalitarismo: anti-semitismo, imperialismo, totalitarismo". Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.
- ARRUDA, Samuel Miranda. "O Direito Fundamental à Razoável Duração do Processo". Brasília: Brasília Jurídica, 2006.
- AROCA, Juan Montero. "Principios del Proceso Penal: una explicación basada en la razón". Valencia: Tirant Lo Blanch, 1997.
- ÁVILA, Humberto. "Teoria dos Princípios: da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos". 4ª ed., São Paulo, Malheiros, 2005.
- AZEVEDO, Tupinambá Pinto de. Crime Ambiental: anotações sobre a representação, em juízo, da pessoa jurídica e seu interrogatório. "Revista de Direito Ambiental". Ano 11, n. 42, p. 208-240, abr./jun., 2006.
- BAJER, Paula. "Processual Penal e Cidadania". Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.
- BAPTISTA, Francisco das Neves. "O Mito da Verdade Real na Dogmática do Processual Penal". Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2001.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral dos Procedimentos de Exercício da Cidadania perante a Administração Pública. "Revista dos Tribunais". São Paulo, ano 86, n. 743, p. 26-63, setembro de 1997.
- BARREIRAS, Mariana Barros. O Discurso Feminista da Lei n. 11.106/05. "Boletim IBCCRIM". São Paulo, n.150, p. 1-6, maio. 2005.

- BARRETO, Tobias. "Estudos de Direito". Edição fac-similar. Brasília: Senado Federal, 2004.
- BARROS FILHO, José Nabuco Galvão de. O Direito à Informação e os Direitos dos Presos: um libelo contra a execução pública. "Revista de Informação Legislativa", Brasília: Senado Federal, ano 34, n. 135, p. 169-173, julho e setembro de 1997.
- BARROS, Marco Antonio de; ROMÃO, César Eduardo Lavoura. Internet e Videoconferência no Processo Penal. "Revista do Centro de Estudos Jurídicos da Justiça Federal". Brasília, n. 32, p. 116-125, jan./mar. 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. Dez anos da Constituição de 1988 (foi bom pra você também?). "Cidadania e Justiça". ano 2, n. 5, 2º semestre, p. 88-113, 1998.
- BATTAGLINI, Giulio. "Direito Penal: parte geral". Trad. Paulo José da Costa Jr. e Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Saraiva, 1964.
- BECCARIA, Cesar. "Dos Delitos e das Penas". Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus, 1983.
- _____. "Questões Criminais". Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2006.
- BECK, Ulrich. "La Sociedad del Riesgo: hacia una nueva modernidad". Trad. Jorge Navarro et al. Barcelona, Buenos Aires, México: Paidós, 1998.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. "Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo". 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006.
- BELING, Ernst von. "A Ação Punível e a Pena". Trad. Maria Carbajal. São Paulo: Rideel, 2007.
- BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio F. "De la Obstrucción a la Justicia y la Deslealtad Profesional". Madrid, Barcelona: Marcial Pons, 1999.
- BENTHAM, J. "Teoria das Penas Legais e Tratado dos Sofismas Políticos". Sem tradutor mencionado. São Paulo: Edijur, 2002.
- BÉRGSON, Henri. "Cartas, Conferências e outros Escritos". Trad. Franklin Leopoldo e Silva. São Paulo: Nova Cultura, 2005.
- BERKELEY, George. "Tratado sobre os Princípios do Conhecimento Humano; Três Diálogos entre Hílas e Filonous em Oposição aos Céticos e Ateus". Trad. Anônio Sérgio. São Paulo: Nova Cultura, 2005.
- BETTIOL, Giuseppe. "O Problema Penal". Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas/SP: LZN, 2003.

- BICUDO, Hélio Pereira. “Meu Depoimento sobre o Esquadrão da Morte”. 3ª. ed., São Paulo: Pontifícia Comissão de Justiça e Paz, 1976.
- BLAIR, Hugo; SANCHES. “Curso Elemental de Retórica y Poética”. Madri: Imprenta de la Publicidad, 1847, edição fac-similada.
- BOBBIO, Noberto. “A Era dos Direitos”. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 8ª ed., Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- _____; MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. "Dicionário de Política". V.1, Brasília: Universidade de Brasília, 1997, 2v.
- _____. “Teoria do Ordenamento Jurídico”. 10ª ed., Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora Universitária de Brasília, 1999.
- _____. "O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito". Trad. Márcio Pugliesi; Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.
- BONAVIDES, Paulo. “Curso de Direito Constitucional”. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- _____. “Do Estado Liberal ao Estado Social”. 6ª. ed., São Paulo: Malheiros, 1996.
- BORGES, José Souto Maior. “O Contraditório no Processo Judicial (Uma Visão Dialética)”. São Paulo: Malheiros, 1996.
- BRANDÃO, Adelino. “Os Direitos Humanos: antologia de textos históricos”. São Paulo: Landy, 2001.
- BRETON, Philippe. “A Manipulação da Palavra”. Trad. Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Loyola, 1999.
- BROTERO, José Maria de Avellar. “A Filosofia do Direito Constitucional”. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BRUNO, Aníbal. “Das Penas”. Rio de Janeiro: Rio, 1976.
- _____. “Direito Penal, Parte Geral, Tomo I: introdução, norma penal, fato punível”. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- BUENO FILHO, Edgard Silveira. “O Direito à Defesa na Constituição”. São Paulo: Saraiva, 1994.
- BUENO, José Antônio Pimenta. “Apontamentos sobre o Processo Criminal Brasileiro”. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos, 1922.
- BUZANELLO, José Carlos. “Direito de Resistência Constitucional”. 2ª. ed., Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

- CADEMARTORI, Sérgio. "Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista". 2ª ed., Campinas: Millennium, 2006.
- CAHALI, Yussef Said. "Responsabilidade Civil do Estado". 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 1996.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. "O Direito na Sociedade Complexa". São Paulo: Max Limonad, 2000.
- CAMPOS, Francisco. "O Estado Nacional". Brasília: Senado Federal, 2001.
- CANO CUENCA, Adoración. Sobre el Derecho de Defensa. "Estudios del Ministerio Fiscal". Madrid: Ministerio de Justicia e Interior: Secretaria General Tecnica, Fascículo n. 2, p. 657-663, 1995.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. "Direito Constitucional e Teoria da Constituição". Coimbra: Almedina, 1998.
- CAPELA, Fábio Bergamin. Uma Visita ao Código de Processo Penal, art. 385. "Boletim IBCCRIM". São Paulo, v.14, n.169, p. 14-15, dez. 2006
- CAPEZ, Fernando. "Curso de Processo Penal". 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001.
- CAPELLARI, Eduardo. A Crise do Poder Judiciário no Contexto da Modernidade: a necessidade de uma definição conceitual. "Revista de Informação Legislativa". Brasília: Senado Federal, n. 152, p. 135-149, 2001.
- CAPPELLETTI, Mauro. "Juízes Irresponsáveis". Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1989.
- _____; GARTH, Bryant. "Acesso à Justiça". Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CARNELUTTI, Francesco. "Arte do Direito". Trad. Hebe A. M. Caletti Marengo. São Paulo: Edicamp, 2001.
- _____. "Como se faz um Processo". Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2001.
- _____. "El Problema de la Pena". Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1956.
- CARRARA, Francesco. "Programa do Curso de Direito Criminal". V. 1 e 2, trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2002, 2v.

- CARVALHO, Amilton Bueno de. "Magistratura e Direito Alternativo". São Paulo: Acadêmica, 1992.
- CARVALHO, Carlos Gomes. Direito Ambiental: perspectivas no mundo contemporâneo. "Revista de Direito Ambiental". Ano 5, n. 19, p. 201-208, jul-set., 2000.
- CARVALHO, Elycio de. "A Policia Carioca e a Criminalidade Contemporanea". Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1910. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace>. Acesso em 31.7.2007.
- CARVALHO, Ivan Lira de. Estudo Comparativo da Proteção Concentrada do Meio Ambiente nos Sistemas Constitucionais do Brasil e da Colômbia. "Direito e Liberdade", Natal, v. 4, n. 1, p. 173-180, jul./dez., 2006.
- CARVALHO, Jorge Cruz de. Aspectos Polêmicos da Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. "Direito e Liberdade", Natal, v. 4, n. 1, p. 181-194, jul./dez., 2006.
- CARVALHO, Paulo de Barros. "Curso de Direito Tributário". 17ª ed., Paulo: Saraiva, 2005.
- CARVALHO, Salo de (Org.). "Leituras Constitucionais do Sistema Penal Contemporâneo". Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- _____. "Pena e Garantias: a crise do direito e do processo penal; o garantismo jurídico; as teorias da pena; os sistemas de execução; a lei de execução penal; os conflitos carcerários; os direitos (de resistência) dos presos". Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- CAVALCANTI, Eduardo Medeiros. "Crime e Sociedade Complexa: uma abordagem interdisciplinar sobre o processo de criminalização". Campinas/SP: LZN, 2005.
- CASSESE, Antonio. "I Diritti Umani nel Mondo Contemporâneo". 7ª ed., Roma: Laterza, 2002.
- CASTELLANOS, Fernando. "Lineamientos Elementales de Derecho Penal: parte general". México: Porrúa, 1976.
- CASTELO BRANCO, Tales. Parecer Sobre Interrogatório On-Line. "Boletim IBCRRIM". São Paulo, n. 124, março, 2003.
- CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer. Crimes Antecedentes e Lavagem de Dinheiro. "Revista Brasileira de Ciências Criminais". São Paulo, v. 12, fascículo 47, p. 46-59, mar.-abr./2004.
- CASTRO JÚNIOR. Osvaldo Agripino de. "A Democratização do Poder Judiciário". Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

- CASTRO, Viveiros de. "A Nova Escola Penal". 2ª ed., Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1913.
- CATOIRA, Ana Aba. "La Limitación de los Derechos Fundamentales por Razón del Sujeto: los parlamentarios, los funcionarios y los reclusos". Madrid: Tecnos, 2001.
- CERNICCHIARO, Luiz Vicente. "Estrutura do Direito Penal". 2ª ed., São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976.
- _____; COSTA JUNIOR, Paulo José da. "Direito Penal na Constituição". São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- CERVINI, Raúl. "Os Processos de Descriminalização". Trad. Eliana Granja et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- CHAUÍ, Maria Helena. "Convite à Filosofia". 12ª ed., São Paulo: Ática, 2000.
- CHEVIGNY, Paul. A Repressão nos Estados Unidos após o Atentado de 11 de Setembro. "Sur: Revista Internacional de Direitos Humanos. São Paulo, ano 1, número 1, p. 151-168, 2004.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. "Garantias Constitucionais na Investigação Criminal". São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- _____. "Processo Penal de Emergência ". Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002.
- CÍCERO. "A Amizade". Trad. Luiz Feracine. São Paulo: Escala, 2006.
- _____. "Sobre los Deberes". Trad. José Guillén. Madrid: Tecnos, Alianza Editorial, 1989.
- CLÈVE, Clemerson Merlin. "Temas de Direito Constitucional e de Teoria do Direito". São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 210-30.
- COELHO, Fábio Ulhoa. "Direito e Poder: ensaio de epistemologia jurídica". São Paulo: Saraiva, 1992.
- COELHO, Inocêncio Mártires. O Sigilo Profissional nos Crimes de Lavagem de Dinheiro: tópicos para uma discussão no marco do Estado de Direito. "Notícia do Direito Brasileiro". Brasília, fascículo 8, p. 239-248, 2001.
- COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel (Dir.). "Constitución y Garantías Penales". Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2004, p. 165-238.
- COMTE, Auguste. "Reorganizar a Sociedade". Trad. Antônio Geraldo da Silva, São Paulo: Escala, s.d.

- CONDE, Francisco Muñoz. "Edmundo Mezger e o Direito Penal de seu Tempo: estudos sobre o Direito Penal no Nacional-Socialismo ". 4ª ed., Trad. Paulo César Busato, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- CÓPPOLA, Patricia (Comp.). "Derechos Fundamentales y Derecho Penal". Córdoba: INECIP, 2006.
- CORREIA, Sabrina de Sousa. A responsabilidade penal do Estado por crimes ao ambiente. "Direito e Liberdade", Natal, v. 3, n. 1, p. 545-555, set./2006.
- COSTA, Álvaro Mayrink da. "Direito Penal: Vol. I, tomo I – Parte Geral". 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- COSTA, Cláudio Pinheiro da. "Sanção Penal: sua gênese e tendências modernas". Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- COSTA, Claudio. "A Filosofia da Linguagem". 2ª. ed., Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.
- COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antônio Marques (Coords.). "Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais: visão luso-brasileira". São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. "Igualdade no Direito Processual Penal Brasileiro". São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- COSTA, Stefano. "O Dolo Processual em Matéria Civil e Penal". Trad. Laercio Laureli. São Paulo: Paulistanajur, 2004.
- COUTINHO, Francisco Seráfico da Nóbrega. A Liberdade do Homem e a Responsabilidade Ambiental. "Direito e Liberdade", Natal, v. 1, n. 1, p. 165-175, jul-dez./2005.
- COUTINHO, Heliana Maria de Azevedo. "O Juiz Agente Político". Campinas: Copola, 1998.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). "Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal". Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- COUTURE, Eduardo J. "Interpretação das Leis Processuais". Trad. Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense.
- _____. "Fundamentos del Derecho Procesal Civil". 3ª ed., Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1988.
- CRESCI SOBRINHO, Elício de. O Dever do Juiz de Perguntar. "Revista Forense". São Paulo: Forense, v. 295, p. 463-464.

- CRUET, Jean. "A Vida do Direito e a Inutilidade das Leis". Sem tradutor mencionado. Salvador: Progresso, 1956.
- CRUZ, Rogério Schietti M.; ALMEIDA, André Vinícius E. S. Celeridade - Qualidade: um binômio possível. "Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária". Brasília-DF, vol. 1, n. 8, p. 163-171, jul./dez.1996.
- D'ÁVILA, Fábio Roberto; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder (Coords.). "Direito Penal Secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões". São Paulo; Coimbra: Revista dos Tribunais; Coimbra, 2006.
- DAHRENDORF, Ralf. "A Lei e a Ordem". Trad. Tamara D. Barile. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1997.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. "O Poder dos Juízes". São Paulo: Saraiva, 1996;
- DAVID, René. "Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo (Direito Comparado)". 2ª ed., Trad. Hermínio A. Carvalho. Lisboa: Meridiano, s.d.
- DELGADO, José Augusto. Acesso à Justiça - um Direito da Cidadania. "Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva". Brasília, volume 9, n. 1, p. 1-71, jan.-jun, 1997
- DELLA CUNHA, Djason B. "Sociologia Jurídica: Direito, cultura e cidadania". Natal: Ágape, 1998.
- _____. "Crise do Direito da Regulação Jurídica nos Estados Constitucionais Periféricos: modernidade e globalização". Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.
- DELMAS-MARTY, Mireille. "A Imprecisão do Direito: do Código Penal aos Direitos Humanos". Trad. Denise Radanovic Vieira. Barueri: Manole, 2005.
- _____. "Modelos e Movimentos de Política Criminal". Trad. Edmundo Oliveira. Rio de Janeiro: Revan, 1992.
- DEPARTAMENTO DE ESTADO DOS ESTADOS UNIDOS. RELATÓRIO SOBRE PRÁTICA DE DIREITOS HUMANOS PARA 1996. "Revista Brasileira de Ciências Criminais". São Paulo, ano 5, n. 19, p. 423-449, jul.-set./97.
- DERRIDA, Jacques. "Força de Lei: o fundamento místico da autoridade". Trad. Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- DIAS NETO, Theodomiro. O Direito ao Silêncio: tratamento nos direitos alemão e norte-americano. "Revista Brasileira de Ciências Criminais". São Paulo, ano 5, n. 19, p. 179-204, jul.-set./97.

- DIAS, Jorge de Figueiredo. "O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal". 4ª ed., Coimbra: Coimbra, 1995.
- DIAS, José de Aguiar. "Da Responsabilidade Civil". V. 2, 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1954, 2v.
- DIP, Ricardo. "Direito Penal: linguagem e crise". Campinas: Millennium, 2001.
- DOTTI, René Ariel. "Curso de Direito Penal: parte geral". 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- _____. O Interrogatório à Distância: um novo tipo de cerimônia degradante. "Revista de Informação Legislativa". Brasília, a. 34, n. 134, p. 269-274, abr./jun., 1997.
- _____. Política Criminal Ambiental na Amazônia: preservação do ambiente e sobrevivência humana. "Revista Brasileira de Ciências Criminais". São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 59, p. 184-222, março-abril de 2006.
- DURANT, Will. "Nietzsche". Trad. Maria Theresa Miranda. Rio de Janeiro: Edções de Ouro, s.d.
- ECO, Humberto. "Interpretação e Superinterpretação". Trad. por Martins Fontes. São Paulo: Martins Fontes, 1993.
- EDITORA ABRIL. "Brasil. Dia-a-Dia". São Paulo: Abril, 1990.
- EDITORIAL. Mundo às avessas. "Boletim IBCCRIM". São Paulo, n.168, p. 1, novembro. 2006.
- ENGELS, Friedrich. "A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado". Trad. Ciro Mioranza. São Paulo: Escala, s.d.
- ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. "Código de Processo Penal Brasileiro Anotado". V. 4, Campinas: Bookseller, 2000, 9v.
- ESPINOSA, Baruch. "Pensamentos Metafísicos; Tratado da Correção do Intelecto; Tratado Político; Correspondência". Sem tradutor mencionado. São Paulo: Nova Cultura, 2000.
- FAORO, Raymundo. "Os Donos do Poder: formação do patronato político brasileiro". V. 2, 10ª ed., São Paulo: Globo: Publifolha, 2000, 2v.
- FARHAT, Saïde. "Dicionário Parlamentar e Político: o processo político e legislativo no Brasil". São Paulo: Fundação Petrópolis: Companhia Melhoramentos, 1996.
- FARIA, Bento de. "Código de Processo Penal". V. 2, 2ª ed., Rio de Janeiro: Record., 1960, 3v.

- FARIA, José Eduardo (Org.). "A Crise do Direito numa Sociedade em Mudança". Brasília: Universidade de Brasília, 1988;
- _____. "Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça". São Paulo: Malheiros, 1998.
- FAUSTO, Boris. "O Pensamento Nacionalista Autoritário (1920 – 1940)". Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- FERENCZY, Peter Andreas. "Defesa Dativa: o elo frágil na relação processual penal (prisão para os pobres: nunca mais...)". Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- FERNANDES, Antonio Scarance. "A Reação Defensiva à Imputação". São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FERNANDES, Fernando Augusto. "Voz Humana: a defesa perante os tribunais da República". Trad. Edmundo Oliveira. Rio de Janeiro: Revan, 2004.
- FERNANDES, Fernando. "O Processo Penal como Instrumento de Política Criminal". Coimbra: Almedina, 2001.
- FERRAJOLI, Luigi. "Derechos y Garantías: la ley del más débil". 2ª. ed., Madrid: Trotta, 2001.
- _____. "Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal". Trad. Ana Paulo Zomer et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- _____. "Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales: debate con Luca Baccelli, Michelangelo Bovero, Ricardo Guastini, Mario Jori, Anna Pintore, Ermanno Vitale, Danilo Zolo". Madrid: Trotta, 2001.
- _____; ZOLO, Danilo. Marxismo y Cuestión Criminal. "Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales". Buenos Aires, v. 3, fascículo 4/5, p. 59-91, 1993/1994.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. "Curso de Direito Constitucional". 23ª ed., São Paulo: Saraiva, 1996.
- FERRI, Enrico. "Princípios de Direito Criminal: o criminoso e o crime". Trad. Paolo Capitano. Campinas: Bookseller, 1996.
- FICHTER, Joseph H. "Sociologia". Trad. Hebe Guimarães Leme. São Paulo: Pedagógica e Universitária, 1973.
- FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias; LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. "Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais". São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- FILLOUX, Jean C. "A Personalidade". 4ª. ed., Trad. Eunice Katunda. São Paulo: Difel, 1983.

- FOUCAULT, Michel. "Vigiar e Punir: histórias da violência nas prisões". 22ª ed., Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. "Direito Penal e Direitos Humanos". Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- _____; CATÃO, Yolanda; SUSSEKIND, Elisabeth. "Direitos dos Presos". Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- FRANÇA, Vladimir da Rocha. Um Estudo sobre a Relação entre o Estado e a Propriedade Privada a partir de John Locke. "Revista de Informação Legislativa". Brasília: Senado Federal, n. 148, out./dez, p. 183-195, 2000.
- FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coord.). "Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisprudencial". V. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- FREITAS, Ricardo de Brito A. P. "As Razões do Positivismo Penal no Brasil". Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- _____. "Razão e Sensibilidade: fundamentos do Direito Penal moderno". São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.
- FREITAS, Vladimir Passos de. O Crime Ambiental e a Pessoa Jurídica. "Cidadania e Justiça". Ano 3, n. 5, p. 212-219, 1999.
- GADAMER, Hans-Georg. "Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica". 7ª. ed., Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2005.
- GAMA, Ricardo Rodrigues. A Prisão no Brasil. "Revista de Informação Legislativa". Brasília: Senado Federal, ano 34, n. 136, p. 79 -86, out.-dez., 1997.
- GARÇON, Maurice. "O Advogado e a Moral". 2ª ed., Trad. A. S. Madeira Pinto. Coimbra: Armênio Amado, 1963.
- GODOY, Arnaldo Moraes. Notas em torno do Processo Penal no Nacional-Socialismo Alemão: gleichstung e führerprinzip. "Revista do Curso de Mestrado em Direito". Presidente Prudente, v. 1, fascículo 1, p. 59-67, 2000.
- GÓES, Ricardo Tinôco de. Direito Processual e Filosofia do Direito: uma visão do processo com aporte na teoria do discurso - brevíssimas considerações. "Direito e Liberdade". Mossoró, Região Oeste, ano 2, n. 1, v. 4, p. 371-387, jul-dez/2006.
- GOFFMAN, Erving. "Manicômios, Prisões e Conventos". Trad. Dante Moreira Leite, São Paulo: Perspectiva, 1974.

- GOLDSCHMIDT, James. "Princípios Gerais do Processo Penal". Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Garantismo à Paulista: a propósito da videoconferência. "Boletim IBCCRIM". São Paulo, v. 12, n.147, p. 6, fev. 2005.
- _____. Procedimento Sumaríssimo e Direito à Prova. "Boletim IBCCRIM". São Paulo, n. 35, novembro/95.
- GOMES, Luiz Flávio. "A Dimensão da Magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito: independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilidade dos juízes". São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- _____. "Penas e Medidas Alternativas à Prisão: interpretação da lei 9.714/98, as novas penas alternativas à prisão, comentários às regras de Tóquio, do sistema penal clássico ao sistema penal alternativo, perspectivas do novo modelo de justiça criminal". São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- _____; CERVINI, Raúl. "Interceptação Telefônica: Lei 9.296, de 24.07.96". São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- GONÇALVES FILHO, Manoel. "Estado de Direito e Constituição". 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999.
- GORAYER, Raul. O Observador Engajado. "Viver Mente & Cérebro". São Paulo: Duetto, n. 5, p. 78-83, s.d.
- GRAU, Eros Roberto. "A Ordem Econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica". São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- _____; GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.). "Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides". São Paulo: Malheiros, 2001.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. "A Marcha do Processo". Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.
- _____. A iniciativa instrutória do Juiz no Processo Penal Acusatório. "Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária". Brasília-DF, vol. 1, n. 12, p. 15-25, jul./1998-dez/1999.
- _____; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. "As Nulidades no Processo Penal". 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001.
- GUASTINI, Riccardo. "Distinguiendo. Estudios de Teoría y Metateoría del Derecho". Barcelona: Gedisa, 1999.

- GUERRA FILHO, Willis Santiago. "Processo Constitucional e Direitos Fundamentais". 5ª ed., São Paulo: RCS, 2007.
- GUIMARÃES, Mário. "O Juiz e a Função Jurisdicional". Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- GÜNTHER, Klaus. "Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: justificação e aplicação". Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.
- GUZMÁN DALBORA, José Luis (Coord.). "El Penalista Liberal". Buenos Aires: Hammurabi, 2004.
- GUZMÁN, Nicolás. "La Verdad en el Proceso Penal: una contribución a la epistemología jurídica". Buenos Aires: Del Puerto, 2006.
- HABERMAS, Juergen. "A Crise de Legitimação no Capitalismo Tardio". Trad. Vamireh Chacon. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.
- HADDAD, Carlos Henrique Borlido. "Conteúdo e Contornos do Princípio contra a Auto-Incriminação". Campinas: Bookseller, 2005.
- _____. "Interrogatório no Processo Penal". Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- HASSEMER, Winfried. Características e Crises do Moderno Direito Penal. "Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal". Porto Alegre, a. III, n. 18, p. 144-157, fev.-mar./2003.
- _____. Derecho Penal Simbólico y Protección de Bienes Jurídicos. "Pena y Estado". Barcelona, fascículo n. 1, p. 23-36, 1991.
- _____. El Destino de los Derechos del Ciudadano en un Derecho Penal Eficaz. "Doctrina Penal: teoria y practica en las ciencias penales". Buenos Aires, v. 13, fascículo 49/52, p. 193-204, 1990.
- _____; BITENCOURT, Cesar Roberto (res.). Perspectivas de uma Moderna Política Criminal. "Revista Brasileira de Ciências Criminais" São Paulo, v. 2, fascículo 8, p. 41-51, out.-dez./1994.
- HEGEL. "Princípios do Direito". 3ª ed., Trad. Orlando Vitorino. Lisboa: Guimarães, 1986.
- HERKENHOFF, João Batista. "Para onde vai o Direito? Reflexões sobre o papel do Direito e do jurista". 2ª. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- HESSE, Konrad. "A Força Normativa da Constituição (Die Normative Der Verfassung)". Trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sergio Antonio Sergio Antonio Fabris, 1992.

- HESSEN, Johannes. "Teoria do Conhecimento". Trad. João Virgílio Gallerani Cuter. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- HIRECHE, Gamil Föppel el. "A Função da Pena na Visão de Claus Roxin". Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- HOBBS, Thomas. "Do Cidadão". 3ª ed., trad. Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- _____. "Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil". Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultura, 1988.
- HOYOS, Arturo. "El Debido Proceso". Santa Fe de Bogotá – Colombia: Temis, 1998.
- HUGHES, Charles Evans. "La Suprema Corte de Estados Unidos". Trad. Roberto Molina Pasquel e Vicente Herrero. México: Fondo de Cultura Econômica, 1946.
- HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. "Penas Perdidas: o sistema penal em questão". 2ª ed., trad de Maria Lúcia Karam, Niterói: Rio de Janeiro, 1997.
- HUME, David. "Investigação Acerca do Entendimento Humano; Ensaio Morais, Políticos e Literários". Trad. Anoar Alex. São Paulo: Nova Cultura, 2000.
- HUNGRIA, Nelson. "Comentários ao Código Penal: Arts. 75 a 101". V. III, 3ª. ed., Rio de Janeiro: Revista Forense, 1956, 9v.
- _____. "Dos Crimes contra a Economia Popular e das Prestações com Reserva de Domínio". Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1939.
- IGNACIO ANITUA, Gabriel. "Justicia Penal Pública: un estudio a partir del principio de publicidad de los juicios penales". Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003.
- IHERING, Rudolf von. "A Finalidade do Direito". V. 2, Trad. José Antônio Faria Correia. Rio de Janeiro: Rio, 1979, 2v.
- ILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SCHORSCHER, Vivian Cristina. A Lavagem de Dinheiro e o Livre Exercício da Advocacia: condutas neutras e a indagação quanto à jurisprudência condenatória. "Ciências Penais". São Paulo, v. 2, fascículo 2, p. 143-167, jan.-jun.
- INGENIEROS, Jose. "Criminologia". 2ª. ed., trad. Haeckel de Lemos. Rio de Janeiro: Livraria Jacyntho, 1934.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS; INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA (Org.). "Decisões Judiciais nos Crimes de Roubo em São Paulo". São Paulo: IBCCRIM; IDDD, 2005.

- JARDIM-ROCHA, José Júnior. Problemas com o Governo dos Juízes: sobre a legitimidade democrática do judicial review. "Revista de Informação Legislativa". Brasília: Senado Federal, n. 151, p. 255-278, 2001.
- JORDANO FRAGA, Jesús. El Derecho Ambiental del siglo XXI. "Revista de Direito Ambiental". Ano 9, n. 36, p. 200-230, out-dez., 2004.
- JORDÃO, Eduardo Ferreira. "Repensando a Teoria do Abuso de Direito". Salvador: Juspodivm, 2006.
- KANT, Immanuel. "Crítica da Razão Prática". Trad. Afonso Bertagnoli. Rio de Janeiro: Edições de Ouro, 1980.
- _____. "Fundamentação da Metafísica dos Costumes". Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1997.
- KOERNER, Andrei (Org.) "História da Justiça Penal no Brasil: Pesquisas e Análises". São Paulo: IBCCRIM, 2006.
- LAFER, Celso. "A Reconstrução dos Direito Humanos". São Paulo: Companhia das Letras, 1988.
- LANE, Robert E.; SEARS, David O. "A Opinião Pública". Trad. Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar, 1966.
- LARA, Silvia Hunold. "Ordenações Filipinas: livro V". São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- LARENZ, Karl. "Metodologia da Ciência do Direito". 4ª ed., trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.
- LEAL, César Barros. "Prisão: crepúsculo de uma era". Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- LEÃO, Nilzardo Carneiro. "Princípios do Processo Penal". Recife: Imprensa Universitária, 1960.
- _____. Direitos Fundamentais, Garantias Constitucionais e Processo Penal. "Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária". Brasília-DF, vol. 1, n. 12, p. 127-140, jul./1998-dez/1999.
- _____. Violência, Vítima e Polícia. "Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária". Brasília-DF, vol. 1, n. 11, p. 81-93, jan-jun./1998.
- LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. "Novos Ensaios sobre o Entendimento Humano". Trad. Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultura, 2000.

- LESSA, Pedro. "Estudos de Filosofia do Direito". Campinas: Bookseller, 2000.
- LEVORATO, Danielle Mastelari. "Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas nos Crimes Ambientais". São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- LIMA, Fernando Antônio de. Projeto de Lei n. 282/2003, do Senado Federal: um novo atentado ao direito de defesa. "Boletim IBCCRIM". São Paulo, v. 14, n. 169, p. 18-19, dez. 2006.
- LIMA, Marcellus Polastri. "Curso de Processo Penal". V. 1, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, 3v.
- LIMA, Patrícia Carla de Deus. O Abuso de Direito de Defesa no Processo Civil: reflexões sobre o tema no direito e na doutrina italiana. "Revista de Processo". São Paulo, ano 30, n. 122, p. 93-129, abril/2005.
- LISZT, Franz von. "A Teoria Finalista no Direito Penal". Campinas: LZN, 2003.
- _____. "Tratado de Direito Penal Alemão". V. 1, Trad. José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2006, edição fac-similada, 2v.
- LOBO, Rogério Leite. "Sobre a Natureza e os Fundamentos da Imunidade Recíproca". Revista de Direito da Procuradoria Geral do Município do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Centro de Estudos, ano III, n. 3, p. 117-140, 2002.
- LOCKE, John. "Ensaio acerca do Entendimento Humano". Trad. Anoar Alex. São Paulo: Nova Cultura, 2000.
- _____. "Segundo Tratado sobre o Governo Civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil". 4ª ed., Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 2006.
- LOMBROSO, Cesare. "O Homem Criminoso". Trad. Maria C. Carvalho Gomes. Rio de Janeiro: Rio, s.d.
- LOPES JR, Aury. "Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional)". Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- _____; BADARÓ, Gustavo Henrique. "Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável". Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- _____. (Re)discutindo o Objeto do Processo Penal com Jaime Guasp e James Goldschmidt. "Revista Brasileira de Ciências Criminais". São Paulo, n. 39, p. 103-124, jul.-set./02.
- _____. O Interrogatório On-Line no Processo Penal: entre a assepsia judiciária e o sexo virtual. "Boletim IBCCRIM". São Paulo, v.13, n.154, p. 6-7, set. 2005.

- LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. "Princípios Políticos do Direito Penal". 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. Costume - redemocratização, pluralismo e novos direitos. "Revista de Informação Legislativa". Brasília: Senado Federal, ano 33, n. 130, p. 69-75, abr/jun. de 1996.
- LÓPEZ LÓPEZ, Alberto Manuel. Defensa Técnica y Proceso Penal. "Actualidad Penal". Madrid: Actualidad Editorial, fascículo n. 2, p. 709-722, 1994.
- LÓPEZ PULEIO, Maria Fernanda; GONZÁLEZ ESPUL, Estela; SARA PEÑA, GUZMÁN et al. Los Cuadenos de la Defensa: la defensa oficial en el nuevo código procesal penal de la Provincia de Buenos Aires, Argentina. "Periódico Pena y Estado". Buenos Aires, v. 5, fascículo 5, p. 243-265, 2002.
- LUHMANN, Niklas. "Legitimação pelo Procedimento". Trad. Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.
- _____. "Sociologia do Direito". V. 1, Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, 2v.
- LUISI, Luiz, "Os Princípios Constitucionais Penais". 2ª. ed., Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.
- _____. A Crise do Sistema Penal - Soluções Processuais. "Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária". Brasília-DF, vol. 1, n. 8, p. 105-116, jul./dez.1996.
- LYRA, Roberto. "Comentários ao Código Penal: Arts. 28 a 74". V. 2, 2ª. ed., Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955, 10v.
- _____. "Direito Penal Científico (Criminologia)". Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1974.
- MACHADO, Maíra Rocha. "Internacionalização do Direito Penal: a gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena". São Paulo: 34/Edesp, 2004.
- MACHADO, Maria Rodriguez de Assis. Edmund Mezger e o Direito Penal do nosso Tempo (Resenha). "Revista Direito GV". V. 1, n. 1, p. 153-159, maio de 2005.
- _____. "Sociedade do Risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais". São Paulo: IBCCRIM, 2005.
- MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. "Os Artigos Feralistas: 1787 – 1788". Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.
- MAGALHÃES, Fernando. "Tempos Pós-Modernos". São Paulo: Cortez, 2004.

- MALARINO, Ezequiel. El Examen de las Actuaciones con Anterioridad a la Declaración del Imputado: a la vez, un alegato en favor de las facultades activas de intervención de la defensa en la investigación penal preparatoria. “Nueva Doctrina Penal”. Buenos Aires: Editores del Puerto, Fascículo B, p. 459-495, 1999.
- MALATESTA, Nicola Framarino dei. "A Lógica das Provas em Matéria Criminal". Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1996.
- MARIA, Romeu Costa Ribeiro Bastos e; ROCHA, Elizabeth Guimarães Teixeira. Os Militares e a Ordem Constitucional Republicana Brasileira: de 1898 a 1964. “Revista de Informação Legislativa”. Brasília, a. 40, n. 158, p. 241 – 254, abr./jun. 2003.
- MARINONI, Luiz Guilherme. “Técnica Processual e Tutela dos Direitos”. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MARQUES, José Frederico. “Elementos de Direito Processual Penal”. V. 1 e 2, Campinas: Bookseller, 1997, 4v.
- _____. “A Instituição do Júri”. Campinas: Bookseller, 1997.
- MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. “Fundamentos da Pena”. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.
- MARSHALL, John. “Decisões Constitucionais de Marshall”. Trad. Américo Lobo. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.
- MARSHALL, T. H. "Política Social". Trad. Meton P. Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar, 1976.
- MESSUTI, Ana; SAMPEDRO ARRUBIA, Julio Andrés (comps.). “La Administración de Justicia: en los albores del tercer milenio”. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2001.
- MARTINS, Leonardo. “Cinqüenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão”. Trad. Beatriz Henning et al. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005.
- MARTINS JUNIOR, J. Izidro. “Compêndio de História Geral do Direito”. Recife: Livraria Contemporânea, 1898.
- MARX; ENGELS. “A Ideologia Alemã”. Trad. Frank Müller. São Paulo: Martin Claret, 2006.
- MAXIMILIANO, Carlos. “Hermenêutica e Aplicação do Direito”. 15ª. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. “Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade”, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999.

- MELO, Eduardo Rezende. "Nietzsche e a Justiça: crítica e transvalorização". São Paulo: Perspectiva, FAPESP, 2004.
- MENDONÇA JUNIOR, Delosmar. "Princípios da Ampla Defesa e da Efetividade no Processo Civil Brasileiro". São Paulo: Malheiros, 2001.
- MEREU, Italo. "A Morte como Pena: ensaio sobre a violência legal". Trad. Cristina Sarteschi. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- MEZGER, Edmundo. "Tratado de Derecho Penal". T. I e II, 2ª ed., sem tradutor mencionado, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1946, 2v.
- _____. "Criminologia". 2ª ed, Trad. José Arturo Rodriguez Muñoz, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1950.
- MILETO, Tales de; MILETO, Anaximandro de; MILETO, Anaxímenes de; et al. "Os Pré-Socráticos: fragmentos, doxografia e comentários". Trad. José Cavalcante de Souza, Anna Lia Amaral de Almeida Prado, Ísis Lana Borges et al. São Paulo: Nova Cultura, 2000.
- MILL, Stuart. "Ensaio Sobre a Liberdade". Trad. Rita de Cássia Gondim Neiva, São Paulo: Escala, 2006.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. "Código de Processo Penal Interpretado". 9ª ed., São Paulo: Atlas, 2002.
- MIRANDA, Pontes. "Comentários à Constituição de 1946". V. 3, Rio de Janeiro: Henrique Cahen Editor, 1947, 5v.
- _____. "Democracia, Liberdade e Igualdade (os três caminhos)". Rio de Janeiro – São Paulo: José Olympio ed., 1945.
- MIR PUIG, Santiago. "Direito Penal: fundamentos e teoria do delito". Trad. Cláudia Vianna Garcia e José Carlos N. P. Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MITTERMAIER, C. J. A. "Tratado da Prova em Matéria Criminal ou Exposição Comparada". Trad. Herbert Wüntzel Heinrich. Campinas: Bookseller, 1997.
- MONTAIGNE, Michel. "Ensaio". V. 2, Trad. Sérgio Milliet. São Paulo: Nova Cultura, 2000, 2v.
- MONTES REYES, A. Problemática del Derecho de Defensa en el Proceso Penal Español. "Periódico Actualidad Penal". Madrid: Actualidad Editorial, fascículo 2, p. 2039-2046, 1989.

- MONTESQUIEU, Charles de Secondat. "O Espírito das Leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo". Trad. Pedro Vieira Mota. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999.
- MORAES, Humberto Pena de; SILVA, José Fontenelle T. da. "Assistência Judiciária: sua gênese, sua história e a função protetiva do Estado". 2ª ed., Rio de Janeiro: Líber Juris, 1984.
- MORAES, José Diniz de. "A Função Social da Propriedade". São Paulo: Malheiros, 1999.
- MORAES, Sílvio Roberto Mello. "Princípios Institucionais da Defensoria Pública: Lei Complementar 80, de 12.1.94 anotada". São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa (Org.). "Abuso dos Direitos Processuais". Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- MORELLY. "Código de la Naturaleza o el Verdadero Espiritu de sus Leyes". Trad. R. Garzaro, Salamanca: Cervantes, 1985.
- NABUCO, Joaquim. "A Escravidão". Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.
- NALINI, José Renato. "Ética e Justiça". São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.
- NERY JÚNIOR, Nelson. "Princípios do Processo Civil na Constituição Federal". 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- NEVES, Serrano. "O Direito de Calar" Rio de Janeiro, São Paulo: Freitas Bastos, 1960.
- NIETZSCHE, Friedrich. "A Gaia Ciência". Trad. Antonio Carlos Braga, São Paulo: Escala, 2006.
- _____. "Além do Bem e do Mal: prelúdio de uma filosofia do futuro". Trad. Antonio Carlos Braga, São Paulo: Escala, s. d.
- NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Prescrição: decretação de ofício em favor da Fazenda Pública. "Revista de Informação Legislativa". Brasília: Senado Federal, ano 34, n. 136, p. 161-168, outubro-dezembro, 1997.
- NUCCI, Guilherme. A Análise da Personalidade do Réu na Aplicação da Pena. "Boletim IBCCRIM". São Paulo, n. 153, p. 02-03, agosto. 2005.
- NUVOLONE, Pietro. La Scienza Penale All'inizio del Secolo XX. "Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale". Milano, v. 25, p. 433-446, 1982.

- OLIVEIRA, Flávia de Paiva Medeiros de. Pressupostos para uma Teoria Geral do Direito Processual Ambiental. "Direito e Liberdade", Natal, v. 1, n. 1, p. 126-164, jul-dez./2005.
- OLIVEIRA, Lúcia Lippi; VELLOSO, Mônica Pimenta; GOMES, Ângela Maria de Castro. "Estado Novo: ideologia e poder. Rio de Janeiro: Zahar, 1982.
- OLIVEIRA, Marcus Vinícius Amorim de. Novas Facetas dos Grupos de Justiceiros. "Boletim IBCCRIM". São Paulo, n.162, p. 1-6, maio. 2006.
- OLIVEIRA, Reginaldo Antônio de. "As Grandes Falhas do Júri". João Pessoa: Grande Gráfica e Serviços, 1979.
- PAES, Sara Maria Ströher. Direito a ser ouvido em um Prazo Razoável: morosidade da Justiça segundo a ótica do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. "Revista de Informação Legislativa", Brasília: Senado Federal, ano 34, n. 135, p. 225-235, julho/setembro de 1997.
- PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. Contraditório e Ampla Defesa: direitos humanos e principais garantias processuais. "Revista dos Tribunais". São Paulo, ano 90, v. 784, p. 459-482, fevereiro de 2001.
- PAREDES, José Roberto. "A Inquirição Direta das Testemunhas no Júri". Rio de Janeiro: Líber Júris, 1985.
- PASCAL, Blaise. "Do Espírito Geométrico; Pensamentos". Trad. Antonio Geraldo da Silva. São Paulo: Escala, 2006.
- PASSOS, J. J. Calmon de. Cidadania Tutelada. "Revista de Processo". São Paulo, n. 72, ano 18, p. 126-145, out.dez./1993.
- PASTANA, Débora Regina. "Cultura do Medo: reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil". São Paulo: Método, 2003.
- PAUL, Wolf. Megacriminalidad Ecológica y Derecho Ambiental Simbólico: una intervención iusfilosófica en el sistema de la Organizada Irresponsabilidad. "Pena y Estado". n. 1, p. 111-122, septiembre-diciembre, 1991.
- PAULO FILHO, Pedro. "O Bacharelismo Brasileiro: da Colônia à República". Campinas: Bookseller, 1997.
- PEDROSO, Fernando de Almeida. "Processo Penal. O Direito de Defesa: repercussão, amplitude e limites". 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

- PENTEADO, Jaques de Camargo. "Acusação, Defesa e Julgamento". Campinas: Millenium, 2001.
- PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Cidadania e Res Publica: a emergência dos direitos republicanos. "Revista de Informação Legislativa". Brasília: Senado Federal, ano 34, n. 136, p. 289-313, outubro-dezembro, 1997.
- PERELMAN, Chaïm. "Ética e Direito". Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- PERÉZ MANZANO, Mercedes. Los Derechos Fundamentales al Ejercicio de la Profesión de Abogado, a la Libre Elección de Abogado y a la Defensa y las Conductas Neutrales: la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 30 de marzo de 2004. In: "Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo". Navarra: Aranzadi, Thomson Civitas, 2005.
- PIERANGELI, José Henrique. "Códigos Penais do Brasil: evolução histórica". 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- PINHEIRO, Paulo Sérgio; GUIMARÃES, Samuel Pinheiro (Org.). "Direitos Humanos no Século XXI: Parte I". Trad. Janete Ferreira Carneiro. Brasília: Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais; Fundação Alexandre de Gusmão; Senado Federal, 1998.
- PIÑOL SALA, Nuria K. Incomunicación del Imputado y Restricciones al Derecho de Defensa: a propósito del derecho a la entrevista previa regulado en el art, 197 del CPPN. "Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal". Buenos Aires: Ad-Hoc, n. 5, fascículo 9B, p. 341-371, oct.-1999.
- PINTO, Sobral. "Lições de Liberdade". Belo Horizonte: Comunicação e Universidade Católica de Minas Gerais, 1977.
- PIOVESAN, FLÁVIA. "Temas de Direitos Humanos". São Paulo: Max Limonad, 1998.
- PLAT, Gustavo. Defensa pública en la Etapa de Ejecución Penal y Garantías durante la Prisión Preventiva. "Talleres Regionales: Foro Internacional: Justicia y Derechos Humanos". Lima: Ceas, 1999.
- PLATÃO, "A República". Trad. Enrico Corvisieri. São Paulo: Nova Cultura, 2000.
- _____. "Crátilo". Trad. Maria José Figueiredo. Lisboa: Instituto Piaget, s. d.
- PORFÍRIO, Geórgia Bajer Fernandes de Freitas. "A Tutela da Liberdade no Processo Penal". São Paulo: Malheiros, 2005.

- PORTO, Mário Moacyr. "Responsabilidade do Estado pelos Atos dos seus Juízes". São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 71, n. 563, p. 9-14, 1982.
- PRADO, Geraldo. "Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais". 2ª ed, Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001.
- PRINS, A. "La Defensa Social y las Transformaciones del Derecho Penal". Sem tradutor mencionado. Madrid: Hijos de Reus, 1912.
- PROUDHON, Pierre-Joseph. "Sistemas das Contradições Econômica ou Filosofia da Miséria". T. I, trad. Antônio Geraldo da Silva, São Paulo: Escala, 2007, 2v.
- QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. O Devido Processo Legal. "Revista dos Tribunais". São Paulo, ano 87, v. 748, p. 47-63, fevereiro de 1998.
- RABENHORST, Eduardo Ramalho. "Dignidade Humana e Moralidade Democrática". Brasília: Brasília Jurídica, 2001.
- _____. A Pobreza no Direito e a Pobreza do Direito. "Direito e Liberdade". Mossoró, ano 2, n. 1, v. 4, p. 63-71, jul-dez/2006.
- _____. A Dignidade do Homem e os Perigos da pós-Humanidade. "Verba Juris. Anuário da Pós-Graduação em Direito". João Pessoa, v. 4, jan./dez., p. 105-126, 2005.
- _____. A Ultima Ratio do Direito de Punir: a propósito de um texto de Danilo Zolo. "Verba Juris. Anuário da Pós-Graduação em Direito". João Pessoa, v. 1, jan./dez., p. 39-49, 2002.
- RAMOS, Enrique Peñaranda; GONZÁLEZ, Carlos Suárez; MELIÁ, Manuel Cancio. "Um Novo Sistema do Direito Penal: considerações sobre a teoria de Günther Jakobs". Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Barueri: Manole, 2003.
- RAMOS, João Gualberto Carcez. "Curso de Processo Penal Norte-Americano". São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- REALE, Miguel. "Da Revolução à Democracia". 2ª ed., São Paulo: Convívio, 1977.
- _____. "Fontes e Modelos do Direito: para um novo paradigma hermenêutico". São Paulo: Saraiva, 2002.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). "Perspectivas do Direito Público: Estudos em Homenagem a Miguel Seabra Fagundes". Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- RODRIGUES, João Paulo. Princípio da Legalidade, Acusatório e Política Criminal: contributo para uma reflexão acerca da praxis judiciária em matéria processual penal. "Revista do Ministério Público". Lisboa, v. 21, fascículo 83, p. 61-81, jul.-set./2000.

- RODRIGUES, Leda Boechat. "A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano". 2ª ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992.
- ROSA, Alexandre Morais da. "O Que é Garantismo Jurídico? (Teoria Geral do Direito)". Florianópolis: Habitus, 2003.
- ROSA, Borges da. "Comentários ao Código de Processo Penal". 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.
- ROULAND, Norbert (Org.). "Direito das Minorias e dos Povos Autóctones". Trad. Ane Lize Spaltemberg. Brasília: Universidade de Brasília, 2004.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. "Discurso sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens; Discurso sobre as Ciências e as Artes". V. 2, Trad. Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultura, 2000, 2v.
- ROXIN, Claus. "Estudos de Direito Penal". Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- _____. "A Proteção de Bens Jurídicos como função do Direito Penal". Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- _____. Problemas Atuais da Política Criminal. "Revista Ibero-Americana de Ciências Penais". Porto Alegre, v. 2, fascículo 4, p. 11-18, set.-dez./2001.
- SALDANHA, Nelson. "Formação da Teoria Constitucional". 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- SALEILLES, Raymond. "A Individualização da Pena". Trad. Thais M. S. da Silva Amadio. São Paulo: Rideel, 2006.
- SAMPAIO JÚNIOR, José Herval; CALDAS, Pedro Rodrigues. "Manual de Prisão e Soltura sob a Ótica Constitucional". São Paulo: Método, 2007.
- SANTORO, Emílio. "Estado de Direito e Interpretação: por uma concepção jusrealista e antiformalista do Estado de Direito". Trad. Maria Carmela Juan Buonfiglio e Giuseppe Tosi. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos. Discurso sobre o Sistema Penal - uma visão crítica. "Direito e Liberdade", Natal, v. 3, n. 1, p. 523-544, 2006.
- _____. Há Justiça no Século XXI sem Operadores do Século XXI? "Direito e Liberdade". Mossoró, Região Oeste, ano 2, n. 1, v. 4, p. 389-410, jul-dez/2006.
- SARAIVA, Paulo Lopo (Org.). "Antologia luso-brasileira de Direito Constitucional". Brasília: Brasília Jurídica, 1992.

- _____. "Manual de Direito Constitucional". São Paulo: Acadêmica, 1995.
- SCHMITT, Carl. "La Defensa de la Constitución". 2ª ed., Trad. Manuel Sanchez Sarto. Madrid: Tecnos, 1998.
- _____. "Teologia Política". Trad. Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- SCHOPENHAUER, Arthur. "A Arte de Escrever". Trad. Pedro Süsskind. São Paulo: L&PM, 2007.
- SCHULLER, Florian (Org.). "Dialética da Secularização: sobre razão e religião". Trad. Alfred J. Keller. Aparecida/SP: Idéias & Letras, 2007.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. "Criminologia". São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- _____; CORRÊA JÚNIOR, ALCEU. "Teoria da Pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal". São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. "Curso de Direito Processual Penal: teoria (constitucional) do processo penal". Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- _____. "Teoria Constitucional do Direito Processual Penal: limitações fundamentais ao exercício do direito de punir no sistema jurídico brasileiro". Tese de Doutorado. Recife: Faculdade de Direito/UFPE, 2005.
- _____. As Correntes Filosóficas na Formação do Direito Penal Moderno. "Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos". Bauru, fascículo 25, p. 105-128, abr.-jun./1999.
- _____. O Direito Penal e a Criminalidade. "Revista do Curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte". Natal, v. 1, fascículo 1, p. 121-141, jul.-dez./1996.
- _____. Racionalização: celeridade da instrução processual penal. "Revista do Ministério Público de Minas Gerais". Belo Horizonte, v. 1, fascículo 4, p. 72-73, fev.-mar./2006.
- SILVA, Evandro Lins e. História das Penas. "Consulex". Brasília, ano V, n. 104, 15.maio.01.
- SILVA, José Afonso da. "Aplicabilidade das Normas Constitucionais". 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998.
- SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. Conflito Aparente de Normas no Descumprimento de Ordem Judicial pela Administração Pública. "Revista de Informação Legislativa". Brasília, a. 35, n. 140, p. 249-257, out./dez., 1998.
- SIQUEIRA, Galdino. "Tratado de Direito Penal". Rio de Janeiro: José Konfino, 1947, 4v.

- SILVEIRA, Paulo Fernando. "Devido Processo Legal (Due Process of Law)". 3ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- SOUZA, Alexander Araújo de. "O Abuso do Direito no Processo Penal". Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- SOUZA, Moacyr Benedicto de. "A Influência da Escola Positiva no Direito Penal Brasileiro". São Paulo: Leud, 1982.
- STRECK, Lenio Luiz. "Hermenêutica Jurídica e (em) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito". 6ª. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- TALAMINI, Eduardo. Prova Emprestada no Processo Civil e Penal. "Revista de Informação Legislativa". Brasília: Senado Federal, n. 140, p. 145-162, out./dez. 1998.
- TARDE, Gabriel. "A Opinião e as Massas". Trad. Luís Eduardo de Lima Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1992.
- TEIXEIRA, João Paulo Allain. Idealismo e Realismo Constitucional em Oliveira Viana [sic]: análise e perspectivas. "Revista de Informação Legislativa". Brasília, a. 34 n. 135, p. 99-118, jul./set. 1997.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo Teixeira. A Lei 9.756/98 e suas Inovações. "Revista de Informação Legislativa". Brasília, a. 36, n. 141, p. 5 -8, jan./mar., 1999.
- THOMPSON, Augusto. "A Questão Penitenciária: de acordo com a Constituição de 1988". 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- TIEDEMANN, Klaus. Constitución y Derecho Penal. "Revista Española de Derecho Constitucional". Ano 11, n. 33, p. 145-171, set.-dez, 1991.
- TINEDO FERNÁNDEZ, Gladys. La Defensa en el Proceso Penal. "Capítulo Criminológico. Revista de las disciplinas del control social". Maracaibo/Venezuela: Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad del Zulia, ISSN 798-9598, v. 22, p. 185-206, 1994.
- TOBEÑAS, Jose Castan. "Los Derechos del Hombre". 4ª. ed., Madrid: Reus, 1992.
- TOCQUEVILLE, Alexis Charles Henri Maurice Clérel. "Democracia na América". Trad. João Miguel Pinto de Albuquerque. São Paulo: Nacional, 1969.
- TORNAGHI, Hélio Bastos. "A Relação Processual Penal". Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, s.d.
- _____. "Curso de Processo Penal". V. 1, São Paulo: Saraiva, 1980, 2v.

- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. "Processo Penal". V. 1, São Paulo: Saraiva, 1995.
- TUCCI, Rogério Lauria. "Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro". 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- _____. "Teoria do Direito Processual Penal: jurisdição, ação e Processo Penal (estudo sistemático)". São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- VACCARO, M. Angelo. "Origem e Funções das Escolas Penais". Trad. Henrique de Carvalho. Belo Horizonte: ed. Líder, 2004.
- VAINSENER, Semira Adler; FARIAS, Ângela Simões de. "Condenar ou Absolver: a tendência do júri popular". Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- VALLEJO, Manuel Jaén. "Tendencias Actuales de la Jurisprudencia Constitucional Penal: las garantías del processo penal". Madrid: DYKINSON, 2002.
- VÁZQUEZ ROSSI, Jorge E. "La Defensa Penal". 4ª ed., Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni Editores, 2006.
- VELHO, Gilberto (Org.). "Desvio e Divergência: uma crítica da patologia social". 4ª. ed., Rio de Janeiro: Zahar, 1981.
- VERRI, Pietro. "Observações sobre a Tortura. Trad. Federico Carotti. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacios Cunha et al." "Corpo e Alma da Magistratura Brasileira". Rio de Janeiro: Revan, 1997;
- VIANNA, Oliveira. "Instituições Políticas Brasileiras". Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 1999.
- VIEIRA, José Ribas. A Cidadania: sua complexidade teórica e o Direito. "Revista de Informação Legislativa". Brasília: Senado Federal, ano 34, n. 135, p. 219-224, julho/setembro de 1997.
- WACQUANT, Loïc. "As Prisões da Miséria". Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues. "Anotações sobre o Princípio do Devido Processo Legal". Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 646, p. 33-40, agosto de 1989.
- WARAT, Luis Alberto. "O Direito e sua Linguagem". 2ª ed., Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1995.

- WEINBERGER, Andrew D. “Liberdade e Garantias: a Declaração de Direitos”. Trad. Hersília Teixeira Leite Vasconcelos. Rio de Janeiro: Forense, 1962.
- WELZEL, Hans. “O Novo Sistema Jurídico-Penal: uma introdução à doutrina da ação finalista”. Trad. Luiz Regis Prado, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- WIEACKER, Franz. “História do Direito Privado Moderno”. Trad. A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. “Investigações Filosóficas”. Trad. José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultura, 2000.
- _____. “Gramática Filosófica”. Trad. Luís Carlos Borges, São Paulo: Loyola, 2003.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “O Inimigo no Direito Penal”. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: REVAN, 2007.
- _____. Las Ideas Básicas en la Relación Defensa Pública-Estado de Derecho. “Periódico Pena y Estado”. Buenos Aires, v. 5, fascículo 5, p. 17-20, 2002.
- _____; PIARANGELI, José Henrique. “Manual de Direito Penal Brasileiro”. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- ZILLES, Urbano. “Teoria do Conhecimento e Teoria da Ciência”. São Paulo: Paulus, 2005.

13. ÍNDICE REMISSIVO

- Assistência jurídica 38, 122, 168, 216, 234, 244, 246, 313
- Autodefesa
- abrangência..... 220
 - acusado analfabeto..... 248
 - ausência 245
 - ausência do acusado em audiência ... 218
 - autonomia em relação à defesa técnica 310
 - caráter pessoal..... 214, 215
 - colisão com defesa técnica 267
 - comunicabilidade com a defesa técnica 228
 - conteúdo 218
 - controle 404
 - Convenção Européia de Direitos Humanos 208
 - delação premial..... 220
 - disponibilidade 221
 - e defesa técnica (diferenças)..... 220
 - efetividade e controle (?) 237, 404
 - Estado Liberal..... 215
 - exercício pelo acusado..... 218
 - faculdade primitiva 215
 - impossibilidade de dispensa pelo Estado 221
 - interrogatório 219
 - Júri 222
 - lealdade 220
 - meios farmacológicos ou hipnose.... 220
 - mentira 302
 - no interrogatório (perda de importância) 221
 - pessoa jurídica 257
 - pressuposto da defesa dativa efetiva. 235
 - proibição da auto-incriminação 220
 - relação com o defensor 238
 - Revolução Francesa..... 93, 214
 - submissão à defesa técnica 242
 - tortura 220
 - videoconferência..... 223, 404
- Autoritarismo..... 67, 81, 89, 128, 129, 130, 198, 401
- Beccaria . 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 58, 66, 72, 79, 97, 149, 162, 174, 181, 193, 220, 272, 342, 398
- Bem jurídico 58, 91, 94, 149, 178, 194, 252, 368
- Bem jurídico-penal.95, 148, 149, 187, 305, 306, 367, 407
- Boa-fé....287, 289, 297, 299, 300, 301, 407
- Casos
- Barker v. Wingo.....272
 - Brown v. Board.....46
 - Cohens v. Virginia44
 - Dred Scott v. Sandford.....46
 - König.....309
 - Lebach.....118
 - Marbury v. Madison.....43
 - Martins Moreira309
 - McCulloch v. Maryland43
 - Plessy v. Fergusson46
 - Walder v. US.....302
- Cerimônia degradante ... 195, 225, 232, 233
- Cifra negra362
- Comunidade de intérpretes....378, 380, 392
- Controle social .66, 95, 149, 164, 179, 193, 199, 398, 402
- Convenção Americana sobre Direitos Humanos..... 121, 125, 142, 218, 273
- Convenção Européia de Direitos Humanos208
- Crise
- da Escola Clássica.....398
 - da garantia de defesa249
 - da hermenêutica325, 363
 - da igualdade186
 - da legalidade e da igualdade181
 - da lei.....407
 - da palavra113, 203
 - da pena96, 106
 - da racionalidade322
 - da ressocialização.....118
 - da verdade83, 121, 274
 - das codificações190
 - das relações de trabalho203
 - Direito penal clássico402
 - do Direito Penal58, 72, 196, 399
 - do eficientismo.....163
 - do Estado de Direito.....99, 400
 - do humanismo400
 - do Judiciário.....200
 - do Legislativo.....364
 - do poder punitivo362
 - do poder punitivo e da garantia de defesa (solução).....363, 401
 - dos negócios humanos44

- econômica..... 87
multiplicidade das crises..... 99, 399
Tribunal do Júri 381
Declaração de Direitos do Homem e do
Cidadão 37
Declaração Universal dos Direitos
Humanos 120, 272
Defesa protelatória 290, 292, 293, 298, 299,
305, 309, 407
Defesa social 47, 57, 64, 65, 69, 72, 73, 74,
75, 76, 80, 87, 94, 95, 96, 100, 101,
106, 132, 135, 150, 197, 363, 364, 369,
370, 371, 398, 399, 402
Defesa técnica
advogado com inscrição cancelada... 217
anuência da videoconferência..... 224
autonomia em relação à autodefesa.. 310
autoritarismo 310
colidência..... 267
como um participante 365
comunicação com a autodefesa 228
confiança..... 246, 314
conteúdo da efetividade 155
controle de mérito 237
dativa 235
defensor constituído e nomeado
(distinção) 240
defensor não registrado..... 217
defensoria pública..... 78, 234, 236, 239,
241, 242, 244, 405
dever de não revelar circunstâncias
desfavoráveis 301
dever de prestação do Estado Social. 216
direito à escolha 246
direito-marco 208
direitos inerentes..... 229
efetividade 216, 237
Estado Social 215
exercício com intuito protelatório..... 277
fundamento 216
habilitação técnica do próprio acusado
..... 214
indispensabilidade 216
indisponibilidade 216
inquérito..... 244, 405
interesse do Estado 239
intuito protelatório 406
nacional-socialismo 92, 215
não comunicação com a autodefesa . 247
não depende de condições do acusado
..... 216
núcleo do direito de defesa..... 184, 209
objeto e fato real (distinção) 335
omissão de provas desfavoráveis 299
origem ilícita dos honorários (abuso da
condição de advogado)..... 314
participação no caso concreto 404
participação no processo 218
prevalência sobre a autodefesa..... 242
princípio da publicidade..... 229
proscrição 93
resposta preliminar da Lei n. 8.038/9 245
Revolução francesa 93
sentido social do fato 342
supressão (autoritarismo) 214
tese contraditória com a autodefesa no
Júri..... 222
Delação premial como técnica totalitária
..... 102
Direito ao silêncio 166, 209, 219, 220, 222,
237, 257, 265, 300, 302, 303, 314, 341,
395, 404
Direito de intervenção (Hassemer) 253
Direito Penal do autor 60, 63, 66, 67, 76,
87, 88, 90, 92, 97, 98, 101, 113, 116,
117, 133, 135, 198, 224, 399, 400
Direito Penal do fato 66, 67, 92, 398
Doutrina técnico-jurídica 70
Edmund Mezger. 56, 68, 69, 78, 90, 91, 92,
93, 96, 128
Era vitoriana..... 70, 71, 399
Escola
Clássica 39, 49, 50, 51, 55, 56, 58, 60,
69, 74, 75, 80, 133, 398
Clássica Penitenciária 55
Crítica..... 63
da Exegese 41, 42, 44, 287, 325
de Kiel..... 90, 91
Histórica 66, 67
Moderna 68
Positiva..... 47, 58, 59, 60, 63, 64, 65, 66,
68, 69, 72, 74, 80, 87, 96, 97, 132,
133, 372, 398
Escravidismo e Direito Penal do autor..... 45,
133
Esquadrão da Morte 200
Estado Constitucional de Direito 46, 47, 95,
144, 145, 150, 159, 160, 161, 164, 168,
172, 173, 174, 178, 180, 181, 188, 199,

- 202, 236, 287, 293, 307, 313, 318, 324,
341, 345, 350, 355, 359, 360, 361, 363,
372, 381, 392, 402, 406, 408, 409
- Estado Liberal.... 22, 27, 29, 30, 33, 34, 35,
69, 71, 72, 79, 81, 82, 83, 86, 145, 149,
159, 160, 168, 180, 215, 237, 249
- Estado Novo .. 46, 128, 129, 130, 131, 137,
198, 271, 401
- Estado Principal (P. Bonavides) 150
- Estado Social 69, 70, 72, 73, 77, 80, 81, 83,
84, 85, 86, 99, 112, 142, 145, 149, 176,
180, 198, 203, 204, 205, 215, 216, 234,
235, 258, 294, 404
- Francisco Campos . 88, 128, 129, 130, 289,
294
- Garantismo
(in)aplicabilidade aos carentes do Estado
Social 175
amplitude 400
análise crítica do Direito Positivo.... 144
antecipação da tutela..... 195
caráter da certeza judicial 342
como meio de justiça penal 363
crítica à defesa social..... 100, 369
decisionismo 410
direito e moral..... 101
Direito Penal do autor..... 372
Direito Penal mínimo 101, 400
e cooperação com o poder punitivo .. 220
e eficiência (pêndulo) 204
e funcionalidade..... 278
e nova defesa social 95
e prisão cautelar 105
e processo acusatório (semelhanças) 105,
349
eficiência e funcionalidade 163
equidade..... 394
Estado opressor..... 100, 400
execução penal..... 108
função de conter a vingança privada 105
garantia de defesa como essência 79, 104
iniciativa instrutória do juiz..... 346
juiz espectador 347
juízos valorativos..... 105
limitações (utopia) 196
máximo bem-estar e intervenção mínima
..... 107
meio de bloquear decisões injustas... 364
modelo de verdade..... 343
modelos consensuais 196
- não exclusividade da verdade do juiz 408
o juiz garantista 372
pena máxima de dez anos 107
pena-correção 106
pena-utilidade..... 98
personalidade 400
plano processual 102
presunção de inocência 102
prevenção individual 112
princípio da taxatividade 101, 108
privilégios e discriminações..... 101
responsabilidade social do juiz 380
sentido teórico amplo 99
valores do Iluminismo..... 40, 100
verdade consensual 102, 338
verdade processual 401
vigência e validade material..... 372
- Holocausto 87, 188, 400
- Iluminismo 40, 51, 100, 153, 159, 219, 348,
398
- Incomunicabilidade absoluta do preso.. 230
- Inimigos da comunidade 63, 75, 81, 89, 91,
93, 113, 171, 172, 174, 175, 176, 179,
180, 184, 204, 408
- Inquérito
característica inquisitiva..... 332
consulta 229
defesa dativa..... 245
defesa técnica 244, 405
falta de defesa..... 235
prova emprestada 281
- Inquisitividade..... 331, 347, 348, 350, 351,
352
- Instituição total (Erving Goffman)..... 114
- Interrogatório
de qualificação e mérito 219
manipulação 219
marco para a plena defesa 212
meio exclusivo de defesa 219
por videoconferência. 223, 224, 226, 404
primeiro ato de audiência pessoal 209
relevância no Tribunal do Júri 222
silêncio quanto ao mérito 220
sugestionabilidade 53, 220
tomada no final da instrução 221
- Labelling approach..... 133, 183, 195, 232
- Defesa técnica 220
- Legislação de emergência
crescimento 402
doutrina de defesa social 75

- processo inquisitivo 166
 sociedade de risco 196
 Lei de segurança nacional (inversão do
 ônus da prova)..... 131
 Liberdade para praticar o mal 117
 Mentira
 como instrumento de paz (J. Derrida)
 301
 como parte de jogos de linguagem ... 379
 como parte do processo decisório..... 408
 como possibilidade ao alcance da defesa
 377
 como possibilidade para um debate.. 300
 direito à (?)..... 300, 302, 303, 407
 em benefício da defesa 301
 Governo Militar 139
 não integrante do princípio contra a
 auto-incriminação 301
 pela pessoa jurídica durante o
 interrogatório 265
 Military Comissions Act..... 185
 Movimento autoritarista no Brasil 128
 Nacional-socialismo 46, 67, 68, 80, 81, 86,
 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 128, 130,
 136, 215, 399
 Nova defesa social . 95, 96, 97, 98, 99, 106,
 127, 128, 134, 135, 136, 191, 361, 400,
 411
 Opinião pública 46, 124, 179, 183, 191,
 192, 194, 197, 203, 274, 343, 369, 370,
 380, 381, 409
 Pena
 conduta social 75, 113, 141, 175, 177,
 184
 critérios subjetivos 107, 116
 dessocialização 118
 deveres do preso 391
 direito à pena 97
 direito de defesa na execução 108
 emasculação e castração química 88
 Estado Liberal..... 35, 167
 exame criminológico 115, 116, 134, 136
 exposição pública do acusado..... 230
 funções transferidas para o processo 196
 indeterminada 74, 76, 118
 no nacional-socialismo 87
 nova defesa social 97, 134, 363
 personalidade . 55, 60, 64, 67, 74, 75, 90,
 93, 95, 96, 98, 101, 105, 108, 109,
 110, 111, 112, 113, 115, 117, 134,
 135, 136, 141, 177, 224, 372, 392,
 398, 399, 400, 411
 preservação de direitos..... 133
 prevenção geral 56, 64, 69, 132, 260, 370
 prevenção individual 64, 68, 69, 98, 112,
 114
 reformas legislativas 186
 regressão cautelar de regime prisional e
 contraditório prévio..... 156
 ressocialização ... 95, 96, 97, 98, 99, 112,
 113, 114, 117, 118, 136, 363, 411
 retórica da personalidade distorcida.. 110
 sofrimento 48
 talião..... 47
 tutela judicial efetiva..... 108
 vingança privada .. 47, 49, 102, 105, 194,
 232, 375
 Política criminal
 ataques terroristas de 11/09/2001..... 185
 ausência de projetos concretos 190
 bem-estar social 399
 carentes do Estado Social..... 182
 caso concreto..... 412
 contingente 117, 363, 369
 defesa social 197, 402
 desiderato de harmonização 146
 Direito Penal do autor 135
 Direitos Humanos 207
 doutrina da defesa social 95
 e inflação legislativa..... 191
 e positivismo 59
 e sociedade complexa..... 184
 Escola Positiva 64, 67
 Estado Constitucional de Direito 150
 exercício difuso 364
 início do séc. XX..... 80
 legal (ideal) 193
 leis abstratas 364
 modelo igualitário 85
 modelo liberal 83
 modelos 80
 multiplicidade das violências 199
 nacional-socialista..... 87, 88, 90
 neoliberalismo 198
 nova defesa social 98, 134
 opinião pública..... 369
 princípio da insignificância..... 177
 programa da Universidade de Marburgo
 68
 real (técnica processual)..... 366

- relação com a garantia de defesa 79, 287
- relação multiforme com segmentos
 sociais 193
- ressocialização 136
- segunda metade do séc. XX..... 80
- segundo Marc Ancel..... 134
- teocrática..... 128
- tolerância zero..... 206
- transferência do poder decisório para o
 Executivo 46
- transferência do poder decisório para o
 Judiciário 75, 399
- Políticas de tolerância zero 63, 193, 195,
 198, 204, 205, 206, 207, 402
- Pós-guerra.... 70, 82, 86, 93, 94, 95, 96, 98,
 128, 133
- Pós-modernidade ... 27, 121, 180, 203, 255,
 322
- Princípios
- acesso à Justiça 121, 137, 140, 168, 169,
 175, 234, 267
- acusatório..... 122, 366
- adequação social 141, 163
- ampla defesa e o contraditório.
 Irrelevância prática da distinção 39
- anterioridade 37, 190
- autonomia cultural 390
- boa-fé..... 297
- congruência..... 160
- contra a auto-incriminação 53, 220, 300,
 301, 302, 303
- contraditório .. 32, 34, 35, 38, 40, 77, 81,
 83, 104, 105, 106, 120, 123, 124, 129,
 137, 140, 157, 159, 162, 201, 208,
 237, 281, 293, 307, 329, 338, 367,
 375, 397, 412
- culpabilidade.... 107, 141, 147, 185, 256,
 258, 263
- devido processo legal..... 24, 37, 39, 123,
 158, 223, 227, 257, 291
- dignidade da pessoa ... 55, 107, 118, 141,
 152, 233
- duração razoável do processo .. 122, 140,
 141, 160, 274, 275, 283, 285, 291
- efetividade 155, 157, 160, 161, 291
- estrita jurisdicionalidade..... 102
- estrita legalidade 100, 106, 116
- favor libertatis..... 227
- fragmentariedade 95, 141, 149, 163
- funções do princípio da ampla defesa
 150
- humanidade 141
- identidade física do juiz 226, 334
- igualdade .. 112, 126, 216, 231, 234, 359,
 405
- in dubio pro libertate 405
- inafastabilidade 140, 160
- independência 354
- indispensabilidade do advogado 217
- individualização 111, 115, 141, 147, 256,
 257, 263, 368
- indivisibilidade..... 260
- insignificância ... 141, 148, 163, 177, 367
- intervenção mínima.... 34, 141, 148, 163,
 403
- intimidade pessoal..... 233
- inviolabilidade da liberdade 118
- irretroatividade da lei 55, 140
- isonomia 37, 175, 279
- juiz natural 140, 354
- legalidade ... 24, 37, 55, 56, 92, 146, 256,
 257, 259
- lesividade ou ofensividade 149
- mera legalidade 100
- motivação 111, 352, 389, 393
- necessidade 107
- necessidade da pena 141, 148
- necessidade e adequação 44
- ofensividade 163
- onipotência do legislador 41
- oralidade..... 23
- personalização 263
- persuasão racional ou do convencimento
 motivado 341
- pessoalidade 55, 107, 141, 148
- presunção de não-culpabilidade... 37, 55,
 87, 101, 102, 104, 105, 122, 136, 140,
 166, 231, 232, 233, 291, 296, 314,
 316, 334, 336, 346, 350, 402
- proibição da analogia in malam partem
 190
- proporcionalidade 54, 141, 148, 225,
 306, 315, 368
- proporcionalidade estrita..... 37
- provas lícitas 352
- publicidade 140, 153, 229, 233, 381
- razoabilidade 291
- realidade 44

- responsabilidade pessoal.. 233, 256, 257,
258, 263, 264
- segurança 228
- separação entre processo de
conhecimento e de execução 160
- simplicidade..... 291
- societas deliquere potest 263
- subsidiariedade ou da ultima ratio 95,
141, 149, 163
- supremacia do interesse nacional 44
- supremacia do Judiciário 44
- taxatividade ou da determinação 101,
111, 147
- tipicidade dos meios executivos 160
- unidade do sistema jurídico 150
- Processo acusatório 102, 103, 105, 300,
343, 347, 349, 350, 351
- Processo como pena 154, 275
- Processo inquisitivo. 48, 50, 102, 166, 331,
348, 350, 351, 352
- Progresso positivista (A. Comte). 113, 129,
270, 271
- Regime militar de 1964 128, 137, 198
- República de Weimar 87
- Sociedade de risco 196, 249, 252, 253
- Súmula
523 217
- Súmulas
21 283
231 368
52 283, 284
64 308, 407
691 395
- Técnica processual. 33, 154, 157, 160, 162,
218, 241, 277, 303, 306, 371
- Teoria dos poderes implícitos..... 45
- Terrorismo..... 165, 191, 369, 401
- Totalitarismo 67, 79, 130
- Tribunal do Júri
algemas 183
ausência do réu em plenário.....222, 395
Cortes Diplock 383
crimes contra a vida praticados por
militar 132
críticas e regime escabinado 409
dispensa da presença do réu 395
exposição em veículos de comunicação
..... 231
influência dos antecedentes sociais... 172
julgamento da personalidade..... 172
leitura do nome do jurado recusado
(intimidade)..... 232
plena defesa..... 222
preferência dos processos mais antigos
..... 53
protesto por novo Júri 292
publicidade 55
recusa imotivada (plenitude de defesa)
..... 222
representatividade democrática..... 370
retórica 320, 326
tempo da defesa oral 278
teses defensivas incompatíveis 269
testemunha residente noutra Comarca
..... 226
- União Internacional de Direito Penal..... 74
- USA Patriot Act 185
- Verdade consensual 102, 347, 392
- Verdade real ... 38, 163, 197, 272, 327, 330,
331, 332, 333, 348, 362, 395, 409
- Videoconferência 224, 225, 226, 227
- Vigilância situacional..... 277

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)