

UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS, POLÍTICAS
PÚBLICAS E CIDADANIA – PPGDH

ANDERSON MEDEIROS DE MORAIS

MODELOS POLÍTICO-CRIMINAIS E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: A
DEFENSORIA PÚBLICA DA PARAÍBA NO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

JOÃO PESSOA

2020

ANDERSON MEDEIROS DE MORAIS

MODELOS POLÍTICO-CRIMINAIS E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: A
DEFENSORIA PÚBLICA DA PARAÍBA NO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

Dissertação apresentada ao Programa de
Pós-Graduação em Direitos Humanos,
Políticas Públicas e Cidadania do Núcleo
de Direitos Humanos da Universidade
Federal da Paraíba.

Área de concentração: Direitos Humanos e
Democracia: teoria, história e política.

Orientador: Prof. Dr. Gustavo Barbosa de
Batista Mesquita

João Pessoa

2020

Catalogação na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

M827m Moraes, Anderson Medeiros de.

Modelos político-criminais e presunção de inocência: a defensoria pública da Paraíba no duplo grau de jurisdição João Pessoa 2020 / Anderson Medeiros de Moraes. - João Pessoa, 2020.

179 f.

Orientação: Gustavo Mesquita.

Dissertação (Mestrado) - UFPB/CCHLA.

1. Defensoria Pública. 2. Presunção de Inocência. 3. Democracia. 4. Política Criminal. 5. Prisões Cautelares. I. Mesquita, Gustavo. II. Título.

UFPB/CCJ

CDU 34

FOLHA DE APROVAÇÃO

Nome: Anderson Medeiros de Moraes

Título: Modelos Político-Criminais e Presunção de Inocência: a Defensoria Pública da Paraíba no Duplo Grau de Jurisdição.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação do Núcleo de Direitos Humanos da Universidade Federal da Paraíba, na área de concentração: Direitos Humanos e Democracia: teoria, história e política, para obtenção do título de mestre em Direitos Humanos, Políticas Públicas e Cidadania.

Aprovado em: 28/09/2020

Banca Examinadora

Orientador: Prof. Dr. Gustavo Barbosa de Mesquita Batista

Instituição: PPGDH/UFPB

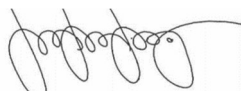
Julgamento: Aprovada com indicação para publicação



Examinador Interno Prof. Dr. Luciano do Nascimento Silva

Instituição: PPGDH/UFPB

Julgamento: Aprovada com indicação para publicação



Examinadora Externa Profa. Dra. Anne Augusta Alencar Leite Reinaldo

Instituição: CCJ/UFPB

Julgamento: Aprovada com indicação para publicação



DEDICATÓRIA

À Monaliza, minha companheira, minha grande incentivadora, minha parceira em tudo que faço e que tanto me apoiou nos momentos mais difíceis dessa caminhada.

A meus filhos, que embora não tenham consciência disso, foram minha principal fonte de energia para alcançar esse resultado.

A meus pais, que durante toda a minha vida, abdicaram de parte das suas para que eu pudesse alcançar esse caminho.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Prof. Dr. Gustavo Batista, por toda sua paciência e empenho em me guiar durante essa trajetória, permitindo todo o aprendizado e conhecimento que adquiri durante esse período.

Aos professores Prof. Dr. Luciano Nascimento e a Profa. Anne Augusta pelas valiosas contribuições durante a fase de qualificação.

Ao Prof. Dr. Nelson Gomes e a Prof. Dra. Marlene França pelo aprendizado durante as aulas e as parcerias que fizemos para a realização de eventos acadêmicos nesses anos.

A todos os professores e colegas do PPGDH/UFPB que possibilitaram trocas de conhecimento e muito aprendizado durante o tempo que estivemos juntos.

RESUMO

O trabalho apresenta uma abordagem interdisciplinar a respeito da atuação da Defensoria Pública da Paraíba no duplo grau de jurisdição junto às instâncias do judiciário paraibano, tratando da matéria de prisões cautelares. A pesquisa pretende encontrar respostas para identificar como a Defensoria Pública exerce suas atividades no âmbito estadual. Trata-se de uma pesquisa documental a ser realizada com ênfase na área de direitos humanos, voltada para discussões científicas oriundas das ciências jurídicas, criminologia, política criminal, sociologia, filosofia e teoria do direito. Diante do elevado número de pessoas cumprindo penas privativas de liberdade, que no estado da Paraíba, assim como na média nacional, representa cerca de 40% da população prisional, dos impactos notórios do super encarceramento e dos recentes debates sobre a possibilidade da prisão após o julgamento em segunda instância, vê-se a necessidade de uma investigação aprofundada sobre a temática proposta. Com isso, pretende-se estabelecer algumas conclusões acerca das atividades desempenhadas pela Defensoria Pública da Paraíba para conferir proteção à garantia constitucional da presunção de inocência de parte da população paraibana considerada hipossuficiente. Para tanto, planejou-se, inicialmente, realizar uma contextualização sobre os aspectos político-criminológicos decorrentes dos modelos liberais, autoritários e totalitários. Na sequência, por meio de uma discussão doutrinária, sob a perspectiva garantista de Ferrajoli e a abordagem juspositivista de Bobbio, serão estudados os principais tópicos acerca da garantia da presunção de inocência e sua conexão com o alto índice de prisões cautelares no processo penal brasileiro. Em seguida, buscar-se-á formular um conceito sobre a Defensoria Pública, enquanto instituição responsável por prestar assistência jurídica integral e gratuita, e, sobre suas funções, enquanto instituição essencial à função jurisdicional do Estado, em especial sobre sua atuação em sede recursal no duplo grau de jurisdição. Por fim, será feita uma análise sobre os números de habeas corpus impetrados pela Defensoria Pública da Paraíba com intuito de revogação das prisões preventivas a fim de que se possa concluir de forma mais precisa sobre a eficiência da atuação da instituição em relação a matéria que foi definida pelo presente estudo. Por meio de uma construção metodológica orientada para a confecção de uma pesquisa

essencialmente documental, pretende-se realizar uma análise descritiva e analítica de modo que se possa descrever o fenômeno que figura como objeto investigado. Dessa forma, pretende-se alcançar conclusões com relação ao desempenho da Defensoria Pública do Estado da Paraíba enquanto responsável pela prestação de assistência jurídica integral e gratuita no âmbito estadual e que tem como função primordial de defesa de direitos fundamentais da população mais carente do estado, em especial, do gozo à presunção de inocência por parte de seus assistidos que estejam no curso de processos judiciais de natureza penal.

Palavras-Chave: Defensoria Pública; Presunção de Inocência; Democracia; Política Criminal; Prisões Cautelares.

ABSTRACT

The work presents an interdisciplinary approach regarding the performance of the Public Defender of Paraíba in the double degree of jurisdiction with the instances of the Paraíba judiciary, dealing with the matter of precautionary arrests. The research aims to find answers to identify how the Public Defender's Office carries out its activities at the state level. It is a documentary research to be carried out with an emphasis on the area of human rights, focused on scientific discussions from the legal sciences, criminology, criminal policy, sociology, philosophy and theory of law. In view of the high number of people serving deprivation of liberty, which in the state of Paraíba, as well as in the national average, represents about 40% of the prison population, the notorious impacts of super incarceration and the recent debates on the possibility of imprisonment after the second instance judgment, there is a need for an in-depth investigation of the proposed theme. With this, it is intended to establish some conclusions about the activities performed by the Public Defender of Paraíba to provide protection to the constitutional guarantee of the presumption of innocence of part of the population of Paraíba considered to be underfunded. To this end, it was initially planned to contextualize the political-criminological aspects resulting from liberal, authoritarian and totalitarian models. Then, through a doctrinal discussion, from the perspective of Ferrajoli and Bobbio's juspositivist approach, the main topics about guaranteeing the presumption of innocence and its connection with the high rate of precautionary prisons in the Brazilian criminal process will be studied. Then, an attempt will be made to formulate a concept on the Public Defender's Office, as an institution responsible for providing full and free legal assistance, and, on its functions, as an institution essential to the jurisdictional function of the State, in particular on its performance in court. in the double degree of jurisdiction. Finally, an analysis will be made of the numbers of habeas corpus filed by the Public Defender of Paraíba in order to revoke preventive prisons in order to be able to conclude more precisely about the efficiency of the institution's performance in relation to the matter that was defined by the present study. Through a methodological construction oriented towards the preparation of an essentially documentary research, it is intended to carry out a descriptive and analytical analysis so that the phenomenon that appears as an

investigated object can be described. Thus, it is intended to reach conclusions regarding the performance of the Public Defender's Office of the State of Paraíba as responsible for providing full and free legal assistance at the state level and whose primary function is to defend fundamental rights of the most needy population in the state, in particular, from the enjoyment to the presumption of innocence on the part of those assisted who are in the course of judicial proceedings of a criminal nature.

Key words: Public Defender Service; Presumption of Innocence; Democracy; Criminal Policy; Precautionary Prison.

Sumário

INTRODUÇÃO	8
1 OS MODELOS DE POLÍTICA CRIMINAL E SEUS REFLEXOS NO PROCESSO PENAL	12
1.1 MODELO DE ESTADO DEMOCRÁTICO-LIBERAL	14
1.2 MODELO DE ESTADO AUTORITÁRIO	29
1.3 MODELO DE ESTADO TOTALITÁRIO.....	39
1.4 PROCESSO PENAL NO BRASIL	45
2 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E PRISÕES CAUTELARES.....	48
2.1 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA SOB UMA ÓTICA GARANTISTA	50
2.2 ELEMENTOS PROCESSUAIS CARACTERIZADORES DO AUTORITARISMO PENAL NO BRASIL	58
2.2.1 A busca da verdade real.....	59
2.2.2 A relativização do contraditório	64
2.2.3 A gestão das provas e a dúvida como elemento de certeza para a condenação	72
2.2.4 Estado de polícia x Estado de direito: os novos ares que não conseguiram soprar após a Constituição de 1988.....	83
2.3 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO.....	93
2.4 PRISÕES CAUTELARES E DEMOCRACIA.....	105
3 A DEFENSORIA PÚBLICA	115
3.1 A DEFENSORIA PÚBLICA NO BRASIL.....	117
3.2 DEFENSORIA PÚBLICA, DIREITOS HUMANOS E DEMOCRACIA.....	123
3.3 A DEFENSORIA PÚBLICA NO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO	131
4 A ASSISTÊNCIA JURÍDICA INTEGRAL E GRATUITA NO ESTADO DA PARAÍBA E AS PRISÕES PREVENTIVAS.....	140
4.1 A DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA PARAÍBA.....	141

4.2 A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA DA PARAÍBA NO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO	150
4.3 DEFENSORIA PÚBLICA E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NA PARAÍBA	157
4.3.1 A violação da presunção de inocência proveniente de decisões judiciais ilegais	159
4.3.2 Os <i>habeas corpus</i> impetrados pela Defensoria Pública da Paraíba.....	163
CONCLUSÃO.....	166
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	170

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa é fruto de um estudo realizado no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos, Políticas Públicas e Cidadania do Núcleo de Direitos Humanos da Universidade Federal da Paraíba. Desenvolveu-se por meio da orientação do Professor Dr. Gustavo Barbosa de Batista Mesquita e está vinculada à uma de suas áreas de concentração, que tem como escopo a relação entre direitos humanos e democracia.

Pretende-se com a pesquisa uma análise sobre a atuação da Defensoria Pública do Estado da Paraíba no que diz respeito ao direito à presunção de inocência de seus assistidos. Por meio do recorte proposto, tenciona avaliar se as atividades desempenhadas pela instituição são eficazes no combate a violação dessa garantia.

A justificativa para o desenvolvimento da pesquisa está na grande quantidade de pessoas presas, de forma provisória, nas unidades prisionais do Estado da Paraíba. Uma vez que é sabido que esses indivíduos são, em sua maior parte, pertencentes às classes sociais menos favorecidas economicamente, presumiu-se que a Defensoria Pública do Estado da Paraíba seria, ou, deveria ser, a principal responsável em garantir a assistência jurídica para eles.

Dessa forma, definida como a responsável por prestar assistência jurídica, e, conseqüentemente, atuar para defender direitos e garantias individuais dessas pessoas, propôs-se um estudo das atividades da Defensoria Pública da Paraíba. Diante da relevância e da relação direta com o cenário apresentado, o objetivo principal da pesquisa foi avaliar se a instituição desempenha sua função de forma eficiente.

Para que o trabalho pudesse ser desenvolvido de forma mais precisa, delimitou-se alguns aspectos sobre o tema. Assim, buscou-se fazer uma análise das atividades desenvolvidas por defensoras e defensores públicos no duplo grau de jurisdição paraibano. De forma mais específica e correlata com o tema, examinou-se como essa atuação se desenvolvia com relação a imposição de prisões cautelares de seus assistidos, de modo a garantir que a presunção de inocência fosse respeitada.

Assim, a fim de satisfazer o propósito geral da pesquisa, outros objetivos específicos foram delineados. Buscou-se uma contextualização entre o modelo político-criminológico adotado pelo Brasil e o sistema processual penal brasileiro.

Dessa forma, foi possível revelar algumas circunstâncias nas quais a garantia de presunção de inocência está inserida no ordenamento jurídico local.

Na sequência, descreveu-se como a Defensoria Pública foi estabelecida no modelo político democrático liberal pela Constituição de 1988. E, por fim, analisou-se como a Defensoria Pública da Paraíba exerce suas atividades de modo a tornar compatível a sua atuação com o modelo de assistência jurídica integral e gratuita nos moldes previstos constitucionalmente.

Diante dessas pretensões, a pesquisa desenvolveu-se por meio de quatro etapas diferentes, que foram organizadas em capítulos para uma melhor compreensão. Por meio de uma análise documental descritiva e analítica, buscou-se estabelecer a forma como a instituição defensorial está inserida no contexto político-criminológico brasileiro e como sua atuação repercute nesse cenário.

No primeiro capítulo, realizou-se uma importante discussão a respeito dos modelos de política criminal e de que forma eles podem influenciar nos sistemas criminais, em especial no processo penal. Sob a perspectiva trazida pela classificação proposta por Mireille Delmas-Marty, buscou-se determinar se o modelo político-criminológico adotado pelo estado brasileiro é liberal, autoritário ou totalitário.

Inicialmente, foi feita uma descrição mais detalhada sobre o sistema de política criminal vigente nos estados democráticos liberais, o qual seria o modelo mais compatível com a Constituição Federal de 1988. Foi esboçado, ainda, uma breve evolução histórica do conceito político-criminológico no âmbito dos sistemas penais dos estados modernos.

Quanto aos demais tópicos, foram trabalhadas as diferenças conceituais entre o modelo autoritário e o totalitário, e as suas discrepâncias em relação ao sistema adotado no estado liberal. Foram feitas algumas comparações entre eles, utilizando-se o sistema penal nacional-socialista como referência exemplificativa para ilustrar melhor os modelos não liberais. Assim, tornou-se possível uma identificação do processo penal brasileiro com um desses modelos, apontando semelhanças e diferenças entre eles.

Diante dessa identificação, no segundo capítulo, tencionou-se uma análise sobre o modelo processual brasileiro. Essa avaliação se deu com ênfase no princípio da presunção de inocência, o qual, para o entendimento abarcado no presente estudo,

constitui a essência de um processo penal garantista e democrático. Dessa forma, foram avaliados aspectos processuais autoritários e inquisitoriais do ordenamento jurídico brasileiro.

Para tanto, buscou-se conceituar a presunção de inocência sob a perspectiva do garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli. Depois, diante do que já foi constatado no primeiro capítulo, fez-se uma análise sobre alguns elementos processuais que definem a processualística criminal brasileira como autoritária.

Dessa forma, foi possível caracterizar o tratamento dispensado pelo ordenamento jurídico brasileiro a presunção de inocência. E, diante dessa definição, seguiu-se para uma análise sobre a temática das prisões cautelares, a forma como elas têm sido aplicadas no Brasil e a sua compatibilidade com o modelo liberal e democrático.

No terceiro capítulo, foi feita uma contextualização da Defensoria Pública enquanto elemento essencial do sistema de justiça brasileiro, conforme a definição constitucional. Buscou-se também um enquadramento da instituição no contexto democrático brasileiro por meio de uma análise de sua importância para garantir a proteção e a promoção de direitos humanos e fundamentais.

O estudo trouxe uma breve perspectiva histórica sobre a evolução da assistência jurídica no Brasil, que culmina na criação do formato de Defensoria Pública existente hoje. Descreveu a importância dada a instituição pela Constituição de 1988 e apontou a relevância da prestação de seus serviços de forma integral, especificamente no que diz respeito a sua atuação nas instâncias jurisdicionais de controle das decisões judiciais, ou seja, no duplo grau de jurisdição.

Nos três primeiros capítulos, por meio de revisão bibliográfica, procurou-se estabelecer conceitos gerais e análises mais específicas sobre o cenário que se quis retratar. Posteriormente, no tópico final, por meio da avaliação de dados obtidos junto ao Tribunal de Justiça paraibano, foi feita uma breve descrição da atuação da Defensoria Pública da Paraíba em meio a análise das informações coletadas.

No último capítulo, então, faz-se uma avaliação da atuação da Defensoria Pública da Paraíba com base nas delimitações já apresentadas anteriormente. A princípio, do mesmo modo do capítulo anterior, realizou-se uma análise histórica sobre o surgimento e a evolução da instituição paraibana.

Esse exame revelou sua importância ao possibilitar uma melhor compreensão do cenário vivenciado, hoje, pela instituição paraibana, bem como uma análise mais acurada dos dados coletados na pesquisa. Dados esses que revelaram uma grave lacuna na prestação da assistência jurídica ofertada pelo Estado, através da Defensoria Pública, para aqueles que mais necessitam.

Enquanto o número de presos provisórios, entre os anos de 2016 e 2019, manteve-se superior a quatro mil, a quantidade de *habeas corpus* impetrados pela Defensoria Pública da Paraíba no Tribunal de Justiça paraibano, durante todo esse período, foi de apenas 196 ações. Dessas, apenas 136 tratavam da revogação de prisões cautelares.

Diante desses dados, foram estabelecidas algumas respostas para o problema apresentado pela pesquisa. O estudo consistiu em identificar se a instituição defensorial paraibana desempenha suas atividades de forma eficiente no que diz respeito a proteção da presunção de inocência de seus assistidos que estão presos provisoriamente.

1 OS MODELOS DE POLÍTICA CRIMINAL E SEUS REFLEXOS NO PROCESSO PENAL

Antes de conceituar propriamente o que seria uma política criminal, é preciso destacar o enfoque que será dado ao tema no presente trabalho. Tratar-se-á aqui de uma forma de atuação estatal, no campo político, assim como existem diversas maneiras de um governo desempenhar suas atividades em outras áreas, promovendo assim políticas educativas, econômicas, para o meio ambiente, etc.

Entende-se então como política criminal as medidas que são adotadas no intuito de prevenir e combater a prática de delitos dentro de uma determinada sociedade. Sob a perspectiva estatal, é uma forma de agir, de forma organizada e com uma finalidade específica, ainda que não seja totalmente explícita, buscando sempre uma resposta ao cometimento de desvios e infrações. No fim, é a maneira pela qual o poder se organiza para exercer o controle social dentro da sociedade, ou seja, como a estrutura política e econômica lida com a gestão e controle das ações desviantes.

Como não poderia ser diferente, a política criminal irá variar diante de um Estado para o outro, ou mesmo entre governos sucessivos em um mesmo Estado, explicitando sempre a ideologia política de quem a promove. Essa variação fica bem evidente no que diz respeito à observância, diante da atuação estatal, dos limites impostos por direitos humanos e fundamentais. Isso faz com que seja possível estabelecer diferenças básicas entre modelos político-criminais oriundos de regimes democrático-liberais, autoritários e totalitários.

Importa ressaltar a distinção adotada no presente trabalho entre o regime político autoritário e o totalitário, diante das diferenças que se revelam por meio da maneira como o poder se demonstra estruturado nessas sociedades. Para Hannah Arendt (1979), os modelos apresentam uma diferença fundamental no que diz respeito a organização hierárquica apresentada pelos sistemas autoritários e que inexistente no totalitarismo.

Ainda segundo a autora, outra importante diferença essencial que diferencia essencialmente os dois regimes diz respeito a forma como cada uma lida com a liberdade. Para ela, o modelo autoritário busca uma contenção da liberdade, por meio

de restrições e limitações, mas nunca extirpá-la por completo, enquanto que o totalitarismo “visa à abolição da liberdade e até mesmo à eliminação de toda espontaneidade humana e não a simples restrição, por mais tirânica que seja, da liberdade.” (ARENDT, 1979).

Sob outra perspectiva, Mireille Delmas-Marty (2004) apresenta um enfoque diferente ao propor uma comparação entre os três modelos estatais de política criminal. Apesar de o Estado configurar um ponto em comum entre esses sistemas sob a representação do poder e de grande legitimador da estrutura penal, essa mesma posição faz com que ele acabe representando também os pontos de divergência entre eles. A forma de atuar em busca dessa legitimação e de impor o seu poder irá diferenciar cada um deles.

Dessa forma, apresenta-se o modelo liberal-democrático, em que a lei figura como elemento essencial na estrutura criminal, determinando como e quais infrações podem ser punidas pelo Estado, mas que não permite a repressão dos desvios. Já em um Estado autoritário, a legislação apresenta a mesma força, e é possível que a punição alcance também o desviante, buscando sempre a manutenção de determinada tradição. Por fim, o modelo totalitário representaria o desprestígio por completo dos limites legais, atribuindo a ideia de legitimidade à pessoa do estadista que exerce seu poder com base na confiança que é depositada em si mesmo por seus governados.

Essas características, juntamente com os aspectos decorrentes do modelo político liberal-democrático, irão influenciar os diversos tipos de política criminal adotados por cada Estado. E, conseqüentemente, irão impactar também a forma como o sistema penal de cada país irá se desenvolver, repercutindo, inclusive, no processo de criação de leis formais e materiais. A seguir, serão estudados os três modelos supracitados com o intuito de evidenciar, especialmente, a relação que existe entre as leis penais e as políticas criminais adotadas por uma sociedade em determinado momento histórico.

1.1 MODELO DE ESTADO DEMOCRÁTICO-LIBERAL

Com o surgimento dos estados democráticos modernos a partir do Séc. XVII e de sua expansão pelos países ocidentais, a ideia de liberdade passou a configurar um elemento essencial no seio das sociedades que começavam a se formar a partir de então. A limitação ao poder estatal era um dos principais objetivos almejados com a instituição dos novos regimes políticos que visavam, com isso, manter resguardados os cidadãos dos abusos e desmandos que até então eram praticados por aqueles que se encontravam no poder.

Essa nova concepção sobre a condição do homem perante o Estado se consolida pela ideia de legalidade que constitui a base dos regimes liberais, juntamente com outros conceitos como a igualdade, divisão de poderes e os direitos humanos. Para tanto, foi preciso que houvesse uma evolução na forma de como o delito seria encarado nessas sociedades. Para Sanz Mulas (2019, p. 17):

Nos Estados democráticos, porém, o enfoque é completamente diferente, pois se parte da “normalidade” do crime; ou seja, do convencimento de que o crime vai estar sempre presente, como preço a ser pago por manter umas mínimas condições de liberdade e respeito aos Direitos Humanos. Porque até em condições sociais ideais, sempre haverá pessoas e grupos que abusem dessa liberdade, ou que queiram obter ilegalmente determinados benefícios; um custo estrutural inerente a própria condição humana.

Assim, o homem abandona sua posição de passividade e adota um novo patamar, alçado à condição de sujeito de garantias, na qual se compromete com alguns deveres, mas também se apropria de direitos que devem ser respeitados não só pelos outros indivíduos, mas também pelo Estado. O delito, da mesma forma, ganha novos contornos e passa a proteger bens e direitos individuais dos cidadãos, além de representar também uma garantia frente ao poder punitivo do Estado, consagrando assim o princípio da legalidade.

Pode-se inferir então que, diante dessa nova conjuntura, o Estado não tomara medidas que tenham como finalidade a erradicação por completo da criminalidade, visto que isso seria inalcançável. Mas, buscará atenuar os efeitos das práticas delituosas, administrando da melhor maneira possível os efeitos ocasionados pelas práticas delitivas, com a finalidade principal de manter a harmonia no convívio social. Ou seja, “a política criminal no Estado democrático não vai orientada a apagar todo o

rastrado do delito, e sim a um fim bem mais realista e materializado: manter as taxas de criminalidade em níveis toleráveis” (SANZ MULAS, 2019, p. 17).

Ainda assim, ao comparar modelos de política criminal adotados por Estados democráticos é possível identificar diferenças consideráveis entre uns e outros. Em decorrência da variação ideológica que permeia cada governo, alguns podem apresentar tendências mais repressivas, os aproximando, inclusive dos regimes autoritários, enquanto outros podem pautar suas diretrizes por meio de agendas mais sociais. Dessa forma, uns poderão ser mais liberais, enquanto outros irão adotar medidas mais restritivas quanto à liberdade dos indivíduos.

Além da limitação do poder punitivo estatal, a ideologia liberal se evidencia ainda por meio da não repressividade dos desvios por parte do Estado. No entanto, o sistema de garantias pautado na preservação de direitos humanos e fundamentais não é capaz de assegurar essa mesma resposta por parte da sociedade civil. Isso porque, “a parte mais aparente da política criminal do modelo liberal se exprime a partir da resposta à infração” (DELMAS-MARTY, 2004, p. 101).

Assim, embora protegido por uma série de direitos que visam assegurar não só a sua liberdade, mas também a sua dignidade, sua vulnerabilidade não é afastada apenas por previsões legais. Ou seja, o poder punitivo estatal, revelado por meio do sistema penal, encontra-se limitado pela lei, no entanto, o Estado é capaz de se apropriar de inúmeros mecanismos capazes de transformar ações ilegais em atuações legitimadas e referendadas, pelo judiciário e pela própria sociedade.

É preciso destacar ainda, que essas ações repressivas, que extrapolam os limites da legalidade por meio da violação de direitos, ocorrem não só por meio do poder público. A sociedade civil também se articula e promove sanções ao desviante sob diversos formatos diferentes.

A punição pode decorrer de outras esferas estatais, como as vias administrativas e civis, nas quais é possível que a penalidade se caracterize como uma verdadeira sanção penal, sem que, no entanto, tenham sido observadas as devidas garantias no processo condenatório. O modelo em questão apresenta uma série de outras redes de sanções (DELMAS-MARTY, 2019), e não somente a estrutura penal, que legitima o Estado como o único ente social capaz de punir alguém por meio da aplicação de uma pena.

Zaffaroni resume bem essa ideia ao tratar da legitimidade dos sistemas penais, ainda que sua posição seja notadamente mais crítica. Para ele, “o sistema penal é uma complexa manifestação do poder social” (ZAFFARONI, 2018, p. 16). Sob a argumentação que falta racionalidade ao discurso jurídico-penal, o qual daria sustentação à toda organização punitiva do Estado, o autor argentino acredita ser impossível garantir tal legitimação.

Isso porque, ainda que um dos marcos principais do modelo liberal-democrático de política criminal seja a vinculação legal a um conjunto de normas previamente estabelecidas por meio de um processo formal e lícito, a legitimidade do sistema não pode ficar restrita apenas a essa condição. Por outro lado, nem mesmo a legalidade é completamente respeitada dentro de uma conjuntura em que as demais redes de sanções não estão sujeitas a todas as restrições impostas pela legislação penal, a exemplo do que acontece por meio de um fenômeno conhecido como “administrativização penal” (ZAFFARONI, 2018).

Nesses casos, não há o que se falar em ilegalidade, uma vez que a própria atuação estatal se encontrará amparada por alguma normatização, incorrendo assim em um contexto onde a própria lei é capaz de burlar o princípio da legalidade penal, atravessando assim o sistema de garantias individuais. Segundo Zaffaroni (2018, p.22):

A perversão do discurso jurídico penal faz com que se recuse, com horror, qualquer vinculação dos menores (especialmente os abandonados), dos doentes mentais, dos anciões e, inclusive, da própria prostituição com o discurso jurídico-penal, embora submetam-se todos esses grupos a institucionalizações, aprisionamentos e marcas estigmatizantes autorizadas ou prescritas pela própria lei que são, num todo, semelhantes – e, frequentemente, piores do que as abrangidas pelo discurso jurídico-penal. O discurso jurídico-penal exclui de seus requisitos de legalidade o exercício de poder de sequestro e estigmatização que, sob pretexto de identificação, controle migratório, contravenções, etc., fica a cargo de órgãos executivos, sem intervenção efetiva dos órgãos judiciais. A lei permite, deste modo, enormes esferas de exercício arbitrário do poder de sequestro e estigmatização, de inspeção, de controle, buscas irregulares, etc., que exercem cotidianamente e amplamente, à margem de qualquer “legalidade” punitiva contemplada no discurso jurídico-penal. O saber penal só se ocupa da legalidade das matérias que o órgão legislativo quer deixar dentro de seu âmbito e, enfim, de reduzidíssima parte da realidade que, por estar dentro desse âmbito já delimitado, os órgãos executores decidem submeter-lhe.

Essa realidade permite posicionar de forma mais clara o direito penal como um dos elementos de uma política criminal. No caso, para o modelo liberal-democrático

em questão, apesar de representar uma importante barreira ao poder estatal, resta claro que existe uma limitação na dogmática penal que permite ao Estado dispor de medidas e ações capazes de contornar o sistema de garantias estabelecido previamente. Ou seja, as normas penais não são capazes de se converter por completo em uma barreira intransponível para a execução de uma política criminal.

No entanto, para entender melhor a relação que se construiu entre o Direito Penal e o conceito de política Criminal, é preciso entender como a dogmática evoluiu a partir da queda dos antigos regimes. Foi com Von Liszt, no final do Séc. XIX, que se deu início aos estudos sobre o que viria a ser considerada a ideia de Política Criminal. Para ele, “La completa vinculación del poder estatal a la idea de fin es el ideal de la justicia punitiva” (VON LISZT, 1994, p. 106).

Dessa forma, acreditava-se que a pena deveria atender a determinadas finalidades, as quais, segundo o jurista alemão, seria a proteção dos bens jurídicos e a prevenção, sendo necessária apenas para impedir o cometimento de novos delitos. Com isso, seria possível dizer que o poder punitivo do Estado deveria também se restringir a essa finalidade.

O conceito elaborado por Liszt, já no final do Séc. XIX, permitia estabelecer um importante atributo que diferencia o modelo liberal-democrático dos demais. A legislação, em especial o Direito Penal, por ter o condão de estabelecer os limites ao *jus puniendi*, deveria manter certo distanciamento da política criminal e seu conjunto de medidas que visavam combater a criminalidade. Nos demais modelos, a lei muitas vezes serve como instrumento próprio da política promovida pelo Estado, seja para reduzir as garantias individuais dos cidadãos, seja para alargar ainda mais o campo de atuação estatal.

A pena a ser aplicada, ainda que em conformidade com os ditames legais, somente será considerada justa se houver a necessidade de sua aplicação a fim de proteger, de forma efetiva, um determinado bem jurídico. A relação entre a pena e a sua finalidade precisa estar claramente delineada no momento de sua imposição, uma vez que ela, por si própria, também representa um dano a um bem jurídico (VON LISZT, 1994).

O poder punitivo, ao exceder os seus limites, quando penaliza um indivíduo de forma desnecessária ou desarrazoada, distorce a ideia de fim que a pena carrega em

si mesma. Por sua vez, a proteção do indivíduo perante o Estado, à sua liberdade, características de um modelo penal democrático, são comprometidas e a crueldade das penas volta a figurar como um atributo de determinado sistema criminal.

Liszt foi quem primeiro defendeu a necessidade de se incrementar os conceitos políticos criminais na dogmática penal. Para ele, o poder punitivo não era capaz de abarcar a realidade por meio de uma ação instintiva do Estado ao atribuir a pena como uma mera forma de retribuição. Era preciso que houvesse uma finalidade, que a punição revelasse racionalidade, que essa ação fosse dotada de voluntariedade (VON LISZT, 1994).

Embora a dogmática penal ainda seja o elemento central no conceito do estudo sobre o delito proposto por Liszt, ele deixa claro que não será obtido sucesso no combate à criminalidade se não houver interação entre a ciência jurídica e as demais. Para o autor, o delito e a pena necessitam de grande atenção ao serem estudados, uma vez que o primeiro representa um fenômeno social e a segunda guarda em si uma determinada função perante a sociedade (VON LISZT, 1994).

O Direito Penal, enquanto ciência, não pode estar distante dos conceitos empregados por outras áreas do conhecimento como a antropologia e psicologia. Para compreender o delito penal enquanto fenômeno social e atribuir à pena uma função justa e que corresponda a sua devida necessidade de existir, é preciso que todos esses saberes estejam reunidos a fim de que se possa realizar um combate eficaz da criminalidade (VON LISZT, 1994).

Por outro lado, estabelecer essa diferença entre direito e política criminal ajuda a entender melhor a evolução dogmática penal a partir das revoluções liberais dos séculos XVII e XVIII e de que forma ela se integrou ao seio sociedade. Assim, com o transcorrer evolutivo social e o aumento das complexidades nas relações humanas, houve também a necessidade de novas transformações metodológicas na interação entre as duas áreas.

Diante das atrocidades ocorridas no período das duas grandes guerras mundiais, sobretudo sob a responsabilidade de regimes totalitários, demonstrou-se que a simples vinculação legal não seria suficiente para garantir a liberdade dos indivíduos perante o Estado. Manter esse modelo jurídico de neutralidade e completa subordinação legal ocasionava um considerável risco de a dogmática penal, por sua

vez, estar desconexa da realidade social na qual pretende intervir. Ou seja, o remédio para uma disfunção poderia ser resultado de um prognóstico completamente equivocado.

A teoria final da ação, proposta por Hans Welzel, amplia esses horizontes. A nova concepção sustentada pelo alemão desloca a compreensão sobre a ação humana de uma perspectiva meramente causal para uma estruturação mais complexa, abarcando a vontade e a intenção do autor ao estabelecer os objetivos da prática de determinada conduta, o que caracterizaria a sua finalidade.

La acción humana es ejercicio de actividad final. La acción es, por tanto, un acontecer "final" y no solamente "causal". La "finalidad", o el carácter final de la acción, se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su conducta, asignarse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a un plan, a la consecución de estos fines. Gracias a su saber causal previo puede dirigir sus diversos actos de modo que oriente el suceder causal externo a un fin y lo domine finalmente (WELZEL, 2004, p. 41).

A concepção finalista permite, portanto, uma nova perspectiva para que se possa compreender o delito. A conduta criminosa, que outrora dava ensejo à punição com base nos resultados de sua prática passa a ser analisada através dos objetivos a que era cometida. Além disso, conforme o próprio Welzel afirma, não é possível compreender o crime, enquanto ação, por meio de uma perspectiva social, senão por meio da doutrina finalista (WELZEL, 2004).

O crime enquanto fenômeno inerente às sociedades modernas, somente pode ser assim assimilado por meio do estudo e reconhecimento de seus resultados juntamente com a análise da vontade de quem o comete. Como afirma o próprio autor, "El sentido social de una acción se determina no sólo según el resultado, sino también según la dirección de la voluntad que el autor ha impreso en la acción. Ninguna doctrina de la acción puede ignorar este hecho" (WELZEL, 2004, p. 63).

Com isso, o finalismo representa um importante salto metodológico para a evolução da política criminal enquanto ciência apartada do direito. Diante das atrocidades ocorridas durante a segunda grande guerra, as quais recebiam o amparo das normas penais locais, a necessidade de limitar o legislador mostrou-se imperiosa.

A partir da nova concepção sobre o crime, proposta por Welzel, foi possível então trazer outros componentes valorativos para integrar o conceito do delito. De

forma racional, com base nesses elementos, permitiu-se que a política criminal pudesse influenciar de forma mais profunda os sistemas penais, o que permitiu uma crítica com maior precisão a respeito da dogmática jurídico-penal.

Passa-se então a conceber o direito penal por meio de elementos oriundos também da política criminal. O que antes representava uma busca pelo afastamento entre ambas, passou a integrar um conceito mais amplo para o que se entendia sobre direito penal e política criminal.

O positivismo jurídico representava esse afastamento entre a norma penal e o contexto político e social. As teorias anteriores, de alguma forma, vislumbravam esse distanciamento, o que mantinha uma distância entre Direito Penal e a Política Criminal. Roxin (2002) aponta que essa visão se mostra equivocada e a ideia em que se defende o Direito Penal apenas como um elemento de ordenação social, e não de sua configuração, vai de encontro a própria teoria de Liszt, sobre os tipos de autores.

Essa evolução, no entanto, não foi suficiente para impedir as atrocidades ocorridas durante o regime nazista alemão. Welzel é apontado como simpatizante de tal regime autoritário e tem em suas ideias, especialmente por meio da elaboração da teoria da ação final, uma das principais fontes do direito penal nacional-socialista da Alemanha nazista (AMBOS, 2020). Nesse sentido:

A participação de Hans Welzel na época foi exclusivamente como professor, de modo que não chegou a desempenhar nenhum outro cargo público, nem participou na elaboração do projeto de Código Penal ou de alguma outra lei, o que o diferencia de Edmund Mezger, Georg Dahm, Friedrich Schaffstein e Roland Freisler. Tampouco visitou em nenhum momento um campo de concentração, ao contrário de Edmund Mezger, segundo o indicado por Francisco Muñoz Conde¹³⁸⁹. Não teve participação tampouco como juiz, ao contrário de outros penalistas da época como Roland Freisler, Erich Schwinge, Georg Dahm e Eberhard Schmidt. Deve ser reconhecido, ademais, que Hans Welzel não fez parte dos penalistas fanáticos nacional-socialistas, como Hans Frank, Georg Dahm, Friedrich Schaffstein, Erik Wolf, Edmund Mezger, Karl Siebert, Roland Freisler, etc., de modo que não manteve um perfil de ativista nas discussões políticas, ao que se fez menção nos relatórios que se ofereceu a respeito de sua atividade docente durante o regime nazista. Porém, isso não significa que fosse um opositor ao regime, nem que mantivesse posições estritamente tecnocráticas no desenvolvimento de suas

teorias, senão que as mesmas eram conformes à concepção nacional-socialista (LLOBET RODRÍGUEZ, 2019, p. 313).

A percepção de crime durante o período do governo nacional-socialista alemão compreendia uma criminologia pautada na figura do criminoso, o que permitiu a definição de inimigos a serem combatidos pelo sistema penal. Assim, por meio de ideias racistas, o regime nazista se utilizava da própria lei para eliminar aqueles que eram considerados indesejáveis.

Dentre os juristas que participaram de forma mais ativa do regime nacional-socialista alemão, destaca-se Edmund Mezger. Em um livro publicado em 1933 (*Kriminalpolitik*), o autor editou uma reorientação de seus escritos de modo a compatibilizá-los com os ideais racistas do regime político que vigorava na Alemanha (HASSEMER; MUÑOZ CONDE, 2012).

Nesse mesmo sentido, juntamente com Franz Exner, publicou mais tarde, a pedido do governo alemão, um projeto de lei que determinava o tratamento sobre os “estranhos à comunidade”. Além de estabelecer diferentes tipo de classificação quanto aos delinquentes, estipulava também outras classes como tais, a exemplo de mendigos e vadios. Como tratamento, em determinados casos, previa o internamento desses em campos de concentração (HASSEMER; MUÑOZ CONDE, 2012).

Buscava-se assim, através da atividade intelectual desses juristas, atribuir legitimidade aos horrores cometidos pelo regime nacional-socialista e garantir assim a sua cientificidade jurídica. Buscava, por fim, legitimar o extermínio daqueles que eram considerados inferiores, vistos como inimigo, a exemplo dos judeus, por meio de palavras e técnicas empregadas nesses documentos que as configuravam como delinquentes (HASSEMER; MUÑOZ CONDE, 2012).

A teoria finalista de Welzel também esteve fortemente associada a Escola de Kiel, de onde partiram as bases para o Direito Penal e a Criminologia nacional-socialista. Ainda que o autor alemão tenha tentado desassociar sua imagem do regime nazista alemão, sua obra, mesmo depois do estabelecimento da República Federal Alemã, manteve posicionamentos que deram sustento as ideias totalitárias daquele período, como aponta Llobet Rodríguez (2019, p. 327-328):

A respeito da ênfase que seguiu Hans Welzel outorgando ao desvalor ético social da conduta, de modo que somente de maneira mediata se considera a proteção de bens jurídicos, não pode deixar-se de mencionar, em especial no que refere ao fato de que, no garantismo, a proteção dos bens jurídicos fundamentais é um aspecto de importância de contenção do poder do legislador e, com isso, do poder punitivo do Estado. Isto tem relevância na punição da tentativa inidônea, que é um aspecto fundamental da relação entre o desvalor do ato e o do resultado, tendo sido dado a isso uma grande importância durante o nacional-socialismo, para justificar sua punição, o que era conforme às propostas de Hans Welzel durante a época. Depois do regime nazista, ele seguiu mantendo sua posição em relação à tentativa inidônea, o que é coerente com a ênfase que continuou outorgando à ética social. Esta punição da tentativa inidônea não seria possível desde a perspectiva da proteção dos bens jurídicos fundamentais, defendida pelo garantismo penal

Das críticas ao finalismo, chega-se ao pensamento de Claus Roxin. No que diz respeito a interação entre política criminal e dogmática penal, a teoria funcionalista é ainda mais transformadora para os sistemas criminais.

O jurista alemão defende uma integração mais profunda entre as ciências jurídicas, a criminologia e a política criminal. Segundo Roxin, os ensinamentos político-criminológicos deveriam estar presentes não só na fase legislativa de criação da norma, mas também no momento de interpretação e aplicação das normas penais.

Descontentes com a ideia de estudar o crime em si mesmo, seja por meio de uma perspectiva causal, seja em decorrência da vontade humana na prática de uma conduta, os funcionalistas acreditam que os efeitos do delito na sociedade são muito mais amplos. Por essa razão, deve-se estudar a o injusto penal conjuntamente com outros fatores que impactam a vida em sociedade.

Esse novo contexto permite a política criminal alcançar um lugar de maior destaque e dotar-se de mais importância no sistema penal. Baseada na ideia de prevenção, seja ela especial ou geral, o que se passa a buscar a partir de então são mecanismos que permitam a dogmática penal à realidade social vivenciada em determinado momento.

A política criminal representa justamente esse vetor, esse instrumento de concreção dos elementos jurídicos que compõem o sistema penal aos problemas que pretende resolver. “La política criminal está en un peculiar punto medio entre la ciencia y la estructura social, entre la teoría y la práctica” (ROXIN, 1992, p. 9). Ela se torna uma espécie de elemento limitador da dogmática, ao mesmo tempo em que indica as direções a serem trilhadas pelo sistema penal.

O direito penal e a política criminal não podem ser vistos como saberes completamente distintos. Para Roxin (2002), as normas penais configuram uma efetivação dos elementos político-criminais, que, por meio delas, ganham validade jurídica, projetando assim a sua efetividade. Dessa forma, as objeções postuladas pela teoria positivista se desvaem, uma vez que a norma jurídica pode figurar como finalidade da política criminal em meio a uma teoria do delito que absorva esses elementos.

Essa perspectiva compactua ainda mais com o ideal de um sistema de política criminal liberal uma vez que substitui a finalidade retributiva do sistema penal por um propósito preventivo. Dessa forma, à dogmática penal é permitido que se mantenha coerente não só internamente, diante de seus objetivos próprios que a caracterizam como um subsistema social, mas também com anseios sociais.

Essa conjuntura marca o cerne do pensamento funcionalista na estruturação social por meio de um grande sistema integrado por subsistemas menores, do qual o direito penal faz parte. Da mesma forma, permite concluir que o funcionalismo penal não abandona por completo a ideia de sistematização positivista, abarcando o modelo jurídico que representava o crime, mas inserindo elementos valorativos em todos os seus aspectos.

Assim, a norma penal passou a ser vista como um elemento valorativo, do qual decorre consequências concretas, tanto para a realidade do corpo social, como para as próprias medidas estatais a serem adotadas a fim de que se possa fazer frente ao cometimento de delitos. Com isso, a dogmática ganha uma nova perspectiva, passando a ser vista também como um instrumento funcional de controle social.

Tal valoração, como já dito anteriormente, decorre justamente dessa integração entre Política Criminal e dogmática penal. Para Roxin (2006), os elementos político-criminais devem servir de ponto de partida para toda discussão penal,

independentemente de sua natureza, uma vez que qualquer análise a ser feita em torno do crime necessitaria levar em conta as proposições político-criminológicas adotadas em sua tipificação.

Dessa forma, algumas condutas que ofereçam um risco real a determinados bens jurídicos serão criminalizadas por meio de uma interpretação alinhada ao caso concreto. Por outro lado, serão desconsideradas aquelas outras que não se mostrem relevantes para consolidar o perigo à essa proteção social.

Essa opção reflete uma das características do modelo liberal-democrático apontadas por Delmas-Marty, conforme já mencionado anteriormente, demonstrando assim a distinção entre infração e desvio. Enquanto a primeira deve ser punida pelo Estado, o segundo reflete apenas meras ilegalidades ou comportamentos reprovados moralmente, não cabendo aqui uma intervenção estatal por meio do direito penal.

Isso faz com que o finalismo deixe de representar o elemento central para a compreensão sobre o delito. Ou seja, a vontade, a intenção do autor na prática de determinada conduta se mantêm como elementos importantes para estabelecer essa compreensão, no entanto outros aspectos mais normativos passariam a integrar esse processo.

Esse é o mesmo pensamento adotado por Santiago Mir Puig ao reportar a importância da união entre a dogmática penal e a política criminal. No entanto, ele faz uma consideração importante a respeito de como os elementos criminológicos devem ser utilizados na elaboração de uma compreensão realista sobre o crime.

Diante do distanciamento entre a dogmática penal e o contexto social vivenciado, faz-se ainda mais necessário uma compreensão do delito por meio da política criminal. Mir Puig (2003) afirma que somente dessa maneira será possível alcançar uma dogmática realista. A inserção de elementos valorativos da norma, bem como a aproximação da dogmática penal com a realidade representariam essa conexão entre direito penal e política criminal.

No entanto, essa interação, por si só, não configuraria uma teoria do delito bem delineada. Seria preciso que, tanto os elementos valorativos, como também a aproximação da dogmática com a realidade, estivessem sustentados por uma base científica que se comprovasse empiricamente. Somente dessa forma um delito

poderia ser compreendido, corretamente, como um fenômeno social (MIR PUIG, 2003).

No entanto, essa associação entre os axiomas valorativos e a realidade captada por meio de um empirismo criminológico na busca para encontrar a melhor resolução para problemas fáticos apresenta um limite. A sistematização do direito penal por meio de fundamentos políticos criminológicos inseridos na dogmática agrega um conjunto de garantias e finalidades que não podem ser deturpadas na busca dessas soluções.

Logo, qualquer saída encontrada para resolução de um conflito que não observe essas limitações deve ser descartada, bem como qualquer ensejo valorativo que não se mostre condizente com o propósito de um estado democrático de direito (ROXIN, 2001). Nesse caso, por meio dessa sistematização, busca-se, além de uma medida satisfatória para um caso concreto, a preservação de outros valores, como aqueles decorrentes de direitos humanos e fundamentais.

Por meio do conteúdo valorativo proveniente dos conhecimentos político-criminais, o risco de o direito penal se mostrar dissonante da realidade social seria diminuído. Com isso, a ideia de proteção dos bens jurídicos como finalidade da norma penal se mostra mais evidente por meio da relação mais precisa entre lei e conduta humana.

Concretamente, ROXIN considera que a interpretação e a sistematização dos preceitos penais deveriam estar vinculadas aos fundamentos político-criminais da teoria dos fins da pena. Desta forma, Dogmática penal e Política criminal se encontram intimamente relacionadas, pois a Política Criminal orientaria toda a elaboração e construção teórica do Direito penal, funcionando assim como limite interno da Dogmática. Uma Dogmática, por sua vez, aberta aos problemas que deve resolver, e para tanto tem necessariamente que receber as valorações político-criminais. Se impõe, portanto, o preventivo do Direito penal: prevenir condutas que lesionam bens jurídicos (SANZ MULAS, 2019, p.55).

A partir de então, essa concepção mais funcionalista do direito penal, na qual se reconhece a instrumentalização do mesmo como uma das formas de se exercer o controle social, passa a exercer uma maior influência na configuração dos sistemas políticos criminais mais modernos. Embora o finalismo ainda exerça uma influência muito forte nas codificações penais ocidentais, como no direito penal brasileiro, a

preocupação com a adequação da norma a realidade social é um dos principais pontos debatidos ao se tratar da efetividade do direito penal.

Evidencia-se, então, que em um modelo de Estado liberal, a política criminal se apresenta sobre dois aspectos que a distingue de outras formas autoritárias. Primeiramente há uma clara distinção entre a infração e o desvio, coadunando com a ideia funcionalista que nem toda conduta típica e antijurídica, necessariamente, deverá ser culpável. Em seguida, estima-se a proteção de direitos individuais civis e políticos de seus cidadãos, especialmente ao respeito a direitos humanos e garantias fundamentais.

Mireille (2004), a respeito da atuação dos diversos agentes no âmbito do sistema penal, no que diz respeito a promoção e preservação da liberdade, chama atenção para o papel do judiciário e sua relação com a lei. Por meio de um fortalecimento da figura do juiz, a lei muitas vezes passou a ser relegada em prol de punições mais justas e coerentes, e outras vezes a própria legislação confere liberdade de atuação ao juiz, fixando apenas meros limites.

Essa prática resulta em um enfraquecimento da lei, e consequentemente ao princípio da legalidade, e pode provocar disparidades na aplicação das sanções pelo juiz. Ainda segundo a autora, um exemplo claro dessa diferença diz respeito ao modo como esse processo fluiu nos países de common law e naqueles de tradição romano-germânica.

Na Inglaterra, país onde o ordenamento jurídico não exige que juízes motivem suas decisões em todos os casos, a prática resultou em apenas casos excepcionais em que essa motivação não ocorria, permitindo assim um controle de punições arbitrárias e desnecessárias. Já em países como França e Alemanha, que comungam de uma tradição legalista, diante do novo patamar alcançado pelos juízes, reforçaram suas legislações no sentido de impor a obrigação das decisões motivadas.

No entanto, a despeito desse movimento que tem origem no último quarto do século passado (DELMAS-MARTY, 2004), o Brasil, país que tem consagrado o princípio da motivação das decisões judiciais em sua Constituição¹, tem vivenciado

¹ Art. 93, IX, da Constituição Federal Brasileira de 1988: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei

um verdadeiro caos jurídico no que diz respeito a esse tema. Não bastasse a atecnia jurídica ao prescindir de uma argumentação lógica e coerente, as decisões judiciais no Brasil, com uma certa frequência, têm infringido a normatização legal brasileira, seja ela nos planos infraconstitucionais ou até mesmo no que diz respeito a dispositivos da própria Constituição.

Um dos exemplos que torna mais evidente essa problemática diz respeito ao elevado número de prisões cautelares que são decretadas sem a devida observância dos requisitos legais. Por meio de valorações genéricas, juízes têm condenado cada vez mais pessoas por meio de prisões processuais no país sob o argumento de manutenção da ordem pública.

A ausência de uma motivação sólida e consistentes, pautada nos preceitos legais vigentes no ordenamento jurídico pode dar ensejo a caminhos autoritários. A liberdade fica então restringida, seja pela fragilidade do sistema combater o poder punitivo do Estado, seja pelo elevado número de punições desnecessárias.

Em meio a esse contexto, é possível traçar um paralelo com o regime jurídico penal nacional-socialista alemão. Para Muñoz Conde (2003), está claro que, hoje, não se pode mais desassociar a dogmática penal da política criminal adotada e que, ainda que muitos países democráticos possam dispor de regimes penais autoritários, por mais extremos que sejam, em nenhum deles os elementos político criminológicos não são os mesmos do regime nacional-socialista alemão.

Ainda assim, é preciso estar atento em face das novas predisposições surgidas com novos modelos de política criminal. Para Muñoz Conde (2003), a dogmática criminal precisa assumir também uma postura crítica, de forma que os avanços democráticos e as conquistas liberais não sejam vilipendiados diante desses novos elementos surgidos. Assim, a dogmática penal, em movimento cada vez mais de distanciamento da teoria positiva, representaria uma atividade que não estaria limitada a interpretar e sistematizar a realidade, mas também problematizá-la, de modo que sejam evitados retrocessos históricos.

limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”

Percebe-se, então, que o Direito Penal pode ser utilizado para dar margem a ideais não democráticos. Apesar da evolução dos sistemas penais por meio da introdução dos conceitos políticos-criminais na dogmática, o seu caráter instrumental pode servir como recurso para propósitos antidemocráticos, permitindo assim o surgimento de Estados autoritários ou mesmo, totalitários.

1.2 MODELO DE ESTADO AUTORITÁRIO

Baseado na diferenciação proposta anteriormente sobre os modelos autoritários e totalitários, com base na ideia sobre liberdade defendida por Hannah Arendt e no caráter punitivo desenvolvido por Mireille Delmas-Marty, buscar-se-á identificar algumas características desse sistema. Isso porque, em um patamar conceitual, encontra-se entre a matriz liberal e a totalitária, o que de certa forma faz com que possa se assemelhar com ambos.

Como bem descreve Mireille (2004, p. 198), por “desejo ou medo, o modelo autoritário está fortemente marcado pelo Estado que se reserva o direito de ‘vigiar e punir’”. A punição é vista com maior aceitação no seio da sociedade, e, comportamentos que antes eram relevados pelas diversas redes de segurança estatais passam a configurar uma maior preocupação perante os seus agentes e também por parte da sociedade.

Baseados na ideia de perigo e no enfrentamento a normalidade, buscam-se meios de coibir determinadas práticas que configuram apenas meros desvios. No modelo autoritário, a diferença para a infração ainda existe, no entanto ela se torna mais furtiva, dificultando a compreensão sobre o que é um delito ou apenas um desvio de conduta.

A repressão, nesses casos, não segue um modelo de repressão tradicional, mas comumente se dá por meio de outras formas, oriundas também do Estado, que não necessariamente carreguem em si mesmas a alcunha de uma punição, sendo vista, muitas vezes, como tratamento. Isso se dá de uma forma diferente, quando “o Estado consegue para si os meios de recuperar, de alguma forma, o espaço da liberdade preservado por essa descontinuidade das redes de sanção organizando redes de segurança” (DELMAS-MARTY, 2004, p.198).

Essa característica também está presente nos modelos liberais, no qual determinadas agências estatais abarcam o tratamento de determinados desvios. Isso mostra um ponto de inflexão entre ambos os modelos. A diferença responde pela forma como o Estado aborda o desvio por meio de suas redes médico-sociais, mantendo um modelo de assistência e tratamento por meio dessas entidades, ou estabelecendo formas de controle e vigilância por meio de redes policiais (DELMAS-MARTY, 2004).

Os vários organismos que compõem as redes médico-sociais suscitadas pela autora atuam diante de algum desvio, que, como fora falado, ainda se mostram apartados de uma ideia infracional em um sistema autoritário. No entanto, a medida do autoritarismo nesses casos revela-se justamente na forma como essa atuação ocorre.

Como exemplo, Delmas-Marty (2004) cita a atuação do Estado perante crianças e adolescentes e portadores de transtornos psíquicos. O controle a ser exercido pelo sistema sobre esses indivíduos pode ocorrer em situações distintas.

Ocorre quando os desvios praticados não possuem qualquer relação com um ato infracional, mas represente alguma forma de perigo a eles próprios ou a sociedade. Ou, quando o desvio é configurado diante do cometimento de uma infração que não se configura em razão da condição de quem a praticou. Ou ainda, quando meros desvios passam a ser classificados como infrações, seja por meio de legislações mais punitivas, seja em razão de outros meios.

A forma de controle que o Estado exerce sobre esses indivíduos diz muito sobre a natureza do sistema político-criminal adotado. O modelo autoritário, como já dito, embora reconheça a diferença entre desvio e infração, atua de modo a atenuar essa distinção, encontrando meios diversos de abordar a questão. E, ainda que, na maioria das vezes, a atuação estatal não configure uma punição propriamente dita, o tratamento dispensado pelo Estado pode assumir contornos de uma verdadeira sanção.

Essa conjuntura vai de encontro a ideia funcionalista de que nem toda conduta típica e antijurídica deve ser considerada culpável. Mesmo sem assumir uma roupagem de punição, as medidas adotadas pelo Estado nesses casos desvirtuam o ideal liberal de um modelo político-criminal, que passa a exercer uma função autoritária, ainda preservando a liberdade de alguma maneira, mas introduzindo valores autoritários no sistema penal.

Outro importante mecanismo de vigilância e controle em um sistema autoritário são as instituições policiais (DELMAS-MARTY, 2004). Aqui, são dotadas de uma maior autonomia no que diz respeito ao modelo liberal, mas, ainda assim, devem estar contidas dentro de um limite de razoabilidade que pauta a sua atuação repressiva no

que diz respeito aos desvios que não configuram infrações, o que as diferencia dos moldes totalitários.

A atuação policial no modelo autoritário também precisa estar acobertada pela lei. Logo, as práticas adotadas recebem o suporte de um aparato legal que visa estabelecer esses modelos de vigilância a determinados desvios sem ocasionar na sociedade uma sensação de patrulhamento constante e generalizado.

De certa forma, pautada na mesma lógica das redes médico-sociais, o Estado atua por meio das agências policiais de modo a exercer o controle dos “desviantes”. Ainda que não necessariamente tenham cometido algum tipo de infração, aqueles que tenham praticado alguma espécie de desvio, ou que, de alguma forma, se encontrem em uma condição de anormalidade, se sujeitam a supervisão estatal.

Aqui, mais uma vez, o poder punitivo estatal não se configura frente as medidas que são adotadas perante aqueles que cometeram desvios. Não são imputadas sanções penais aqueles que, formalmente, não cometeram alguma espécie de infração. No entanto, as providências adotadas podem configurar verdadeiras penas para o indivíduo, que podem representar uma punição ainda mais grave do que aquelas que seriam atribuídas a quem tivesse cometido uma infração.

Essa situação pode ser facilmente verificada no caso de estrangeiros. Com o advento de uma crise migratória global, o número de migrantes cresceu consideravelmente, especialmente em países da Europa. Diversos países adotaram legislações mais duras visando combater a entrada dessas pessoas de forma irregular em suas fronteiras.

Dessa forma, o Estado consegue vigiar e manter o controle dessas pessoas de forma muito mais fácil por meio de suas instituições policiais. Seja de forma mais branda, proibindo a entrada de migrantes que não possuam a documentação necessária e atendam determinados requisitos legais, seja por meios mais rígidos, como na recondução a fronteira ou mesmo a expulsão do território nacional.

Entretanto, o caráter autoritário dessas medidas se dá em relação a forma como esses processos se desenrolam. Por não se tratar de um procedimento penal, ainda que em algumas situações a medida final seja proveniente do judiciário, as garantias individuais nem sempre precisam ser respeitadas para que a decisão seja

proferida. Logo, o caminho para solução de um desvio torna-se bem mais atraente para o Estado do que tratar determinada questão como uma infração.

Essas práticas remontam ao que Zaffaroni (2018) chamou de “administrativização penal”, como já fora mencionado anteriormente. Nesse mesmo sentido, Jesús-Maria Sánchez (2013) enxerga esse processo como decorrência de um expansionismo penal, que flexibiliza princípios político-criminais, alteram regras de imputabilidade criminal e incrementam novas e maiores sanções penais.

Esse processo de expansão do direito penal, por meio de uma aproximação com o direito administrativo, oferta mais poder ao Estado, que detém o monopólio da pretensão punitiva. Assim, fica permitido a ele uma maior discricionariedade no exercício de sua função penal por meio de uma prestação estatal mais rápida, no que diz respeito a tutela de bens jurídicos, mas que deixam de observar princípios penais básicos, como a legalidade e o contraditório.

O discurso expansionista busca seus argumentos no surgimento de novos paradigmas sociais que o direito penal moderno não consegue abarcar. No entanto, a busca por uma proteção mais efetiva de bens jurídicos dá lugar a intensificação do processo de exclusão social e instrumentalização dos sistemas criminais para combater não o delito, mas aqueles que se inserem na condição de inimigos.

Esse processo revela-se de forma mais evidente ao comparar a forma como os diversos tipos de delito têm sido combatidos. Díez Ripolléz (2007) estabelece essas diferenças ao categorizar diferentes formas sobre como esse combate é realizado e destaca, dentre elas, a maneira como o Estado se comporta, através dos novos paradigmas de expansão penal, perante os crimes mais habituais, normalmente praticados por pessoas de classes mais baixas, marginalizadas socialmente.

Nesse contexto encontra-se a máxima expressão de um expansionismo desarrazoado por parte do Estado. Em face da vulnerabilidade daqueles que são acusados da prática de determinadas condutas, bem como sob a justificativa genérica de repressão estatal em face da ideia de periculosidade, o autoritarismo policial e judicial se reverbera sem maiores dificuldades.

Dessa forma, além do aumento do punitivismo estatal, verifica-se também que essa pretensão punitiva excede os limites impostos pelo que se convencionou como base dos regimes democráticos. Condutas não delituosas passam a incorporar o

objeto de ação da polícia e das instâncias judiciais que se colocam como combatentes da criminalidade. Assim, a marginalização social se torna responsabilidade dessas instâncias corretivas e deixam de ser encaradas como um fenômeno da própria sociedade, que a produz, mas não consegue lidar com ela (DÍEZ RIPPOLÉZ, 2007).

A ampliação da atuação punitiva do Estado, por meio do processo de expansão do direito penal, acaba incorrendo no desrespeito a direitos e garantias fundamentais. Percebe-se um processo de desvirtuação do conceito de legalidade vigente nas sociedades liberais modernas. Não por meio da violação de leis, mas através de um exercício de atividades, aparentemente amparadas por alguma norma legal, mas que transgride preceitos fundamentais da liberdade individual.

Essa realidade, embora ocorra com maior frequência e intensidade em um modelo totalitário, também se faz presente no plano político-criminal autoritário, dentro de determinados limites impostos pela lei. Nas palavras de Nereu José Giacomolli (2007, p. 156):

Todavia, a adoção do princípio da legalidade não induz unicamente à incorporação a um sistema jurídico de normas legais escritas, claras, precisas (concepção formal), pois o Estado também pode atuar legalmente, implantando uma política criminal do terror e vingativa com suporte em disposições legais. Além da intrínseca “debilidade política”, a concepção formal da reserva legal permite que se considere infração criminal uma norma penal ilegítima, porque originária do Poder Executivo ou do Poder Judiciário.

Legislação essa que possui um importante papel em um sistema político-criminal de um Estado autoritário. Como há uma necessidade de legitimar a atuação policial na sociedade por meio da lei, percebe-se um movimento de recrudescimento do punitivismo na atuação do legislador penal.

Ocorre por meio da criação de novas leis, pela ampliação e aumento no rigor de sanções já existentes ou ainda pela supressão de direitos e garantias individuais que protegem o indivíduo perante o poder de punir estatal. Com isso, o campo de atuação das instâncias policiais do Estado se amplia, e aquilo que muitas vezes era considerado um desvio passa a ser visto como infração. Ou, ainda que não represente um ato infracional propriamente, muitas vezes é tratado como tal.

Um claro exemplo desse fenômeno ocorre no Brasil a partir da edição da Lei nº 11.343/2006, também conhecida como Lei de Drogas. O instrumento legal em questão aumentou consideravelmente o rigor punitivo para os crimes de tráfico de drogas,

especialmente pelo aumento das penas a serem aplicadas diante da prática dessas condutas.

Com isso, diversas práticas que outrora não eram punidas ou que não careciam de uma atenção especial por parte das instituições policiais do Estado ganharam relevância diante de uma ótica mais repressiva assumida pelo sistema penal naquele momento. Como uma das consequências mais significativas, percebe-se um aumento considerável do encarceramento feminino após a edição da Lei.

Com taxas que ultrapassam 600%, a prisão de mulheres cresceu de forma assustadora, revelando um fenômeno problemático que, dentre outros fatores, contribui ainda mais para a questão da superlotação das prisões brasileiras. Uma parte considerável das mulheres que se encontram presas no país responde por traficar drogas para dentro de unidades carcerárias a fim de satisfazer necessidades de seus filhos, companheiros ou por motivos semelhantes.

Em meio a um contexto social de violência de gênero, machismo, ou mesmo diante da necessidade de aportar algum recurso financeiro, diversas mulheres se dispõem praticar essas atividades, que, na maioria das vezes, estão associadas a quantidades ínfimas de drogas. Ainda que não se trate, em diversos, de uma atividade lucrativa, o art. 33, da referida lei, pune a conduta da mesma forma, caracterizando-a também como tráfico.

Vê-se então um exacerbamento punitivo, que pode ser considerado ainda uma forma de controle de indivíduos. Não obstante a característica peculiar do gênero em relação a questão citada, existe também outras configurações étnico-sociais que são representativas, como o fato da maior parte dessas mulheres serem de classes de renda mais baixas e negras.

Outro exemplo de como a lei pode ampliar o espaço de atuação do Estado por meio de suas instituições policiais diz respeito a edição de normas genéricas e imprecisas. Mais uma vez reportando-se ao Brasil, mas agora valendo-se de uma lei processual, têm-se a alteração legal ocorrida em 2011, com a edição da Lei nº 12.403,

que prevê a possibilidade de prisão cautelar para que se possa garantir a ordem pública².

A imprecisão legislativa sobre o que vem a ser “ordem pública” permite ao Estado adotar medidas suficientemente capazes de enquadrar uma gama diversa de casos no enquadramento legal em questão. Por se tratar de uma prisão cautelar, o poder punitivo estatal é exercido de forma ainda mais incisiva, uma vez que não há necessidade de observância de todos direitos e garantias daquele que se encontra na condição de réu.

Revela-se ainda, por meio dessa situação algo que Delmas-Marty não deixa claro ao tratar de redes policiais, mas que é retomado por Zaffaroni (2018) quando ele se refere aos agentes penais que atuam dentro do sistema. Além da polícia, outras figuras aparecem como sujeitos no âmbito desse contexto penal. No caso em questão, os juízes possuem uma atuação relevante para a concreção desse ideal autoritário, atuando muitas vezes em parceria com os agentes policiais próprios, em uma relação de salvaguarda, e não de imposição de limites, como deveria ser.

Essa atuação judicial tem servido a legitimação dos interesses estatais, permitindo assim um avanço dos ideais autoritários ao não servir como barreira de limitação do poder do Estado. Os juízes têm sido cada vez mais condescendentes com o autoritarismo estatal e muitas vezes, atuam de forma a fomentar, ou mesmo se mostrarem como representação desse viés autoritário:

A manifestação do que se poderia chamar de uma tendência mundial ao “ativismo judicial”, que faz com que os limites entre os papéis dos autores processuais sejam incertos, recaindo , sobre o juiz, um enfeixamento de poderes que torna ineficaz qualquer teoria clássica do processo para designar como tais poderes processuais são distribuídos e quais poderiam ser as contramedidas tendentes à demarcação destes limites (GLOECKNER, 2018, p. 50-51).

Percebe-se assim que o ideal autoritário presente em um sistema político-criminal pode se manifestar em diversas instâncias. Não se trata apenas de uma atuação policial, os quais muitas vezes carregam essa imagem por representarem, talvez, a linha de frente do autoritarismo estatal. Mas as próprias instituições forjadas

² Art. 312, do Código de Processo Penal: “A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova de existência do crime e indício suficiente de autoria.”

pelo ideal liberal oriundo das revoluções dos séculos XVII e XVIII também atuam de forma a permitir a imposição do Estado perante a liberdade de seus cidadãos.

Da mesma forma, os mecanismos que surgiram nesse mesmo contexto podem ser utilizados em prol de uma finalidade autoritária. A lei, que outrora surge para garantir a proteção dos direitos individuais dos cidadãos pode ser utilizada também em sentido oposto.

O princípio da legalidade, importante conquista liberal proveniente da Revolução Francesa, assegurada na Declaração de Direitos Humanos de 1789, por exemplo, não se mostra suficiente para coibir esses excessos. Isso fica claro perante o regime nacional-socialista alemão, em que boa parte das atrocidades cometidas durante aquele período estavam previstas em lei.

O avanço do punitivismo penal, juntamente com o incremento autoritário das medidas oriundas desse processo de expansão configuram uma realidade em que a própria lei, por si só, não garante a proteção dos indivíduos. Além de representar o próprio perigo, como outrora já ocorreu, as legislações não têm conseguido conter o avanço político de pretensões autocráticas, como descreve Delmas-Marty (2005, p.13):

Diante dos poderes que concorrem com a lei e diante da inflação das leis penais, nem um nem outro parecem hoje estar em condições de assegurar esta limitação pela razão com a qual haviam sonhado os revolucionários e na qual os homens – ou pelo menos os juristas – acreditaram por tanto tempo (DELMAS-MARTY, 2005, p.13).

O próprio código de processo penal brasileiro demonstra isso. Ainda que se possa sustentar que a sua edição é da década quarenta, e que foi concebido com base no chamado Codice Rocco, o código de processo penal italiano promulgado sob a tutela do regime fascista de Mussolini, essa realidade já superou diversas alterações legislativas, mantendo seu viés autoritário e inquisitorial.

Importa lembrar, inclusive, que essa mesma codificação permanece vigente após a Constituição Federal de 1988. Diversos dispositivos e regras oriundos da legislação antiga permanecem em vigor, mesmo diante de clara incompatibilidade com o texto constitucional atual. Muitos deles, inclusive, recepcionados de forma duvidosa, sem a devida atenção aos seus institutos, gerando conflitos jurídicos entre a legislação ordinária e a Lei Maior, a qual, como se percebe, não foi suficientemente

capaz de rever ou impedir a manutenção desses institutos legais (GLOECKNER, 2018).

A própria alteração legislativa mencionada anteriormente, ocorrida em 2011, revela que essa não é uma prática de tempos remotos, sob influências autoritárias que não persistem mais. Nas palavras de Gloeckner (2018, p. 54) “a ‘tradição’, no campo do processo penal brasileiro, jamais deixou de manter relações incestuosas com as manifestações de poder, especialmente nutridas por mananciais autoritários, por ideologias antidemocráticas.”

Essa tradição sustentada por Ricardo Gloeckner pode remeter a influências ainda mais antigas no processo penal brasileiro. O direito penal e penitencial canônico exerceu forte influência no ordenamento jurídico português, o qual, por sua vez, possui traços marcantes na história jurídica brasileira. O processo penal canônico se tornou um dos precursores do modelo inquisitorial, o qual influencia codificação brasileira até os dias de hoje.

Não obstante, como já fora dito, essa não é uma realidade distante, marcada pela condição temporal do Código de Processo Penal Brasileiro, de 1941. As práticas inquisitoriais narradas por Nilo Batista, em referência ao modelo canônico, soam familiares a casos que acontecem no cotidiano do judiciário brasileiro:

Conforme a gravidade do fato ou a obstinação do denunciado, suceder-se-ia a instrução criminal segundo o modelo inquisitorial. O delator esquivava-se assim do ônus de demonstrar os fatos denunciados e dos riscos da acusação frustrada. Na prática, o procedimento denunciatório serviu para esvaziar o procedimento acusatório e fortalecer o inquisitorial (BATISTA, 2002, p. 233)

A prática abordada acima lembra em muitos aspectos o instituto da delação premiada, regulamentado no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Lei nº 12.850, de 2013. No entanto, como elemento mais marcante para o modelo inquisitorial, figura o juiz, assumindo uma série de poderes processuais que podem comprometer os ditames democráticos que devem vigorar no curso do processo judicial.

Da mesma forma acontece hoje, esse comportamento por parte do juiz guarda similitudes com o modelo canônico, por volta do século XIII. Como também retratou Nilo Batista (2002, p. 234): “No procedimento inquisitório, a figura do acusador está

fundida com a do juiz, e o resultado é uma grande tolerância deste juiz-acusador para com as formas procedimentais exploradas pelo acusador-juiz”.

É importante notar então, a opção de Ricardo Jacobsen Gloeckner (2018) ao definir o processo penal brasileiro como um instrumento autoritário, que não observa os limites a que devia estar restrito, especialmente o limite constitucional. Nesse mesmo sentido, Delmas-Marty sugere que os sistemas penais têm atuado de forma autônoma: “colocada sob o signo de Kafka, a máquina penal produz sua própria matéria conforme um princípio de progressão geométrica (DELMAS-MARTY, 2005, p. 11).

Consoante desse pensamento no que diz respeito a realidade brasileira, Gloeckner aprofunda sua crítica ao concluir que o processo penal brasileiro “opera metaforicamente como a forclusão (da ordem constitucional) na psicose: a Constituição aparece como alucinação, como discurso alucionado” (GLOECKNER, 2018, p. 77). Essa compreensão permite uma aproximação ainda maior com o modelo totalitário, o qual será estudado em seguida.

1.3 MODELO DE ESTADO TOTALITÁRIO

O sistema político-criminal decorrente de uma forma de Estado totalitarista possui como característica principal a simplificação do pensamento a respeito de sua atuação perante comportamentos que se afastem da normalidade social determinada por ele próprio. Simplicidade essa que não pode ser confundida com uma redução em sua atuação perante desvios e infrações. Deve ser compreendida como uma unidade de atitude perante desviantes e infratores (DELMAS-MARTY, 2004).

Como já dito anteriormente, os sistemas político-criminais se caracterizam pela indistinção entre desvio e infração. Logo, o poder punitivo estatal se amplia perante o aumento dos casos em que o Estado assume para si a responsabilidade por dar uma resposta ao cometimento de uma determinada conduta que julgue anormal perante à sociedade, independente dos efeitos concretos que ela possa vir a gerar.

No modelo totalitário, há uma indiferenciação entre o que é crime e simples infração de ordem, entre crime e moral individual, porque se propõe a realizar a totalidade ética do sistema, remoralizando a comunidade, e tornando opções morais, subjetivas e pessoais condutas criminosas, ainda que não ofendam materialmente qualquer bem jurídico. Torna-se, portanto, o ápice do Direito Penal do Autor, oportunizando punição de comportamentos não lesivos à sociedade, apenas em virtude de opções subjetivas e morais contrárias ao projeto de eticidade autoritariamente imposto pelas agências estatais.

Há aqui um distanciamento do modelo funcionalista penal, no que diz respeito aos objetivos da política criminal adotada. Os limites impostos nesse contexto não são aqueles previstos para uma convivência social harmônica, mas sim uma forma de manter os indivíduos dentro de percepção adotada como único caminho a ser seguido, a qual é imposta pelo Estado.

Ou seja, enquanto as limitações nos modelos anteriores vêm de fora para dentro, surgindo como restrições ao poder punitivo estatal, aqui essas barreiras se ajustam, alargam ou encolhem, conforme a intenção estatal. Assim, permite-se que os indivíduos sejam controlados e colocados a serviço de um propósito único adotado pelo Estado, afastando todo e qualquer foco de divergência ou anormalidade.

Para que isso aconteça, o Estado se estrutura por meio de redes de repressão e redes de normalização. Quanto a repressividade, ela pode ocorrer de diferentes

formas, inclusive sob uma certa semelhança com o modelo liberal. No entanto, “a extensão das respostas penais das infrações ao desvio, ou seja, a assemelhação de qualquer afastamento da normalidade a uma infração penal” (DELMAS-MARTY, 2004, p. 240) é o ponto de partida para estabelecer a principal diferença com os demais modelos.

No sistema totalitário, as redes de repressão são reveladas por meio de um enfraquecimento de determinados elementos e sujeitos, outrora importantes nos demais modelos, como é o caso da lei e do judiciário e um recrudescimento do poder Estado por meio da concentração de poderes no Executivo (DELMAS-MARTY, 2004).

O enfraquecimento da lei, um dos principais trunfos de uma concepção liberal, por meio do princípio da legalidade, ocorre especialmente pela utilização da analogia. Ainda que a atuação do Estado totalitário não vise diretamente a prática de ações contrárias a lei em si, se vale de mecanismos jurídicos para flexibilização dessas normas, como é o caso da utilização da analogia.

Com isso, condutas que não necessariamente estariam abarcadas pelo direito penal podem se inserir no rol de infrações a serem punidas em face do amplo caráter repressivo que rege o contexto social. Ou seja, não há uma conduta sequer que possa ser considerada livre de punibilidade, bastando apenas que elas seja considerada contrária aos interesses do Estado.

No que diz respeito ao fortalecimento do poder executivo por meio de uma concentração de poder, percebe-se um aparelhamento ainda maior das instâncias policiais. Seja por meio de práticas relacionadas ao processo penal, como o aumento do número de prisões cautelares e de demais atividades policiais ligadas ao curso de inquéritos criminais, seja pela ampliação das excludentes de ilicitude no exercício da atividade policial (DELMAS-MARTY, 2004).

Ainda segundo a autora, a parte mais importante desse incremento da atividade policial diz respeito ao papel de vigilância e monitoramento exercido por essas instâncias policiais. A prestação de informação sobre todo o tipo de caso e pessoas fortalece o comportamento repressivo do Estado por meio de uma atuação mais coordenada no sentido de evitar e impedir os comportamentos desviantes e também as infrações.

Por outro lado, as redes de normalização, embora sirvam a um mesmo fim no modelo totalitário, utilizam uma ótica diferente das redes de repressão. Em busca de manter a unidade diante de um propósito fomentado pelo Estado, busca-se alcançar essa finalidade por meio de uma aproximação da infração no conceito de desvio. Ou seja, o desrespeito a uma norma ou regra é considerado, inicialmente, uma anomalia social.

Para tanto, as respostas divergem da simples repressão estatal por meio de uma atuação polícialasca e de demais entidades repressivas. Segundo Delmas-Marty (2004, p. 254):

A resposta de política criminal será inicialmente destinada a reconduzir o desviante ao caminho correto do que é este objetivo de “normalização”, seja de dominante disciplinar (a reeducação pelo trabalho, fundamental no sistema chinês), religiosa (os castigos do direito islâmico aplicados por delegação divina) ou médica (o tratamento psiquiátrico imposto na URSS aos dissidentes políticos).

Talvez este seja o aspecto mais divergente entre todos os modelos políticos criminais apresentados aqui. Mesmo em um Estado totalitário, algumas construções adotadas podem se assemelhar ao modelo autoritário e, até mesmo, ao modelo liberal. No entanto, as redes de normalização atuam de forma muito específica, e somente são possíveis em culturas em que o poder público guarde uma profunda identificação com a sociedade civil, como é o caso, por exemplo, de alguns países islâmicos (DELMAS-MARTY, 2004).

Aqui, as leis perdem ainda mais o seu valor e os juízes, normalmente, representam apenas meras figuras decorativas. A força de uma divindade religiosa ou mesmo um ideal político como ocorreu na antiga URSS serve de base para essa “correção”. Não se tem uma noção precisa sobre o que é ou não permitido, e qualquer conduta que vá de encontro a esses interesses pode ser enquadrada como uma anormalidade.

Apesar das diferenças pontuais que as formas de organização dos estados totalitários podem apresentar, é importante não descuidar dos pontos em comum que os mantém interligados, pelo menos em um plano teórico. Esses regimes enxergam o delito como uma traição às aspirações nacionais ou a algo maior, como um poder divino ou supremo, a depender da ideologia sob a qual está sedimentado. Tratam o

crime como um ato de desestabilização social, representando o rompimento da unidade de um povo ou nação (SANZ MULAS, 2019).

Foi o que se viu (e ainda pode ser visto) durante a vigência de diversos regimes totalitários, seja ele fascista, comunista, nacional socialista etc. As representações supremas podem corresponder a um ser mitológico, um deus, ou também a líderes políticos. Assim, todos aqueles que se colocam em divergência podem ser considerados como inimigos e tratados com repressividade.

Não há limitação para que se possa empregar determinada providência no intuito de solucionar o cometimento de um crime, ainda que possa figurar apenas como um mero desvio. A política criminal busca a erradicação completa de qualquer conduta que vá de encontro a ideia normalidade, condicionando não apenas o bem-estar e a harmonia da sociedade à essa condição, mas a existência de todo o corpo social.

As garantias individuais prescindem perante um modelo político-criminológico totalitário. Por meio de um estado de segurança permanente, pautado em uma ideia de prevenção, geral e específica, busca-se fazer como que todos os indivíduos estejam submetidos e comprometidos com os ideais e valores impostos (SANZ MULAS, 2019).

No século passado, a Europa foi palco de inúmeros exemplos de Estados totalitários que pautaram sua política criminal sob esse viés. A antiga União Soviética, a Itália durante o regime fascista, a Espanha durante o governo franquista e a Alemanha nazista de Hitler. O totalitarismo se expressou de diversas formas nesses países, mas basicamente seguindo a mesma ideia de unidade demonstrada até aqui.

Na União Soviética, a codificação penal da época desconsiderava a ideia de legalidade e pautava a atuação repressiva no combate a periculosidade por meio do uso de analogias, já que as tipificações penais não eram bem definidas. Além disso, a aplicação da pena de morte era uma constante, bem como as internações nos campos de trabalho e castigos (gulags).

Já na Itália de Mussolini, não houve um completo rompimento com a ordem penal liberal. Ainda assim, o direito penal era utilizado como um meio instrumental de imposição política do regime fascista. Durante o período, a política criminal italiana ficou marcada pela volta da pena de morte, eliminação de atenuantes genéricas, o

aumento dos limites mínimos das penas, a possibilidade de aplicação de penal retroativa, dentre outros mecanismos jurídicos que possibilitaram a caracterização desse viés totalitário.

Na Espanha, durante o período que ficou conhecido como franquismo, diversas medidas de caráter totalitário foram adotadas pelo regime de governo do General Franco. Professores tiveram sua liberdade de cátedra tolhida, diversas leis foram aprovadas para combater o comunismo e a maçonaria, sem falar da pena de morte para aqueles que eram acusados de traição. Já próximo ao fim do governo franquista, houve um endurecimento ainda maior no que diz respeito a punição para o cometimento de crimes e um forte processo de administravização de penas, reduzindo garantias processuais individuais.

No entanto, o exemplo mais paradigmático vem da Alemanha nazista. A legislação alemã passa a prever a analogia como fonte de direito penal ao lado do que foi descrito como o “são sentimento do povo”. Diversos princípios basilares do direito penal foram abolidos ou relativizados na busca incessante do governo alemão em adequar a sociedade aos moldes de sua política nacional-socialista.

Os chamados “estranhos à comunidade” eram repressivamente combatidos pelas forças policiais alemãs. A pena de morte, o envio para os campos de concentração e reclusões por tempo indeterminado eram umas das formas que o governo alemão utilizava para repreender aqueles que consideravam indesejáveis na sociedade pura alemã. Além disso, vale citar o programa de esterilização dos “não associados” ao nacional-socialismo que permitia que pessoas portadoras de alguma doença hereditária pudessem ter filhos.

Outro fator que merece destaque na Alemanha nazista diz respeito judiciário. O regime considera o Führer como o juiz supremo. Ou seja, a fim de resguardar os interesses da nação, ele poderia assumir essa condição, se colocando acima de qualquer outro juiz. Assim, como afirma Zaffaroni (2019, p. 78): “ao nazismo resultava necessário desprender-se da ideia de independência judicial, do princípio de legalidade e do chamado juiz natural, porque, em suma, o Führer era o único juiz natural”.

Percebe-se, portanto, que o modelo totalitário promove uma profunda desvinculação entre os instrumentos penais e seu caráter de estrita legalidade. Não

só por meio da analogia, mas também pela edição de normas penais mais abertas e imprecisas, bem como pelo enrijecimento do poder punitivo estatal por meio de penas mais duras e redução de garantias, percebe-se uma política criminal voltada para a promoção mais de um ideal político do que propriamente um conjunto de medidas voltadas para a defesa do bem-estar e harmonia da sociedade.

Compreender o contexto político-cultural sob o qual determinado regime político se instaura é válido para que se possa entender melhor os conceitos político-criminais adotados em determinados Estados. As acepções ao totalitarismo e autoritarismo variam com certa rapidez e de forma quase imperceptível aos olhos dos cidadãos. Isso ocorre por dois motivos.

Primeiramente, os sistemas político-criminais manifestam um caráter heterogêneo, apresentando elementos que podem estar presentes em outros modelos. Segundo, porque, normalmente, as alterações políticas decorrem de variações culturais, estabelecendo assim uma transição mais branda entre elementos de um modelo e de outro. Nas palavras de Zaffaroni (2019, p.228-229):

A correspondência de toda construção dogmática do direito penal com seu sistema político e seu contexto segundo a época e a cultura não é preceptiva, quer dizer que não um princípio que deva postular-se, mas sim uma verificação histórica e uma consequência necessária da natureza política de nossa disciplina. Negá-lo não implica desconhecer nenhum princípio, mandato ou regra imposta por alguém, mas sim ignorar tanto a história como a natureza de nossa ciência e do material com que deve operar. É claro que nada disto – insistimos – desmerece nem empalidece o uso do método dogmático no direito penal, mas sim só nos alerta sobre a inevitável realidade de que, dada a natureza política do material que elaboramos, cada sistema nos vem acompanhado por suas circunstâncias políticas, e incorreríamos em um grave erro se considerássemos que o último, por puro fato de sê-lo, é só uma pura superação técnica do precedente.

Assim, poder partir dessas premissas faz com que a análise sobre qualquer sistema de política criminal seja realizada não como uma verdade em si, mas como um conjunto de predisposições fáticas e teóricas que se unem para estabelecer valorações perante uma dogmática penal sistematizada. A evolução dos contextos criminais diz muito mais a respeito de uma sociedade do que a própria dogmática penal em si.

Na verdade, sob o prisma das ideias funcionalistas propostas por Roxin, melhor seria dizer que a dogmática penal é fruto de cada contexto político criminal

desenvolvido ao longo da história. Partindo então desse pensamento, pode-se fazer uma análise sobre o caráter do processo penal brasileiro, que se mostrará de grande valia para o desenrolar da sequência da pesquisa.

1.4 PROCESSO PENAL NO BRASIL

Como já dito anteriormente, o Código de Processo Penal Brasileiro é proveniente do início da década de quarenta, ou seja, possui quase oitenta anos. Nesse período, esteve vigente sob a égide de quatro Constituições diferentes e atravessou regimes políticos completamente divergentes.

Sob forte influência do Código de Processo Penal Italiano, o chamado Código Rocco, o sistema processual penal brasileiro está formulado sob uma ótica inquisitória. Isso permite ao juiz um acúmulo de funções no curso do processo que o fazem assumir a postura de, ora órgão de acusação, ora de órgão julgador: “ao inquisidor cabe o mister de acusar e julgar, transformando se o imputado em mero objeto de verificação, razão pela qual a noção de parte não tem nenhum sentido (COUTINHO, 2015)”.

O caráter inquisitivo da figura do juiz é revelado por meio de diversos dispositivos do Código de Processo Penal brasileiro. Nas palavras de Aury Lopes, essa adoção do sistema inquisitorial representa:

uma quebra da igualdade, do contraditório, da própria estrutura dialética do processo. Como decorrência, fulminam a principal garantia da jurisdição, que é a imparcialidade do julgador. Está desenhado um processo inquisitório. A posição do juiz é o ponto nevrálgico da questão, na medida em que “ao sistema acusatório lhe corresponde um juiz-espectador, dedicado, sobretudo, à objetiva e imparcial valoração dos fatos e, por isso, mais sábio que experto; o rito inquisitório exige, sem embargo, um juiz-ator, representante do interesse punitivo e, por isso, um enxerido, versado no procedimento e dotado de capacidade de investigação (LOPES JR, 2018, p. 48).

Essa constatação é importante no sentido em revela uma contradição entre o sistema inquisitório estabelecido pelo Código de Processo Penal com os propósitos estabelecidos pela Lei Maior brasileira. “Precisamos compreender que a Constituição de 1988 define um processo penal acusatório, fundado no contraditório, na ampla defesa, na imparcialidade do juiz nas demais regras do devido processo penal” (LOPES JR, 2018, p. 49).

Essa constatação serve de fundamento para uma análise sistemática, na qual, diante dos postulados modernos em que a sociedade está assentada, um processo penal que vá de encontro a norma constitucional deve ser considerado antidemocrático. As normas processuais decorrem de conquistas civilizatórias ao longo da história e possuem como objetivo a proteção da liberdade dos indivíduos perante o poder punitivo dos Estados.

Segundo Afrânio Silva Jardim (2005, p. 307):

Por isso, um código democrático há de ser informado pela necessidade de tutelar os direitos e garantias individuais, sem se descuidar, entretanto, da defesa social. Note-se que tais direitos e garantias individuais não podem ser vistos romanticamente em plano abstrato, mas estão concretamente vinculados a consecução do bem comum [...]

Dessa forma, o processo penal deve se mostrar responsável por resguardar diretamente a liberdade perante o poder punitivo do Estado. Transfigurá-lo em um instrumento para proporcionar ainda mais repressividade, por meio da não observância de direitos e garantias individuais, ocasiona uma ruptura com o ideal democrático, estabelecendo assim traços de autoritarismo.

Um sistema político criminal de um Estado liberal não condiz com a adoção de leis processuais que não permitam o pleno gozo de direitos e garantias individuais limitadoras do poder punitivo estatal. O sistema inquisitório, pautado em um modelo processual oriundo de um momento em que a moral e a religião exerciam forte influência no direito, não prevalecer em sociedade moderna, pautada no respeito a liberdade.

A reforma do Código Processual Penal brasileiro é necessária, seja para se mostrar coerente com os novos postulados sociais vigentes a partir da Segunda Guerra Mundial, seja para adequação da ordem jurídica interna, através do respeito as normas constitucionais. Para tanto, não se mostraram suficientes as modestas alterações legais realizadas ao longo de quase oito décadas de vigência do Código atual.

Importa ressaltar, por sua vez, que a própria legislação italiana, que exerceu grande influência no processo de formulação da codificação brasileira, sofreu uma profunda reforma ao fim na década de cinquenta, com o fim do regime fascista. Enquanto isso, as alterações legislativas realizadas no Brasil não foram capazes de

suprimir a natureza autoritária original do Código de 1941, uma vez que, em nenhum momento, se propôs uma reformulação ampla que conseguisse extirpar por completo as aspirações autocráticas de suas normas (GLOECKNER, 2018).

Não obstante essa ineficiência de readequação do processo penal brasileiro aos moldes democráticos, percebe-se ainda a perseverança dessas aspirações autoritárias em algumas alterações realizadas. A intenção do legislador brasileiro, ao longo do período democrático, parece em consonância com aqueles que formularam o Código de 1941, promovendo um aumento do autoritarismo penal por meio de novas normas processuais.

Em algumas oportunidades, inclusive, tais alterações legislativas acabaram por acentuar características inquisitórias e autoritárias de um sistema antidemocrático, como o caso da autorização para o juiz determinar de ofício, mesmo que antes do ajuizamento da acusação, a cautelar de produção antecipada de provas (art. 156, I, do CPP). Pode-se dizer que o sistema autoritário do Código de 1941 não foi suficientemente alterado para que seus elementos inquisitórios de base fossem completamente expulsos do quadro normativo processual penal brasileiro (GLOECKNER, 2018, p. 334).

Nesse mesmo sentido, a alteração já mencionada anteriormente com a edição da Lei nº 12.403/2011 para modificação dos requisitos para imposição de prisão cautelar serve de exemplo nesse mesmo sentido. Mesmo com a Constituição Federal de 1988 em vigor há mais de vinte anos, uma modificação na norma processual visa ampliar ainda mais o poder do juiz inquisidor ao permitir que a aplicação da medida ocorra de forma mais irrestrita.

Gloeckner é categórico ao afirmar que as reformas processuais penais foram incapazes de promover essa adaptação do Código de 1941 aos preceitos constitucionais brasileiros. Para além disso, ele afirma ainda que essas modificações apresentaram efeitos contrários, aumentando ainda mais o caráter autoritário do Processo Penal no Brasil.

Isso se revela pela forma sobre como o processo penal no Brasil se estrutura e para qual objetivo ele pretende alcançar. Entender a sistematização processual como uma simples busca pela verdade pode apresentar resultados perigosos, não pelo seu desfecho em relação ao mérito, mas pelas consequências residuais do percurso trilhado até o alcance dessa verdade.

O sistema inquisitorial se assemelha a uma ideia de que os fins devem justificar os meios. Enxergar o processo penal sob essa ótica pode transformá-lo em um instrumento muito perigoso, uma vez que o coloca em um patamar hegemônico e o faz predominar sobre direitos e garantias individuais em busca de uma suposta verdade real.

Ainda assim, além dessa perigosa instrumentalidade desmedida, utilizar o processo penal sob o pretexto de buscar uma verdade real pode ser ainda mais perigoso essa não existir. Mais que um aparelhamento formal para buscar uma forma de imputação criminal, o processo penal pode representar um fim em si mesmo.

Isso pode ocorrer de duas formas. Primeiro, para forjar e manipular uma suposta verdade que cortina um objetivo escuso pelo formalismo penal. Depois, o aumento do viés autoritário pode chegar a certo ponto em que o próprio processo penal pode representar uma punição, sem que seja necessário, inclusive, o alcance de uma descoberta axiomática.

2 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E PRISÕES CAUTELARES

A presunção de Inocência, ao longo de toda a história do pensamento liberal, tem-se marcado como uma das principais garantias do indivíduo contra o poder punitivo do Estado. Por outro lado, exerce ainda uma função informativa e limitadora ao exigir que aquele que acusa deva provar a veracidade de sua alegação. Fato é que, presumidamente, qualquer cidadão deve ser considerado inocente, independentemente de qualquer condição, até que, por meios legais e democráticos, seja provada a sua culpa.

Sob o aspecto garantista, teoria que tem no italiano Luigi Ferrajoli o seu principal expositor, o presente estudo irá fazer uma análise sobre os principais aspectos da presunção de inocência. Além de buscar na doutrina os principais elementos que compõem a formulação da ideia de que ninguém pode ser culpado até que se prove o contrário, buscar-se-á também identificar de que maneira essa garantia se relaciona com a sistematização penal.

Dessa forma, será feita uma abordagem sobre o princípio da presunção de inocência e sua relação com a imposição de prisões cautelares impostas no

transcorrer de um processo penal, quando a culpa ainda não foi totalmente definida. Nesse ponto, pretende-se instaurar uma discussão a respeito da coerência da medida cautelar de prisão com a garantia de que todo cidadão não deve ser considerado culpado antes da definição de sua culpa.

Assim, além dos aspectos mais filosóficos sobre o tema, pretende-se acolher elementos da prática judicial processualística para fomentar a discussão a respeito do tema. Com isso, serão abordados assuntos como o alto número de presos provisórios no Brasil, o uso indiscriminado de prisões cautelares e o problema do encarceramento em massa, que gera uma superlotação das unidades prisionais brasileiras.

Tem-se no Brasil um sistema político criminal decorrente de um modelo de Estado que possui uma Constituição pautada em valores democráticos, pautada na defesa de direitos humanos e fundamentais, mas que apresenta uma legislação penal decorrente de um modelo inquisitorial e com vieses autoritários. Diante disso, pretende-se estabelecer a dimensão da importância dessa garantia para a consolidação democrática no país, e, por outro lado, de que forma a sua não observância pode representar um problema para a sociedade brasileira.

Por fim, após uma conceituação da presunção de inocência por meio de uma ótica garantista, buscar-se-á fazer uma análise mais crítica a respeito da promoção dessa garantia para todas as pessoas. Pretende-se com isso analisar uma suposta desigualdade no gozo desse direito e que não permite a todos a sua plena fruição. Assim, serão estabelecidas pontes já para o próximo assunto a ser trabalhado nessa pesquisa.

2.1 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA SOB UMA ÓTICA GARANTISTA

O Direito Romano talvez tenha sido a primeira expressão manifesta da presunção de inocência. No entanto, o período inquisitorial durante a Idade Média fez com que ela fosse profundamente relativizada por meio dos governos absolutistas que vigoraram nesse período. Mais tarde, a Declaração dos Direitos dos Homens (1789), volta a adotar a presunção de Inocência como garantia de todos, inaugurando assim uma nova perspectiva sobre o direito penal (LOPES JR, 2004).

No entanto, ao final do século XIX, com a crescente retomada do autoritarismo no continente europeu, a presunção de inocência volta a ser atacada fortemente. A perspectiva liberal consignada pela garantia vê-se diante de uma série de ataques e tem na edição do Código Rocco, o código de processo penal italiano de 1930 a sua completa abolição, sendo caracterizada como um “excesso” por aqueles que defendiam tal medida (Ferrajoli, 2002)³.

No Brasil, é importante ressaltar que a presunção de inocência é alçada ao patamar de princípio constitucional⁴. Está elencado no rol de direitos fundamentais, e, portanto, diante da sistematização da Constituição brasileira, está protegido sob a configuração de uma cláusula pétrea.

Da mesma forma, o Código de Processo Penal brasileiro também consagra a garantia, ainda que tardiamente, uma vez que a redação do art. 283 só foi estabelecida após a alteração legislativa provocada pela Lei nº 12.403/2011⁵. Vale ainda lembrar que a presunção de inocência também se faz presente em importantes tratados internacionais de direitos humanos do qual o Brasil é signatário, como a Declaração

³ Vale ressaltar, como já foi dito anteriormente, que o Código Rocco, o Código de Processo Penal Italiano de 1930 exerceu uma grande influência na elaboração do Código Penal Brasileiro de 1941.

⁴ Art. 5º, LVII, da Constituição Federal Brasileira de 1988: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

⁵ Art. 283, do Código de Processo Penal Brasileiro: “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”.

Universal dos Direitos Humanos (1948)⁶ e a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (1969)⁷.

Em sua obra *Direito e Razão*, Ferrajoli elenca dez axiomas a serem seguidos para que o poder de punir do Estado possa se concretizar de forma legítima, sem ferir direitos e garantias dos indivíduos, preservando assim a liberdade. Dentre eles, o sétimo postulado diz que ninguém poderá ser considerado culpado a não ser por meio de um processo judicial (*nulla culpa sine iudicio*).

Diante dessa premissa, verifica-se que a finalidade do processo é apontar se alguém pode ser considerado culpado ou não pelo cometimento de um determinado delito ao qual está sendo acusado. Trata-se de uma construção lógica, na qual fica estabelecida a presunção de inocência de todos os indivíduos, que somente poderá ser derogada por meio da comprovação de sua culpa através de um processo judicial.

A presunção de inocência, sob a teoria de Ferrajoli, constitui um elemento muito caro na construção de uma sociedade democrática e liberal. Tanto que, sob o preço de ninguém ser considerado culpado injustamente, é possível que algum culpado possa se eximir de sua responsabilidade. “Esse princípio fundamental de civilidade representa o fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que ao custo da impunidade de algum culpado” (Ferrajoli, 2002, p. 441).

Assim, da mesma forma que a prática de delitos pode ameaçar os cidadãos, a imposição de uma pena injustificada gera nos indivíduos o mesmo temor. Logo, a presunção de inocência incute no pensamento social não só uma ideia de liberdade, mas também de segurança diante do enorme aparato punitivo que está à disposição do Estado (FERRAJOLI, 2002).

Pensar dessa forma em um contexto de vulnerabilidade social, na qual homens e mulheres dividem seus espaços de sobrevivência com a presença constante do Estado por meio de suas instituições policiais, a presunção de inocência talvez conforte muito mais do que a própria ideia de segurança pública. Entretanto, da

⁶ Art. XI, 1, da DUDH: “Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias a sua defesa”.

⁷ Art. 8º, 2, da CADH: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente a sua culpa”.

mesma forma que o sistema penal não pode coibir de forma plena o delito, a garantia individual de não culpabilidade nem sempre é preservada. Essa é uma discussão que será retomada mais à frente.

Essa realidade, no entanto, não está restrita ao espaço social de convivência entre os sujeitos descritos acima. O próprio judiciário tem perpetuado essa prática de não observância do princípio da inocência. Isso, sobre aquele que está sendo acusado de algo, não se deve recair apenas uma postura negativa de não conferir a ele uma culpa, mas deve ser prestado um tratamento digno como a qualquer outro inocente (LOPES JR, 2004).

Postura essa que deveria ser observada, inclusive, nos casos de cumprimento de prisão preventiva. Isso porque, a despeito de toda a discussão sobre a sua admissibilidade feita por Ferrajoli, aquele que não está em liberdade por meio de uma decisão cautelar não possui a culpabilidade decretada. Logo, mesmo diante de todas as condições impostas pela medida, ele deve ser considerado um inocente.

Não se pode olvidar, no entanto, que as dimensões da presunção de inocência em um modelo de processo penal que adota o sistema inquisitório não representam todo o conteúdo a que deveriam estar relacionadas. A concentração de poderes processuais na figura do juiz, tornando-o uma peça de dupla função dentro do processo, acaba por desfigurar outras garantias do indivíduo que decorreriam de uma ideia de não presunção de culpabilidade.

Ao assumir um papel que vai além do julgador, se tornando responsável também pela investigação, o juiz aceita uma responsabilidade maior do que a que ele deveria arcar para a resolução de um processo justo. Isso porque, ao assumir um caráter de investigador, diante dos poderes inquisitórios que lhes são conferidos, ele se coloca também como responsável na busca pela verdade.

Pode-se enxergar assim que a sua imparcialidade fica comprometida, já que ele assume duas funções que, embora não estejam diametralmente opostas dentro do processo, deveriam permanecer separadas. Assim, quando o juiz se dispõe a investigar o cometimento de um delito, acaba por contaminar a sua principal tarefa que seria prover ao acusado um julgamento justo, uma vez que, na busca por essa verdade, ele acaba assumindo, de alguma maneira, uma postura em desfavor do réu.

Essa relação tende a gerar uma confusão processual, fazendo com que o acusado, que, a princípio, não precisaria provar a sua inocência, já que deveria estar presumida, sinta-se coagido a demonstrar para aquele que irá julgá-lo a prova da sua não culpabilidade. Percebe-se assim uma inversão na ideia do ônus da prova, outro princípio corolário de um sistema processual democrático e liberal. Nas palavras de Aury Lopes Jr (2004, p.179):

A partir do momento em que o imputado é presumidamente, não lhe incumbe provar absolutamente nada. Existe uma presunção que deve ser destruída pelo acusador, sem que o acusado (e muito menos o juiz) tenha qualquer dever de contribuir nessa desconstrução (direito de silêncio – *nemo tenetur se detegere*).

Essa pretensão garantista, no entanto, fica completamente prejudicada ao passo que, diante do sistema inquisitório vigente no processo penal brasileiro, o juiz assume a condição também de acusador. Assim, o indivíduo que outrora gozava de sua liberdade plena perante a sociedade, além de suportar o peso de uma acusação pelo cometimento de uma prática delituosa, vê-se também forçado a se defender.

Defesa essa, que por razões fáticas das mais diversas naturezas, muitas vezes se torna praticamente inviável. Além das dificuldades financeiras de se estabelecer um conjunto probatório em prol de sua defesa, o réu não dispõe, normalmente, de elementos técnicos suficientes para contrapor o Estado, visto que a desproporcionalidade entre ambos é enorme. Por outras vezes, a própria condição de preso provisório, durante o transcorrer de um processo, impediria o sujeito de formular essa resistência.

A inversão dessa garantia, ainda que não demonstrada de forma explícita, abriria caminho para que se permitisse a condenação sem provas suficientes de materialidade e autoria de um crime. Com base apenas em uma insuficiência do réu em provar o contrário, uma sentença condenatória infringiria um outro axioma sustentado por Ferrajoli (2002), o *nulla accusatio sine probatione*. Nesse sentido: “incube ao acusador provar a presença de todos os elementos que integram a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade e, logicamente, a inexistência das causas de justificação” (LOPES JR, 2004, p. 180).

Outro ponto de valor muito estimável para a proteção da garantia de presunção de inocência diz respeito a publicidade do processo. Com as inúmeras transformações

pelas quais a sociedade passou ao longo da história e com o advento de todos os avanços tecnológicos, especialmente no campo da informação, a imagem do acusado pelo cometimento de um crime tem se transformado em um paradigma para a discussão judicial.

Além da exposição e estigmatização do indivíduo perante a sociedade, o que muitas vezes representa uma pena maior do que aquela que poderá ser proferida ao final do juízo, a publicização de uma acusação penal pode gerar movimentações sociais capazes de influenciar diretamente no processo. Por sua vez, seria preciso ressaltar que, inicialmente, esse acusado é considerado inocente e até que se prove o contrário, não se poderia fazer nenhuma ilação sobre a sua culpa.

No entanto, a divulgação da notícia dificilmente vem acompanhada das ressalvas necessárias. Assim, a despeito, nesse primeiro momento, da pressão que a sociedade pode exercer sobre o judiciário perante determinado julgamento, tem-se que a exposição do acusado revela-se como uma verdadeira pena antecipada, ainda que ele seja considerado inocente ao final do processo.

A mídia revela-se como um importante elemento dessa transcendência penal, capaz de influenciar diretamente julgamentos ou, por si só, representar a pena de um acusado, uma vez que a sua exposição pode resultar muito mais danosa do que a sua responsabilização judicial. Ademais, há ainda situações em que essa “condenação” pode representar uma injustiça ainda mais grave, quando o acusado, por fim, revelar-se inocente judicialmente.

A condenação social, como a exemplo da realizada pela mídia, não observa os limites impostos por um regramento processual democrático. Dessa forma, uma simples acusação pode já representar uma condenação diante da proporção promovida pela exposição midiática, ocasionando assim uma espécie de retorno das penas públicas e degradantes de outrora (LOPES JR, 2004).

Sob a ótica da espetacularização do processo penal desenvolvida por Rubens Casara, percebe-se com a intensificação da publicidade ao processo uma concessão de espaços para que se possa aflorar convicções autoritárias por meio do enfraquecimento de direitos e garantias fundamentais. Segundo o autor, “No processo penal do espetáculo, não há mal-estar em afastar a presunção de inocência ou qualquer outro direito ou garantia individual” (CASARA, 2018, p. 68).

Espetacularização essa que pode ganhar contornos próprios de verdadeiras obras artísticas a depender dos envolvidos no processo e de outras peculiaridades. No entanto, a difusão de uma ideia de estado de segurança, pautado em uma periculosidade constante, faz com esse problema possa gerar prejuízos ainda maiores em um segundo momento. Isso porque, o distanciamento do processo das regras democráticas a que ele deveria estar inserido pode gerar uma repercussão ainda mais danosa quando se trata de um desejo popular. Nas palavras de Casara (2018, p. 63):

Direitos e garantias fundamentais podem representar obstáculos ao “bom andamento do espetáculo” e à satisfação dos espectadores. Veja-se o exemplo do princípio da presunção de inocência. Nada mais entendiente para o espectador do que um espetáculo em que um dos personagens (e logo aquele escolhido para figurar como vilão) ter uma vantagem e ser tratado como um dos “mocinhos”. Por isso, na pós-democracia, que favorece a mercantilização do processo e sua transformação em mercadoria-espetáculo, eles costumam ser afastados ou flexibilizados.

Essa pena antecipada, por sua vez, torna-se então, em muitos casos, apenas uma precursora de uma punição ainda mais injusta ao fim do processo. Capaz de influenciar os sujeitos processuais que estão diretamente envolvidos no processo, o que pode gerar distorções no julgamento, propiciando assim um estabelecimento de uma pena injusta e não adequada.

Essa nova característica midiática do processo ocasiona uma dificuldade ainda maior para a defesa. Toda a atividade defensorial a ser desenvolvida no curso do processo precisa transpor uma nova barreira que é o sentimento gerado e difundido perante o juiz (ou jurados). Para além de estabelecer um raciocínio lógico, com base nos fatos que constam no processo, será preciso também desconstruir estigmas e paradigmas gerados pela difusão midiática sobre determinado caso.

Não basta apenas então uma defesa racional. É preciso ir além, derrubar barreiras emotivas e pré-constituídas por meio da exibição midiática de determinados casos que promovem sentimentos diversos naqueles que serão responsáveis pelo julgamento de quem está sendo acusado. O prejuízo causado pela divulgação da imprensa é significativo e pode comprometer, inclusive, a imparcialidade do juiz (LOPES JR, 2004).

Esse prejuízo fica ainda mais evidente no curso do processo quando a decisão não está pautada em critérios de prova precisos e incontestes, ou seja, quando os

indícios de autoria e materialidade não são suficientemente fortes para que se declare alguém como culpado. Nesse ponto, outro princípio que acaba sendo relativizado por meio dessa construção midiática em torno do processo penal é o *in dubio pro reo*.

Por meio do enfraquecimento das garantias e direitos fundamentais decorrentes do processo de publicização, o juiz acaba optando por condenar o réu, em razão do que ficou conhecido como *in dubio pro societate*. A presunção de inocência é deixada de lado ao se condenar alguém sem que se tenha certeza de sua culpa.

Isso porque, diante do clamor público que pode ter sido gerado através da exposição do processo penal nos meios midiáticos, o juiz se vê numa posição, muitas vezes, nada confortável para proferir o seu julgamento. A despeito de uma possível relativização de direitos ocasionada pela espetacularização do processo, a pressão pela condenação do réu pode ocasionar no juiz um constrangimento para que assim profira a sentença.

Essa situação gera um efeito ainda mais perigoso para a sociedade. A redução da independência do juiz por meio de processos midiáticos e de pressão popular podem levar à uma desestabilização completa do sistema democrático. Essa coação acaba transfigurando o juiz de sujeito ativo em mero sujeito passivo no processo penal.

A posição do juiz perante o sistema penal o coloca na posição de agente, como coloca Zaffaroni (2018). No entanto, assim como outros sujeitos que possuem um papel aparentemente ativo nessa sistematização, como por exemplo os policiais, o juiz acaba se transformando vítima do próprio discurso jurídico-penal. A pressão, que outrora é revelada pela mídia, pode partir também da própria instituição, de amigos e da própria família. Ainda assim, deve-se levar em consideração o papel da mídia ao influenciar todos os demais.

No entanto, a discussão sobre a publicidade do processo é uma discussão muito cara para o fortalecimento democrático. Há conflito entre direitos que precisam ser bem esclarecidos antes de emitir uma opinião final a respeito do assunto. Como o tema não é e nem está relacionado ao objeto principal do presente estudo, abdica-se aqui de estabelecer uma conclusão, ou mesmo aprofundar mais a respeito do problema.

Interessa muito mais, nesse momento, estabelecer as relações do princípio de presunção de inocência com os problemas estruturais decorrentes de sua violação. Isso porque, não basta apenas afirmar que todo o cidadão tem o direito de ser tratado como inocente até que se prove o contrário e que os encargos da comprovação dessa culpa não podem ficar a cargo de quem está sendo acusado.

Há ainda uma outra dimensão do princípio em questão que funciona como um verdadeiro norteador das atividades estatais no que diz respeito ao tratamento com os indivíduos os quais o integra. Isso porque, com o estabelecimento do modelo democrático no seio das sociedades modernas, o Estado não possui mais o poder de agir indiscriminadamente a fim de alcançar os seus interesses.

A presunção de inocência funciona como um verdadeiro elemento balizador dessa atuação estatal. A não observância dessa garantia pode gerar problemas dentro da sociedade, especialmente por abrir caminhos para aspirações não democráticas, assim, como acontece com outras limitações constitucionais ao poder do Estado. Como escreveu Casara (2018, p. 67):

o princípio da presunção de inocência deve servir como óbice e constrangimento às tentações totalitárias (de fazer do imputado um objeto a ser manipulado pelo Estado) e às perversões inquisitoriais que levam ao encarceramento em massa da população brasileira, em especial aqueles que não interessam à sociedade de consumo.

Percebe-se então que o desrespeito a presunção de inocência, além de acarretar danos mais individualizados no que diz respeito a processos judiciais, quando se torna uma prática sistematizada, pode gerar problemas sociais de maior repercussão. Dessa forma, com base na percepção garantista de Ferrajoli, pode-se estabelecer elos entre o problema do superencarceramento e a imposição de prisões cautelares de forma desarrazoada.

Ainda que a leitura de outros teóricos garantistas seja que a prisão cautelar não fere o princípio da presunção de inocência, a crítica de Ferrajoli encontra fundamento no mau uso da medida para promoção de interesses do Estado. Dessa forma, é preciso compreender melhor a relação entre as prisões cautelares e a presunção de inocência.

No entanto, antes de adentrar essa discussão, faz-se necessário uma abordagem mais detalhada sobre o sistema processual brasileiro. É preciso avaliar o

seu conteúdo de forma sistemática e analisar elementos que possam fomentar características essenciais sobre o conjunto de garantias processuais que compõem as suas especificidades liberais, autoritárias ou totalitárias.

2.2 ELEMENTOS PROCESSUAIS CARACTERIZADORES DO AUTORITARISMO PENAL NO BRASIL

A despeito da definição sobre o sistema penal brasileiro como liberal, autoritário ou totalitário, é importante destacar um outro conceito a respeito do modelo processualístico criminal adotado no Brasil. Compreender essa concepção permitirá assimilar melhor o conjunto de garantias processuais estabelecido por meio de legislações infraconstitucionais e pela própria Constituição.

Trata-se de determinar se o processo penal no Brasil está regido por um modelo inquisitorial, acusatório, ou ainda, como parte considerável da doutrina tem concordado, como um sistema misto⁸. Por meio dessa definição, será possível identificar a maneira como o arquétipo democrático no Brasil tem se efetivado através da consolidação de prerrogativas processuais do cidadão em face do poder punitivo do Estado.

Dessa forma, em seguida, será possível estabelecer algumas reflexões a respeito de como a presunção de inocência tem sido concebida no processo penal brasileiro, em especial, sua relação com as prisões cautelares. Assim como outras garantias processuais, serão analisados outros aspectos importantes sobre o sistema processual no Brasil, o que permitirá alcançar uma melhor definição sobre o seu caráter inquisitorial ou acusatório.

⁸ Apesar dessa concordância doutrinária em aceitar majoritariamente essa classificação, existem vozes dissonantes quanto a essa caracterização. Para Montero Aroca, um modelo processual inquisitório não existe, pois ele não pode ser considerado como processo no seio de uma sociedade democrática (MONTERO AROCA, Juan. *Principios del proceso penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1997). No entanto, vale ressaltar o questionamento de Bachmaier Winter, uma vez que os aspectos inquisitoriais ainda estão presentes nos sistemas processuais modernos, como ele deveria ser chamado? (BACHMAIER WINTER, Lorena. *Proceso Penal y sistemas acusatorios*. Madrid: Marcial Pons, 2008). Assim, para o presente estudo, adotou-se um posicionamento em que o processo penal brasileiro é visto como um sistema misto, o qual, em determinados momentos apresenta aspectos preponderantemente acusatórios, mas em outros, pode-se perceber um caráter inquisitorial, como sustenta Gustavo Badaró (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003)

2.2.1 A busca da verdade real

Um dos principais elementos que influenciam a sistemática processualista criminal no Brasil é a forma como o processo se desenvolve em busca de uma verdade, e sobre que tipo de verdade ele está em busca. Há uma predisposição no judiciário brasileiro em buscar uma narrativa convincente para explicar fatos perante um juízo criminal. No entanto, não se pode confundir convicção com certeza.

No âmbito do processo penal, por se tratar de valores e preceitos de extrema valia como a liberdade, a vida e a dignidade, essa distinção é ainda mais necessária. Enquanto a certeza está relacionada as provas, a comprovação de fatos, a convicção pode ocasionar erros, uma vez que busca uma sustentação por meio de crenças, concepções subjetivas e meros indícios.

Assim, pode-se distinguir a presença de duas verdades: uma processual e outra real. As terminologias apresentadas podem sugerir uma ideia de que a segunda forma demonstraria maior coerência em uma sociedade democrática, enquanto a primeira, por estar limitada à esfera processual, poderia resultar em “meias verdades”, o que soa injusto, de certa forma.

Apesar dessas aparências, um processo penal democrático é pautado pela busca de uma verdade processual, com base em provas e fatos apresentados em seu curso. É a verdadeira expressão do brocardo latino *quod non est in actis non est in mundo* (“o que não está nos autos não está no mundo”).

A verdade a ser buscada pelo processo penal não pode exceder os limites impostos pelas próprias regras processuais. Essa busca não pode se realizar por todos os meios e nem se revestir de um caráter utilitarista de forma que a sua finalidade possa justificar a maneira pela qual ela é realizada em desconformidade com a lei.

Isso porque, a principal finalidade processual não é a busca por uma verdade, mas a proteção aos indivíduos. Esta, pretendida de forma degenerada, sem observar os limites impostos pela lei e vilipendiando liberdades individuais, resulta em uma composição autoritária e irracional de qualquer processo penal (FERRAJOLI, 2002).

A verdade que o processo penal deve almejar é outra. Baseada em fatos penais relevantes para elucidação do caso concreto, ela deve obedecer ao regramento processual em vigor, observando sempre os limites impostos legalmente e

respeitando os direitos e garantias individuais do acusado. Para Ferrajoli (2002, p. 38) essa “verdade não pretende ser a verdade; não é obtida mediante indagações inquisitivas alheias ao objeto pessoal; está condicionada em si mesma pelo respeito aos procedimentos e às garantias da defesa.”

Dessa forma, a verdade a ser obtida pelo processo estará de acordo com os postulados democráticos. Assim, essa busca será formulada dentro dos limites da lei, através de meios de prova lícitos capazes de atribuir culpa ao acusado e que, na falta de elementos probatórios suficientes, a inocência do acusado prevaleça, uma vez que a acusação, por si só, não pode representar um elemento para condenação (FERRAJOLI, 2002).

Uma sentença judicial que busque expressar uma decisão justa e legítima deve estar pautada nesse último modelo. Para que alguém seja condenado criminalmente é preciso que os fatos atribuídos a sua pessoa sejam provados através de um procedimento judicial legítimo. Ou seja, através de provas legais, que não estejam de encontro ao que está previsto no ordenamento jurídico. Essa ideia compõe a verdade processual, a qual é característica de um sistema penal acusatório.

Outras vias utilizadas para alcançar a verdade sobre o cometimento ou não de determinado crime podem representar um caminho inquisitorial. Isso porque essa busca foge do domínio processual, ferindo dentre outros pilares do modelo democrático, o princípio do devido processo legal. Ou seja, os meios utilizados nessa verificação deixam de ser legítimos, para, muitas vezes, tornarem-se convenientes.

Salah Kaled Jr. (2020, p. 21) descreve com precisão como esse fenômeno se materializa na prática judicial:

A ambição da verdade pode ser inicialmente definida como uma busca deliberada pela confirmação de uma hipótese condenatória previamente eleita pelo magistrado. Essa busca não conhece quaisquer limites, motivo pelo qual o respeito pela forma é abandonado: o devido processo penal sucumbe diante do decisionismo arbitrário de um juiz que não conhece limites. E tudo em nome dela, a verdade, que assume a centralidade da arquitetura processual penal.

A busca pela verdade real, no entanto, se materializa também por diversas outras formas e por meio de diversos outros sujeitos, sejam eles processuais ou não, mas que, de alguma maneira, influenciam no processo. Ministério Público, a defesa,

as partes, as entidades policiais, a mídia e até mesmo a população podem ensejar uma guinada inquisitorial por parte do processo penal.

O presente estudo, apesar disso, não pretende realizar uma análise sobre como esse fenômeno se projeta por meio do processo penal. O importante, nesse momento, é reconhecê-lo para que fique demonstrado assim a incoerência entre um método procedimental inquisitorial e o modelo de processo penal democrático.

Isso porque o processo penal brasileiro adota o princípio da verdade real como um dos seus elementos informadores⁹. Essa opção repercute sobre diversos outros elementos processuais, seja relativizando a sua importância, ou a reforçando. Essa relevância procedimental do referido preceito fica clara nas palavras de Ricardo Gloeckner (2018, p. 415):

Trata-se de um significante capaz de estabelecer além da liberdade na coleta de provas, retirando filtros de estrutura do código em se tratando de admissão probatória, a “liberdade” na aferição dos elementos coligidos ao processo, agregando-se um “dever de impulso” processual. A verdade real é um motivo simbólico que, diferenciando processo civil do penal (verdade formal e verdade real), assegura ao juiz o papel de protagonista. Os poderes instrutórios ou simplesmente poderes ex officio, portanto, amparados em uma concepção juspublicística de processo, exigiria do magistrado certa postura de insatisfação relativamente ao material probatório oferecido pelas partes.

A busca por uma verdade real é capaz de desfigurar por completo um processo penal pautado por um viés democrático. Alguns procedimentos passam a ser valorados de forma diferente, sujeitos processuais assumem posturas descabidas e ilegítimas e garantias processuais perdem o seu valor ou são relativizadas.

É por essa razão, por exemplo, que inquéritos policiais passam a ter força probatória no curso do processo e que os meios de prova alcançam um patamar de irrefutabilidade, passando-se a admitir ou mesmo tolerar provas ilegais. Estimula ainda um papel de juiz inquisidor por meio do exacerbamento de suas atividades

⁹ O Código de Processo Penal Brasileiro consagra o referido princípio por meio de alguns de seus dispositivos, a exemplo dos artigos 184 (“Salvo o caso de exame de corpo de delito, o juiz ou a autoridade policial negará a perícia requerida pelas partes, quando não for necessária ao esclarecimento da verdade.”); 211 (“e o juiz, ao pronunciar sentença final, reconhecer que alguma testemunha fez afirmação falsa, calou ou negou a verdade, remeterá cópia do depoimento à autoridade policial para a instauração de inquérito.”); 497 (“São atribuições do juiz presidente do Tribunal do Júri, além de outras expressamente referidas neste Código: XI - determinar, de ofício ou a requerimento das partes ou de qualquer jurado, as diligências destinadas a sanar nulidade ou a suprir falta que prejudique o esclarecimento da verdade;”).

instrutórias, tal qual o modelo canônico, no intuito de que não possam restar dúvidas sobre o cometimento do fato (GLOECKNER, 2018).

Com isso, uma outra importante característica dos modelos processuais modernos, o *in dubio pro reo*, se torna quase irrelevante. Compreendido também como uma garantia individual, torna-se uma espécie de *ultima ratio* para o julgador, assumindo assim o lugar da pena privativa de liberdade, que, muitas vezes, parece figurar como o objetivo principal no processo penal brasileiro.

Como afirma Gloeckner (2018, p. 417), “seria justamente o *in dubio pro reo* sacrificado por esta compreensão de processo penal, já que o dever de esgotar os meios e fontes de prova impulsionaria o magistrado a evitar a absolvição baseada em tal critério”. Assim, restaria prejudicada também a garantia da presunção de inocência, que engloba os postulados do princípio em questão.

A busca por uma verdade real torna-se então responsável pelo desvirtuamento do processo penal, o qual não deve servir de instrumento para alcançar tal objetivo. A verdade deve emergir em decorrência dele, mas não configurar a sua razão para existir, uma vez que absolvição e condenação não devem ser a sua finalidade.

Estipular essas hipóteses como seu propósito poderia transformá-lo em uma mera ferramenta assecuratória das intenções das partes, seja da defesa ou da acusação, ou mesmo do juiz, que pode assumir uma postura parcial em decorrência de suas crenças pré-estabelecidas. O processo penal serviria, então, apenas como uma formalização dessas pretensões.

A ideia de instrumentalidade do processo penal pode ser desvirtuada e posta a disposição de finalidades diversas. Deve-se atentar-se para um outro paradigma sobre o processo penal. É preciso enxergá-lo como um meio de contenção do poder punitivo estatal. Ou seja, um obstáculo a mais para que o Estado possa restringir direitos e garantias individuais de seus cidadãos.

Torná-lo uma mera ferramenta na busca pela verdade pode proporcionar um enfraquecimento à ideia liberal presente no estado democrático de direito. As garantias e direitos civis dos cidadãos podem ficar comprometidos perante a ânsia em encontrar respostas e soluções, o que pode gerar, inclusive, conclusões equivocadas sobre a prática de uma conduta criminosa.

É necessário então que o processo penal seja encarado não como uma “máquina da verdade”, mas como um método de análise. Um conjunto de procedimentos suficientemente capazes de analisar fatos e provas e assim estabelecer um desfecho através de suas regras.

O processo penal não encontra uma resposta, ele não a produz propriamente. O único produto do processo penal deve ser uma decisão, com base na análise técnica e imparcial de outras verdades, as quais, essas sim, podem ser parciais ou não. Caberá ao julgador apreciá-las, de modo também imparcial, e assim determinar uma conclusão jurídica para o caso concreto.

O desfecho resultante do processo penal deve representar uma verdade processual. Ou seja, aquela que, por meio do que foi apresentado no processo, e com base nas provas inseridas ali, irrompeu a tensão entre defesa e acusação, e sobressaiu-se em razão de uma análise técnica e legal manifestada através de uma decisão judicial.

A verdade, aqui, deve ser exclusivamente vista como um resultado, um produto. Não se pode alçá-la à condição de finalidade, de objetivo. O propósito do processo penal não pode ser a busca por uma resposta, sob o risco de todo o procedimento resultar prejudicado ao assumir um viés utilitarista, em que os fins poderiam justificar os meios.

Destacar o fim do processo como justificativa para utilização de meios não previstos em lei afasta o processo penal do seu viés democrático e de seu objetivo de proteção aos direitos e garantias individuais. Ele passa a configurar como um instrumento de legitimação de atuação estatal contra os “inimigos”, uma vez que não observará limites e compactuará com o caráter autoritário e punitivo do Estado (KHALED JUNIOR, 2020).

Percebe-se, dessa forma, como o processo penal pode se tornar um instrumento de opressão ao conferir a ele características inquisitoriais. Ainda assim, um modelo processual pautado na pretensão de uma verdade real, por si só, não seria capaz de determinar se um sistema político-criminal pode ser considerado liberal, autoritário ou totalitário.

Isso porque, com a adoção do conceito de sistemas mistos, já mencionado anteriormente, essa conclusão torna-se um pouco mais difícil. Nas palavras Khaled Júnior (2020, p. 29):

a verdade correspondente é mais do que um conceito: é uma espécie de critério argumentativo que oferece suporte à arquitetura inquisitória processual, que persiste em manter-se vigente, mesmo dentro do contexto de um Estado Democrático de Direito, o qual por excelência não deveria comportar espaço para o florescimento de sensibilidades inquisidoras.

Para comprovar a ideia de como o processo penal inquisitorial pode influenciar no conceito de um sistema político-criminal, é preciso encontrar outras características que reforcem ainda mais a inquisitorialidade do referido modelo. Dessa forma, analisar outros elementos e fatores que contribuem para que essa perspectiva antidemocrática se faz necessário.

2.2.2 A relativização do contraditório

Outra particularidade de um modelo de processo penal inquisitorial diz respeito a forma como o contraditório se impõe durante as diversas fases procedimentais. Diante do comportamento adotado pelos sujeitos processuais na busca de uma verdade real, essa garantia constitucional é vista como um obstáculo e acaba, muitas vezes, reduzido à uma condição de relatividade.

No entanto, como o próprio ordenamento jurídico brasileiro determina, o contraditório está presente no rol de direitos e garantias individuais da Constituição Federal Brasileira¹⁰. Isso deveria representar uma importante peculiaridade ao processo penal, uma vez que não se trata apenas de um mero direito de quem está sendo acusado pela prática de um crime, mas de um princípio norteador de toda a atividade processual.

Com a relativização do contraditório, um dos principais pilares da construção liberal de um estado democrático de direito é derrubado. Acusar alguém sem que esse possa ter o total conhecimento daquilo que lhe está sendo imputado não lhe permite uma defesa ampla e irrestrita, como deve ser. Seria como entrar em um ringue de

¹⁰ Art. 5º, LV, da Constituição Federal de 1988: “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”

boxe com os olhos vendados enquanto o adversário pode enxergar todos os seus movimentos.

A nosso juízo, os princípios mais importantes para o processo penal moderno são da imparcialidade do Juiz e o do contraditório. Pode-se mesmo dizer que os demais princípios nada mais são do que conseqüências lógicas destes dois princípios reitores. (JARDIM, 2005, p. 40)

Consoante a afirmação de Afrânio Silva Jardim, infere-se, então, que uma não observância ao contraditório pode representar uma transfiguração sobre o que seria esse processo penal moderno. Pautado por meio de um sistema acusatório, ele serve de sustentáculo para o ideal de um estado democrático de direito.

O respeito a diversos direitos e garantias individuais fomenta a liberdade do cidadão e possibilita a contenção do poder do Estado perante as suas pretensões punitivas. O desrespeito ao contraditório no processo penal, o qual muitas vezes representa uma materialização da busca por uma verdade real, irá representar uma tendência inquisitorial.

No Brasil, um dos principais empecilhos para a materialização processual do contraditório diz respeito a forma como os inquéritos policiais têm sido tratados perante os tribunais. No entanto, esse é um problema que surge em uma fase anterior ao processo e que apresenta dois aspectos diferentes quanto a violação dessa garantia nesse primeiro momento, mas que irá repercutir, incidentalmente, na fase judicial do processo.

O primeiro, diz respeito à necessidade de estabelecimento do contraditório durante os procedimentos investigativos instaurados pela autoridade policial. Depois, sob uma outra perspectiva, partindo dessa prévia análise sobre a importância de ser observada tal garantia durante a fase de inquérito, busca-se fazer uma breve reflexão a respeito dos obstáculos existentes para que essa prerrogativa seja assegurada a todos os indivíduos, especialmente aqueles mais vulneráveis.

Embora superada por parte da doutrina, há uma discussão sobre a necessidade de o contraditório estar presente durante o inquérito policial, o que na prática pode representar prejuízo ao direito de defesa do réu. Por se tratar de um procedimento naturalmente inquisitorial, persiste um entendimento que não há

necessidade de o acusado ter acesso a seus autos, uma vez que não se trata de um processo judicial.

No entanto, a Constituição Federal Brasileira foi lúcida ao apontar que o direito ao contraditório e à ampla defesa são garantidos não só aqueles que litigam por meio de processos judiciais, mas a todos que estão sob acusação de uma forma geral¹¹. Por sua vez, é preciso destacar que a garantia desses direitos no âmbito inquisitorial remete apenas a garantia de informação sobre o que se está sendo investigado.

Não se trata assim de uma acusação formal. No entanto, devido ao condão prejudicial que pode ser alcançado através do inquérito, tratar a fase policial como uma incriminação não representa um exagero, por duas razões.

Primeiro que, embora não constitua uma fase processual do processo penal, o impacto de uma investigação policial sob qualquer pessoa pode refletir de forma desproporcional consoante a verdadeira natureza do procedimento. Por diferentes motivos, a sociedade pode interpretar um simples ato investigatório como uma sentença penal definitiva, o que extrapola e muito a própria ideia de uma mera acusação.

Percebe-se com isso que a Constituição brasileira ao utilizar o termo “acusados em geral” buscou, de fato, proteger direitos e garantias fundamentais de seus cidadãos ao dar a eles a chance de entender os motivos pelo qual está sendo investigado. Ainda assim, diante de um problema ainda mais grave, esse entendimento se revela ainda mais necessário.

A despeito da inadmissibilidade de o inquérito policial integrar o processo judicial, de que seus elementos não constituem meios de prova e que a sentença penal condenatória não possa utilizá-lo como fundamentação, a sua presença no processo penal é comum. Isso pode acontecer de forma explícita e concreta, bem como por meio da capacidade de influenciar os sujeitos processuais.

A função do inquérito policial deveria estar restrita apenas a obter os elementos necessários a respeito do suposto fato criminoso para que o titular da ação penal possa exercer a sua pretensão acusatória. No entanto, como já dito anteriormente, o

¹¹ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: 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;

procedimento investigativo, com frequência, tem feito parte também do processo judicial.

Essa é a segunda razão que faz o inquérito ser alçado a natureza de acusação, mas que representa uma complicação ainda maior. A sua característica inquisitorial é inserida no processo judicial e isso representa uma afronta aos ideais penais democráticos, uma vez que o procedimento adotado nessa fase pré-processual não observa devidamente as garantias processuais.

Não se trata aqui de uma discussão sobre o respeito e a necessidade ao contraditório, o que a esse ponto já se mostra superada. A presença de elementos oriundos do inquérito na fase judicial torna o processo penal uma ferramenta de convalidação acusatória, uma vez que a defesa não é exercida de forma tempestiva na formação desses pormenores.

A inserção de elementos do inquérito policial nos autos do processo configura uma grave afronta ao princípio do contraditório. Os atos policiais investigativos são suficientemente capazes de interferir, mesmo que de forma inconsciente, na imparcialidade do julgador, o qual pode promover valoração dessas matérias no momento do julgamento (LOPES JR, 2004).

A inquisitorialidade desses atos, por sua vez, não deveria permitir a sua utilização no curso do processo judicial, uma vez que o contraditório não fora respeitado no momento da produção desses elementos. No entanto, não raramente, eles têm sido utilizados, de forma consciente, no âmbito do processo penal, servindo de lastro para condenações que deveriam ser revertidas em absolvição em razão da falta de provas (LOPES JR, 2004).

Essa concepção sobre a presença do inquérito no processo penal é fruto de estruturas jurídicas modernas, oriundas de acepções democráticas mais sólidas e garantistas que visam a emancipação do indivíduo perante o Estado. É o que acontece, por exemplo, com a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969)¹².

¹² O art. 7.4 da Convenção Americana de Direitos Humanos é claro ao determinar o direito à informação sobre as acusações que recaem sobre a sua pessoa: “Toda pessoa detida ou retida deve ser informada das razões da sua detenção e notificada, sem demora, da acusação ou acusações formuladas contra ela”.

O documento faz menção ainda à necessidade de serem respeitadas diversas garantias individuais durante o curso do processo¹³. O contraditório, por sua vez, representa então mais que uma garantia, mas uma ferramenta mantenedora desses direitos.

A inserção do inquérito no processo judicial viola essas prerrogativas uma vez que seu procedimento não observou o contraditório na formulação de suas proposições. Aquele a quem recai a acusação não pôde exercer o seu direito de defesa de forma plena, e, conseqüentemente, resta prejudicado em face dessa relação inquisitorial uma vez que as ferramentas judiciais podem não se mostrar eficazes para reverter o dano pré-existente. Nas palavras de Gloeckner (2018, p. 422-423):

quando se admite que os depoimentos em juízo sejam confrontados com aqueles prestados perante a polícia, a leitura de trechos dos depoimentos, serve para “refrescar a memória” do depoente, o que significa: reordenar a narrativa, a fim de que ela volte para a história já documentada desde a fase policial; ou ainda, constranger a testemunha a fim de que ela apenas ratifique os elementos integrados à investigação preliminar. Portanto, qualquer tentativa de contraditório quando a oralidade é limitada desde o exterior, através de narrativas prestadas em outras sedes equivale a uma defraudação da imediatidade intrínseca ao contraditório. O inquérito, portanto, neste ponto, funciona como um “contrator da verdade”, presumidamente encontrada na fase preliminar, à espera de uma formal ratificação em juízo.

Fica evidente assim que há um movimento de deturpação do contraditório na prática processualística criminal brasileira por meio da integração do inquérito policial ao processo judicial. Essa realidade reflete e é reflexo de características autoritárias presentes no processo penal por meio de suas acepções inquisitoriais.

Isso porque, é inegável que a inserção do inquérito policial em âmbito judicial prejudica todo um sistema de regras pautado no modelo acusatório. Os desfechos encontrados na fase investigativa não obedecem aos mesmos ditames processuais pautados em garantias como o contraditório, o direito à ampla defesa e à presunção de inocência.

A introdução dos elementos do inquérito no âmbito do processo judicial, sem a devida observância do contraditório, ou mesmo em desacordo com as limitações

¹³ Tais garantias estão presentes no art. 8.2 do documento em questão, e buscam resguardar a presunção de inocência daquele que está sendo acusado.

impostas pela lei, deslegitima o processo penal. Ainda que o julgador se valha de argumentos retóricos a fim de transmitir validade a esses atos, a inquisitorialidade característica de sua produção não é afastada, o que configuraria uma fraude ao processo penal, transformando-o em uma mera repetição do inquérito policial (LOPES JR, 2004).

Por outro lado, a forma como o processo penal brasileiro está relacionado com o inquérito é decorrente do caráter inquisitório que persiste mesmo com o advento da Constituição Federal de 1988. São marcas do ainda vigente Código de Processo Penal de 1941, escrito sob o viés autoritário do *Codice Rocco* italiano.

Como já tratado no item 2.2.1, a busca por uma “verdade real” faz com que garantias deixem de ser observadas no intuito de alcançar essa finalidade. Assim acontece com o contraditório, que é relativizado em meio a esse processo de admissão do inquérito policial na fase judicial. E, como também já mencionado acima, isso ocorre de forma involuntária, mas também de maneira expressa, como por exemplo, por meio de autorização legal¹⁴.

A despeito da discussão sobre a necessidade do contraditório na fase pré-processual e dos possíveis efeitos causados pela sua não observância, deve-se atentar para um outro aspecto durante a etapa investigativa. A falta de estrutura e de instrumentos capazes de garantir o respeito a essa garantia pode representar, além da sua ineficácia, uma discrepância no seu acesso.

Esse problema está representado por meio de uma importante característica sobre a realidade criminal no Brasil: a maior parte dos acusados pelo cometimento de crimes no país pertence às classes econômicas menos favorecidas. Por essa razão, é possível inferir que nem sempre a defesa desses suspeitos será eficaz e plena.

Isso porque, em razão das dificuldades financeiras pelas quais a maior parte desses indivíduos enfrentam, a contratação de um bom defensor, ou mesmo de algum, se torna impossível, e em parte considerável dos casos, eles serão atendidos pela Defensoria Pública. Aqui, por sua vez, não cabe fazer um juízo de valor a respeito da instituição, nem muito menos apreciar negativamente a sua atuação institucional.

¹⁴ Código de Processo Penal Brasileiro: Art. 5º Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado: [...] II - mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

No entanto, é preciso destacar que há um vácuo na atividade da Defensoria Pública durante a fase do inquérito policial. Em grande parte dos estados brasileiros, defensoras e defensores públicos não acompanham as investigações policiais, não havendo sequer uma regulamentação para esse tipo de atuação.

Não se trata, no entanto, de uma verificação de incompetência institucional, nem sequer de uma atuação ineficaz. As instituições defensoriais no Brasil, em quase sua totalidade, são marcadas por uma alta demanda de trabalho e pouca estrutura para o seu funcionamento. Isso fica evidente ao comparar os orçamentos destinados à Defensoria Pública e os referentes ao Judiciário e Ministério Público, que compõem com a instituição os pilares do sistema de justiça no país.

Logo, não obstante a importância da discussão a respeito da observância ou não do contraditório na fase pré-processual, suas conclusões podem resultar infrutíferas para a realidade da maior parte dos investigados no inquérito policial. Ou, de uma forma paradoxal, a preservação dessa garantia pode representar fomentar uma desigualdade no tratamento jurídico dispensado às pessoas de classes sociais diferentes.

O papel de uma defesa plena e eficaz já no momento do pré-processual é deveras importante não só para garantir que as devidas garantias do acusado sejam respeitadas na fase investigativa. Pelas razões já apontadas anteriormente, em virtude da integração dos elementos do inquérito no processo judicial, essa se mostra ainda mais necessária.

Assim, uma simples compreensão sobre a necessidade do contraditório durante o inquérito policial poderia gerar um despropósito no que diz respeito das premissas estabelecidas por uma teoria garantista. Estariam elas sob o risco de tornar o garantismo em mais elemento propulsor da seletividade penal no Brasil.

Ou seja, é insuficiente apenas discutir o contraditório no inquérito policial como necessário ou não. Indispensável se faz também um debate sobre como torná-lo eficaz. E, não resta dúvida que essa discussão estaria fortemente atrelada a atuação da Defensoria Pública enquanto uma instituição consolidada e estruturada, capaz de defender os direitos e interesses a todos os indivíduos que dela necessitem, perante o sistema de justiça brasileiro.

Dessa forma, fica evidente a disfunção existente em razão do não compromisso do inquérito policial com o contraditório. Para além de sua não observância, existem também complicações como a desigualdade no acesso à essa garantia e a sua proteção eficaz, ainda que em sede de fase preliminar ao processo judicial, mas que repercute em juízo.

Sobre esses aspectos, uma importante particularidade sobre o inquérito policial desvela uma possível razão das circunstâncias inquisitoriais e autoritárias presentes nessa fase preliminar. O Código de Processo Penal de 1941 é o principal regulador dos procedimentos investigativos em questão e essa pode ser uma das principais explicações para entender esse tipo de comportamento:

Insta ressaltar, por conseguinte, que, apesar de diversas modificações no conteúdo primário do código, a construção da fase preliminar não foi substancialmente alterada, mantendo em quase sua totalidade as suas ideias originais e mentalidade autoritária da época. Com isso, as práticas investigativas hodiernas acabam sendo as mesmas que as adotadas em um regime autoritário de mais de 75 anos atrás (MELO, 2020, p. 109).

Fica claro assim que a orientação do inquérito policial no Brasil segue pautada em um contexto diferente do que a Constituição de 1988 estabeleceu. Separados por quase meio século, as influências sob as quais os referidos diplomas legais foram editados se contrapõem. Enquanto a Carta Maior remete a um processo penal disciplinado por um modelo acusatório, o diploma infralegal adota um modelo inquisitorial, especialmente pela presença de ideias autoritárias importadas do *Codice Rocco*.

Essa acepção autoritária reverbera em parte considerável da doutrina processualística brasileira que enxerga o contraditório como um princípio. No entanto, o papel que a Constituição atribui a ele é outro:

O contraditório não é princípio, mas “técnica de coleta probatória”. Portanto, a oralidade consiste em seu núcleo fundamental. Os depoimentos contidos na fase policial servem como elementos para ditar limitações à oralidade e à imediatidade da prova. Sendo o contraditório um método, tal método é falho quando elementos escritos servem para transformar oralidade e imediatidade em testemunhos ratificatórios, o que consiste na transformação da fase judicial em uma pantomima, em uma teatralização dos elementos previamente recolhidos ou, como afirma CORDERO, em um campeonato de oratória (GLOECKNER, 2018, p. 423).

Compreender o contraditório enquanto uma norma principiológica, ainda que sob o condão constitucional, reduz o seu valor enquanto regramento específico para constituição de provas a serem utilizadas em meio ao processo penal. A absorção do inquérito policial na fase processual, seja como parte integrante do conjunto probatório, seja como elemento influenciador da capacidade cognitiva do julgador, configura essa flexibilização.

O rito procedimental restará, então, prejudicado, uma vez que não obedecerá ao regramento constitucional. O acusado, por sua vez, estará em uma posição vulnerável perante o seu adversário processual, o órgão acusador. Seria como uma inversão de papéis, na qual o réu se torna vítima e o Estado passa a ser o transgressor da ordem jurídica.

Define-se assim o poder punitivo em sua perspectiva mais perigosa e ameaçadora. A flexibilização de garantias fundamentais a fim de estabelecer uma pena a um indivíduo, independente de quaisquer circunstâncias fáticas que possam existir, representa um viés totalitário e põe em risco as bases de construção do estado democrático de direito.

Dessa forma, o acusado, a quem deveria ser considerado inocente até o trânsito em julgado de sua sentença condenatória, passa a ter, desde a fase processual, a necessidade de provar a sua inculpabilidade. Ou seja, sob a presença desse viés autoritário no curso do processo penal, o réu acaba assumindo o esse ônus probatório, uma vez que os elementos inquisitoriais adotados durante o processo transformam a sua presunção de inocência em presunção de culpabilidade.

2.2.3 A gestão das provas e a dúvida como elemento de certeza para a condenação

Outro ponto de grande relevância para identificação de aspectos autoritários diz respeito ao sistema de produção de provas estabelecidos pelo processo penal brasileiro. Diretamente relacionado com as questões atinentes ao contraditório, o procedimento probatório apresenta um caráter fortemente inquisitorial no Brasil.

Além da discussão sobre o conteúdo e tipo de provas admitidas legalmente, qualquer observação sob essa perspectiva carece de uma análise subjetiva, ou seja,

a quem está atribuída a necessidade de produzi-las. A relação entre os sujeitos do processo e as suas atribuições probatórias se relacionam com as atividades de investigação, acusação, defesa e julgamento no processo penal.

Assim, sob o viés democrático, ecoado nos dizeres modernos da processualística penal, não se mostra coerente que o órgão julgador atue de forma ativa na elucidação de fatos por meio de instruções probatórias. O juiz deve executar apenas a sua função de julgar, cabendo as demais partes processuais o papel de pleitear a produção de provas para elucidação dos fatos sustentados em razão de seus interesses processuais (GOLDSCHIMIDT, 2018).

Essa, no entanto, não é a postura adotada pelo Código de Processo Penal de 1941. O documento traz uma série de dispositivos que elevam o magistrado à uma posição de juiz inquiridor¹⁵. O papel do juiz no processo penal brasileiro, no que diz respeito a produção de provas, em muitas ocasiões, assume uma postura de acusação.

Esse comportamento, além de revelar um desequilíbrio, uma vez que fere a ideia de paridade de armas entre defesa e acusação, põe em risco também a atividade do órgão acusador. Ora, se cabe ao magistrado as atividades instrutórias do Ministério Público no curso do processo a fim de alegar os fatos imputados na denúncia, qual seria a função do ente ministerial em juízo? Estaria ele relegado a um mero figurante?

Não parece razoável acreditar que toda a estrutura institucional de um órgão imprescindível ao modelo de estado democrático de direito tenha sido criada apenas em razão da inércia jurisdicional que impede o magistrado de dar início a ação penal. Por outro lado, é mais concebível a ideia de que o Estado pretende exercer seu poder

¹⁵ O papel do juiz é ampliado por meio da atribuição de poderes processuais no sentido de agir de forma ativa para a produção de provas, ou, ainda, no cumprimento de funções concernentes ao órgão acusador. Dentre tais deliberações, podem ser citados: art. 311 (que possibilita a decretação da prisão preventiva de ofício pelo juiz); art. 242 (a busca e apreensão, também a critério do órgão julgador); art. 209 (permite ao juiz ouvir testemunhas além daquelas já indicadas pelas partes); art. 196 (a permissão para interrogar, a qualquer tempo, o acusado) e; art. 156 (que alarga a margem de atuação do magistrado na produção de provas, permitindo sua atuação, inclusive, antes do início da ação penal, ou seja, antes da formulação de uma acusação formal). Além disso, o mesmo Código torna essa atuação ainda mais confusa e próxima da função acusadora por meio de dispositivos como: art. 385 (possibilita que o juiz condene ainda que o órgão acusador tenha opinado pela absolvição, ou que, na condenação, sejam consideradas circunstâncias não alegadas pela acusação) e; art. 383 (permite ao juiz que interprete a denúncia de forma diversa do órgão acusador e estabeleça condenação em razão da nova definição jurídica para os fatos, ainda que a pena seja mais grave).

punitivo de forma mais abrangente, através de uma estrutura mais robusta, no intuito de concretizar suas pretensões autoritárias por meio de um revestimento democrático.

Por meio dessa composição, na qual o juiz ocupa um papel ativo no processamento dos meios de prova, revela-se um importante traço de inquisitorialidade no processo penal brasileiro. A atuação do magistrado na dinâmica probatória é determinante para a definição do sistema processual em inquisitório ou acusatório.

A gestão de provas no curso do processo penal configura o principal elemento para diferenciação entre os sistemas inquisitório e acusatório. Uma vez que uma das finalidades do processo é reconstituição de um fato delituoso por meio de elementos probatórios, a forma como esse procedimento se desenvolve é de grande relevância para caracterização da inquisitorialidade ou acusatorialidade (COUTINHO, 1998).

Em um modelo inquisitório, o juiz assume um papel centralizador na condução da instrução probatória, retirando das partes o protagonismo dessa função processual. Acusação e defesa assumem um papel secundário, elevando o magistrado à uma condição paradoxal, uma vez que ele mesmo irá julgar o caso conforme as provas produzidas por si próprio.

A contradição desse contexto é revelada não pelo conteúdo das provas produzidas, mas pela valoração desses elementos. Assim, uma determinada evidência encontrada durante a instrução probatória conduzida pelo juiz, a despeito de se mostrar relevante ou não para o desfecho do processo judicial, pode ganhar uma significação diferente, uma vez que quem a produziu será a mesma pessoa quem irá julgar a demanda. Nas palavras de Geraldo Prado:

A ordem das coisas colocadas no processo permite, pragmaticamente, constatar que a ação voltada à introdução do material probatório é precedida da consideração psicológica pertinente aos rumos que o citado material possa determinar, se efetivamente incorporado ao processo.²⁰⁸ Ao tipo de prova que se pesquisa corresponde um prognóstico, mais ou menos seguro, da real existência do thema probandum, e, sem dúvida, também das consequências jurídicas que podem advir da positivação da questão fática. Quem procura sabe ao certo o que pretende encontrar e isso, em termos de processo penal condenatório, representa uma inclinação ou tendência perigosamente comprometedora da imparcialidade do julgador (PRADO, 2001, p. 158).

Essa circunstância reduz a imparcialidade do juiz, que, em razão de uma predisposição em condenar, ou mesmo em absolver o acusado, pode conduzir o

procedimento probatório de maneira facciosa. Essa, então, é a principal característica do sistema inquisitório. A atuação do magistrado durante o processo de produção de provas torna-se fundamentalmente relevante para caracterização do sistema inquisitório, uma vez que ele disporia de poderes irrestritos para produção e apreciação dessas provas, não observando assim os limites interpostos pela lei (COUTINHO, 2015).

É preciso ressaltar, no entanto, que apesar de ficar demonstrado esse importante aspecto sobre o processo penal brasileiro, ele também apresenta elementos dotados de acusatorialidade. Por se tratar de um sistema processual misto, essas características, aparentemente antagônicas, estão presentes nas diversas fases do processo criminal.

No entanto, é preciso ressaltar que a definição de um sistema processual como inquisitório não impossibilita a presença de elementos acusatoriais em sua composição. Ainda que existam características de um sistema acusatório na legislação processual, como ocorre no Brasil, a inquisitorialidade, determinada pela forma como o juiz atua durante a gestão de provas no processo penal brasileiro, definirá o sistema processual como tal, uma vez que representa a seu elemento caracterizador principal (LOPES JR, 2004).

A presença desses elementos, dotados de características tão diferentes, também possui como razão um fator cronológico. Ao longo de quase setenta anos, o Código de Processo Penal de 1941 manteve-se vigente durante períodos político-sociais muito distintos no curso da história brasileira.

A sua edição ocorre em meio ao Estado Novo, durante o Governo de Getúlio Vargas, marcado fortemente pela centralização do poder, aspirações autoritárias e sentimentos nacionalistas. Ainda nesse momento inicial, destaca-se também uma forte influência do *Codice Rocco* italiano, o qual representava diversas pretensões fascistas do governo de Mussolini, como já destacado anteriormente.

Em sequência, destaca-se a sua vigência durante os mais de vinte anos da ditadura militar no Brasil, período no qual as liberdades e garantias individuais sofreram uma enorme repressão. Apesar disso, o Código de 1941 persiste e atravessa todo o processo de redemocratização brasileira, a promulgação de uma nova

Constituição, detentora de um viés democrático muito forte, e se mantém em validade até hoje.

Durante esse processo, diversas pequenas reformas processuais foram feitas, e inúmeros dispositivos acabaram revogados, reformulados ou criados. Isso ajuda a explicar a presença de elementos tão contraditórios em uma mesma codificação legal e as diversas alterações legislativas que o Código sofreu ao longo da história. Nesse sentido, Goldschmidt traz uma importante compreensão a respeito dessas mudanças:

Os princípios da política criminal de uma nação não são outra coisa que segmentos de sua política estatal em geral. Pode-se dizer que a estrutura do processo penal de uma nação não é senão o termômetro dos elementos corporativos ou autoritários de sua Constituição. Partindo dessa experiência, a ciência processual desenvolveu um número de princípios opostos constitutivos do processo. A mútua luta entre eles, o triunfo ora de um, ora de outro, ou sua fusão caracterizam a história do processo. O predomínio de um ou outro destes princípios opostos no Direito vigente não é, tampouco, mais que um trânsito do Direito do passado ao Direito do futuro (GOLDSCHMIDT, 2018, p. 67).

Ainda assim, apesar das profundas mudanças sofridas ao longo de quase sete décadas, em nenhum momento o Código de 1941 adotou uma postura diversa em relação ao sistema de produção de provas e a participação do juiz enquanto figura central desse procedimento. A gestão probatória permanece sob a tutela do magistrado, o que, conseqüentemente, torna o processo penal brasileiro, em seu fundamento, um modelo inquisitório.

No entanto, é preciso destacar que, com o advento da Constituição de 1988, instaurou-se na doutrina jurídica brasileira um intenso debate sobre a necessidade de se estabelecer um modelo de caráter acusatório para o processo penal brasileiro. Por essa razão, o Código sofreu uma série de modificações em seu texto legal com o intuito de torná-lo compatível com os novos ditames constitucionais¹⁶.

¹⁶ Para exemplificar, cita-se a reformulação de alguns dispositivos legais ocorrida em 2003, como o art. 186, que assegurou ao réu o direito ao silêncio, sem que esse possa ser interpretado “em prejuízo da própria defesa”, como previa a redação anterior; e o art. 187, o qual passou a prever a possibilidade de o acusado poder responder perguntas do seu advogado, faculdade essa, que até então, era atribuída apenas ao juiz. Outra mudança simbólica diz respeito ao art. 212, que teve seu texto legal alterado em 2008, passando a dispor que as perguntas direcionadas às testemunhas deverão ser formuladas diretamente pelas partes, e não solicitadas ao juiz para que esse as formule, como previa a redação do texto anterior. Por fim, uma outra importante alteração, ainda em 1996, diz respeito ao art. 366, que teve seu texto modificado para impedir que um acusado pudesse ser julgado à revelia, tendo revogados, inclusive, seus dois parágrafos, os quais admitiam que a produção de provas pudesse

Recentemente, a Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019, popularmente conhecida como “Projeto Anticrime”, promoveu inúmeras alterações significativas no processo penal brasileiro. O art. 3º-A, criado pelo referido diploma legal, determina o caráter acusatório do processo penal e veda “a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”, corroborando assim o que a Constituição Federal preconiza em seu art. 129, inciso I¹⁷.

No entanto, é necessário destacar que o presente dispositivo, juntamente com outros itens da Lei 13.964/2019 encontram-se suspensos, devido uma decisão do Ministro do Supremo Tribunal Federal Luis Fux. A decisão foi proferida monocraticamente em resposta a interposição de uma medida cautelar requerida, dentre outros, pela Associação dos Magistrados Brasileiros e pela Associação de Juízes Federais do Brasil no curso da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.298/DF.

Sobre esse fato, duas peculiaridades chamam atenção. Primeiro, a incongruência gerada pela pretensão que um dispositivo, o qual ratifica o posicionamento da Constituição brasileira, seja declarado inconstitucional. Depois, o fato de os solicitantes da ação serem associações de magistrados.

Ou seja, a inquisitorialidade parece ser mais do que um traço do processo penal. Ela assume uma condição peculiar que extrapola os limites do processo judicial e passa a ser tratada como uma prerrogativa funcional de juízes em prol da sociedade sob o pretexto de manutenção da segurança pública.

Essa postura inquisitorial dos magistrados durante o curso do processo judicial, especialmente no que diz respeito a gestão probatória, é orientada pelo conceito de livre convencimento do juiz. Essa noção incentiva a concentração de poderes na figura do órgão julgador, assumindo ele uma postura autocrática em relação as outras partes no processo, especialmente ao avocar para si funções que deveriam ser exercidas pelos demais sujeitos processuais.

ocorrer com a presença do Ministério Público e de um defensor dativo, que na prática, inviabilizaria completamente o contraditório e a ampla defesa.

¹⁷ Art. 129, I, da Constituição Federal Brasileira de 1988: São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei.

Ao tratar do livre convencimento no modelo inquisitorial, Ricardo Gloeckner (2018, p. 409) afirma que “a base do processo penal residiria em um juiz que pudesse decidir de maneira não adstrita ou vinculada às provas coletadas no processo, nem tampouco a necessidade de obedecer a determinadas regras valorativas”. Essa concepção está relacionada à uma visão instrumentalizada do processo, na qual, supostamente, o magistrado é responsável por buscar uma verdade real:

A noção de livre convicção, ainda, estava entrelaçada à ideia de verdade real, garantindo, desta forma, um conjunto tríplice de mecanismos que liberavam o juiz de quaisquer cânones interpretativos ou valorativos no momento de proceder à decisão, e que autorizavam o magistrado a conduzir o processo na tentativa de capturar provas faltantes, que por seu turno teriam o condão de tamponar lacunas probatórias (GLOECKNER, 2018, p. 409).

Outra consequência decorrente da presença do conceito de livre convencimento do juiz no processo penal diz respeito a delimitação do que é admitido como meios de prova. Ao conduzir a dinâmica de produção probatória, envolvido pela ânsia de apresentar uma resposta à cobiça punitivista do Estado e também da sociedade, o magistrado pode considerar elementos não amparados pela lei para fundamentar sua decisão.

Essa concepção é resultado do que ficou convencionado por meio do princípio da liberdade de provas. Está associada a ideia do livre convencimento, proveniente do processo civil, e da busca por uma verdade real. Juntas, formam a base do pensamento inquisitorial dentro de um processo penal autoritário.

Sob esses aspectos, o magistrado poderá produzir provas indiscriminadamente, sob a justificativa de garantir uma decisão que esteja de acordo com essa suposta verdade real, o que justificaria a livre apreciação de provas. No entanto, como aponta Lenio Streck (2018), há uma aparente contradição entre ambos, uma vez que essa liberdade de convencimento, conferida ao juiz, destoa do que uma suposta verdade real deveria representar, uma vez que, diante do seu caráter de certeza absoluta, as interpretações deveriam estar restritas.

Essa liberdade, no entanto, não é absoluta no processo penal brasileiro. Hoje, existem diversas limitações ao uso de determinados meios probatórios no curso do

processo judicial¹⁸. Ainda assim, como já mencionado no tópico anterior em relação a produção de provas que não obedecem ao regramento do contraditório, o juiz pode fazer uso desses elementos de forma dissimulada.

Além disso, a fundamentação da sentença judicial pode estar assentada em uma valoração livre das provas constantes nos autos. Ou seja, além da estranha possibilidade de o juiz poder produzir provas conforme o seu arbítrio, ele tem a possibilidade de escolher a forma como esses elementos probatórios irão influir na tomada de decisão.

O julgador pode deixar-se levar por uma presunção de culpa e passar a atuar, intencionalmente, para comprovar aquilo que inicialmente ele imaginou no seu íntimo. Assim, o juiz poderá, inclusive, produzir provas que não foram sequer mencionadas pelo órgão acusador, assumindo assim o seu papel e extrapolando a sua função de julgar. Dessa forma, a garantia de imparcialidade do magistrado fica prejudicada pois ele assume um papel ativo no processo penal, aproximando-se mais das partes do que distanciando-se delas (PRADO, 2005).

Distanciamento esse que pode ser mais bem visualizado quando vislumbrado no que diz respeito a inércia dos juízes quanto a propositura de uma ação penal. Como afirma Geraldo Prado (2005), o julgador estará comprometido psicologicamente com a sua ação probatória da mesma forma quanto ele fosse responsável por dar início ao processo. Ficaria, assim, impossibilitado de julgar e fazer as suas ponderações de forma isenta.

Esse comportamento inquisitorial por parte do magistrado, representado aqui por uma atuação que visa um suposto esclarecimento sobre os fatos através da condução de procedimentos probatórios no curso do processo, leva ainda à desvirtuação de uma outra garantia. O *in dubio pro reo* é uma regra processual derivada da presunção de inocência e que incide sobre a matéria probatória.

Em razão dessa concepção em que todo indivíduo é considerado inocente até que reste legalmente provada a sua culpa, a incerteza diante de elementos probatórios apresentados deve impedir a sua condenação. Isso porque a presunção

¹⁸ A exemplo do arts. 184, 212 e 233, do Código de Processo Penal de 1941; do art. 81, § 1º, da Lei 9.099/1995.

de inocência faz recair sobre a acusação o dever de provar aquilo a que está sendo imputado ao acusado.

No que respeita à disciplina jurídica da prova, decorre do princípio a atribuição do ônus da prova integralmente à acusação. Quem é verdadeiramente inocente não precisa provar aquilo que já é verdadeiro. E daí deriva, ademais, o chamado princípio do *in dubio pro reo*, ou princípio do favor rei, conforme o qual, no conflito entre provas, umas sinalizando em favor da tese acusatória, outras surgindo em seu desfavor, deve o juiz considerá-la como não provada (DUCLERC, 2020, p. 47).

A dúvida, portanto, deve ser considerada como um elemento justificador da absolvição do acusado. Se a acusação, ao exercer o seu papel incriminador, não consegue encontrar provas suficientes para que o juiz possa estar convencido da denúncia feita por meio da ação penal, o indivíduo deve, definitivamente, ser declarado inocente.

Isso porque, a única verdade estabelecida presumidamente aceita é a de que o acusado é inocente. Para que os fatos imputados pelo órgão acusador possam ser reputados como verídicos, deve-se observar todos os critérios legais para obtenção de provas, e, por meio desse conjunto probatório, o magistrado deverá reportá-los como elementos suficientemente capazes ou não para atribuição de culpa.

Ou seja, no modelo acusatório o juiz deve esperar que a verdade sobre os fatos imputados ao acusado seja esclarecida por meio das provas apresentadas pela acusação. Enquanto isso, em um modelo inquisitivo, o magistrado assume esse papel validador dos fatos apresentados, conduzindo os procedimentos probatórios e assumindo interesses processuais dos quais deveria estar distante (DUCLERC, 2019).

Essa concepção sobre a verdade e sua relação com a gestão probatória no contexto de um sistema inquisitivo revela uma codificação legal destinada a atender anseios autoritários, como o Código de Processo Penal de 1941. Sobre essas peculiaridades:

[...] como se nota no discurso que pode ser extraído da exposição de motivos do Código de Processo Penal e com apoio à visão histórica de Michel Foucault, pode-se concluir que a verdade processual penal, no âmbito jurídico brasileiro, é permeado por questões políticas e de relações de poder, sendo que o Código de Processo Penal é um instrumento preciso e hábil para produzir a “verdade” conveniente ao Estado, que possui o monopólio da jurisdição para definir obrigações, proibições e punições aos jurisdicionados

como forma de preservar a direção e controle de todos os aspectos da existência dos indivíduos (PAULO, SILVA, MAZIERO, 2020, p. 1019).

Essa perspectiva foucaultiana sobre a processualística criminal brasileira ilustra a necessidade, já apontada anteriormente, sobre a busca por uma verdade real no curso do processo judicial. Pretensão essa, no entanto, que se caracteriza muito mais pela produção de uma narrativa que se demonstre como verdadeira por meio de uma sentença judicial, do que a revelação, através de provas, dos fatos ocorridos.

Assim, a gestão probatória, sob a tutela de um juiz que participa ativamente da produção de elementos probantes, resulta na quase completa impossibilidade de absolvição do acusado por falta de provas. Isso porque, se a sua atuação está direcionada a produção de uma verdade, seja ela condenatória ou absolutória, determinar um desfecho conforme o art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal¹⁹ poderia ser interpretado como uma atuação ineficiente do magistrado (PAULO, SILVA, MAZIERO, 2020).

Isso porque, o juiz, que deveria ser o destinatário das provas, assume a função de produzi-la. E ao se colocar nessa posição, a sua neutralidade torna-se questionável, uma vez que a sua pretensão probatória carece de confirmação, a qual será decidida por ele próprio. O magistrado então irá exercer a função de julgar algo que foi produzido por si próprio, o que inviabiliza a sua imparcialidade (PRADO, 2005).

Dessa forma, não resta dúvidas de que o processo penal, por meio de um modelo inquisitivo, sepulta o benefício da dúvida ao acusado por meio de uma atuação diligente por parte do magistrado. Isso faz com que a certeza da inocência, por meio de sua presunção, deixe de ser uma verdade pressuposta e passe a ser encarada como uma hipótese remota.

Percebe-se então uma “troca de papéis” no que diz respeito a acepção que se tem sobre a absolvição e a condenação. Assim, a prisão, representada aqui por uma sentença condenatória, torna-se cada vez mais a regra, enquanto a absolvição assume uma condição de *ultima ratio*, ou seja, a exceção.

¹⁹ Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: VII – não existir prova suficiente para a condenação.”

Lógica parecida pode ser encontrada ao se analisar as fundamentações para adoção das prisões cautelares, conforme se verá mais a frente. Trata-se de uma perspectiva de periculosidade constante que alimenta um estado de vigilância permanente e permite que medidas mais severas sejam adotadas como pressupostos do combate e redução da violência social.

Essa óptica punitivista imposta pelo estado através do judiciário fica evidente ao se analisar o conteúdo de decisões judiciais. Em pesquisa realizada no Estado de São Paulo, identificou-se que juízes aplicavam penas mais severas para praticantes de crimes de roubo, impondo-lhes o regime fechado para cumprimento da pena, quando as circunstâncias fáticas permitiam a execução ocorresse por meio de regime menos gravoso, como o semiaberto (PASTANA, 2009).

Na fundamentação de suas decisões, os magistrados utilizavam uma retórica imprecisa, incapaz de determinar, de maneira clara, a aplicação de tais medidas através de dispositivos legais. Os argumentos utilizados versavam sobre a gravidade do crime e a periculosidade de quem o cometeu, além de apelar para uma ideia de proteção social. Para tanto, eram empregados termos como "o crime é grave", "o autor de roubo é perigoso" e "o roubo desassossega a sociedade" (PASTANA, 2009).

Essas marcas remontam a um magistrado que buscará justificar o seu protagonismo processual através da gestão de provas sob justificativas pautadas na ideia de segurança pública. Essa conjuntura representa a concepção adotada pelo Código de 1941, por meio de um viés autocrático e fomentador de um processo penal inquisitivo, no qual:

[...] a existência de poderes probatórios do juiz deduziria que a jurisdição penal estaria inserida no programa de segurança pública do Estado e não dirigida à defesa dos direitos individuais e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, que assegurariam o direito ao julgamento por juiz imparcial (PAULO, SILVA, MAZIERO, 2020, p. 1011).

É preciso destacar que os juízes não compõem o rol de agentes de segurança pública elencado pela Constituição Federal em seu art. 144. Isso porque a imparcialidade necessária para que o magistrado exerça sua função de jurisdicional decorre do seu afastamento de qualquer anseio estatal, especialmente de sua pretensão punitiva. Isso porque, o juiz não representa um mero aplicador de punições

aos transgressores de lei, mas desempenha suas atividades de modo a garantir a proteção de direitos e garantias dos indivíduos.

Assim, fica evidente que a estrutura probatória decorrente da processualística criminal brasileira reproduz um modelo inquisitorial e sepulta o benefício da dúvida ao acusado. Para além disso, instaura um caráter policalesco no curso do processo judicial e eleva o magistrado à condição de um agente de segurança pública.

Esse último aspecto é determinante para a caracterizar um processo penal antidemocrático, uma vez que ele deixa de representar um instrumento de garantias e proteção de liberdades individuais. Pelo contrário, revela-se como mais um aparelho estatal de controle social em meio a anseios autoritários e totalitários.

2.2.4 Estado de polícia x Estado de direito: os novos ares que não conseguiram soprar após a Constituição de 1988

Com o advento da Constituição Federal de 1988, instaurou-se uma nova perspectiva jurídica no Brasil. O novo modelo social a ser implementado com base no texto constitucional impôs um grande desafio ao ordenamento jurídico brasileiro.

A imposição de uma reformulação política instaurava assim uma necessária mudança de paradigma na relação entre o Estado e seus cidadãos. Uma importante tendência dessa modificação diz respeito a prestação positiva estatal na condução de políticas públicas que visem a efetivação de direitos sociais básicos como saúde, educação e alimentação, por exemplo²⁰.

Apesar disso, outra vertente desse novo modelo diz respeito a uma atuação negativa por parte do Estado. Esse impulso conferiria, por outro lado, a preservação de direitos civis e políticos, como a liberdade.

O Estado, então, deveria se abster de uma atuação que ferisse essas garantias, as quais estariam conferidas, por lei, a todos os indivíduos. São os chamados direitos de primeira geração ou primeira fase, estão relacionados com as liberdades

²⁰ Essa atuação positiva por parte do Estado diz respeito a efetivação de diversos direitos e garantias, como o acesso à justiça, que será analisado no próximo capítulo. Por meio da criação de mecanismos capazes de fomentar a participação popular na esfera judicial, o Estado atua para permitir que todos os seus cidadãos tenham acesso aos meios jurídicos a fim de que possam proteger e almejar os seus direitos. É nesse contexto, por exemplo, que surge a Defensoria Pública no Brasil, nos moldes que se conhece hoje.

individuais e exigem um “não-agir” por parte do Estado para que possam ser efetivados (BOBBIO, 2004).

Essas concepções foram adotadas pela Constituição Federal de 1988, como se pode perceber logo no *caput* de seu art. 1º, ao instituir o Estado Democrático de Direito como modelo político adotado²¹. Apesar disso, as diversas legislações existentes até então provinham de contextos políticos diferentes daquele que fora instaurado há pouco mais de trinta anos.

Como já tratado anteriormente, o Código de Processo Penal de 1941 é um exemplo dessa antinomia legal. Devido à conjuntura política em que fora redigido, suas diretrizes representavam aspirações completamente opostas as que foram propostas pelo novo texto constitucional, como bem observado por Thiago Minagé (2019, p. 212):

Quanto ao código de processo penal de 1941, percebemos sua estrutura com preceitos restritivos de direitos, pautado em um sistema inquisitivo que elaborou seus institutos de tratamento com os olhos voltados para atos criminosos, deferindo ao estado pleno exercício do poder ilimitado na restrição de direitos dos investigados e acusados. Uma presunção de culpabilidade que viabilizava todos os abusos possíveis contra a massa a ser dominada, em nome da busca de uma verdade inalcançável, que seria revelada quase que de forma mística pelo julgador.

Assim, esperava-se que aquela legislação antiquada fosse revista, alterada, ou mesmo, revogada por completo, uma vez que se colocava em contradição com os interesses sociais propagados a partir de então. No entanto, após mais de trinta anos, as mudanças foram apenas pontuais e não obtiveram êxito em reformular a antiga codificação para que pudesse estar condizente com o novo texto constitucional.

Isso tem ocasionado um enorme problema para efetivação de direitos e garantias estabelecidos como fundamentais pela Magna Carta. A processualística penal brasileira, especialmente para aqueles que a operam no cotidiano jurídico das instituições, se divide entre os valores constitucionais e a aplicação da legislação procedimental.

No entanto, por se tratar de uma normatização mais ampla e abstrata, muitas vezes a Constituição é preterida e a codificação setuagenária, ultrapassada e

²¹ Art. 1º, da Constituição Federal de 1988: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]”

anacrônica, tem prevalecido. Como concluem Paulo, Silva e Maziero (2020, p. 1019), “na prática processual penal brasileira a Constituição Federal de 1988 não foi recepcionada pelo Código de Processo Penal de 1941 e o magistrado criminal cotidianamente revela essa verdade”.

Essa particularidade demonstra como o autoritarismo presente nas aspirações políticas que circundaram a criação do Código de 1941 se mantém até os dias atuais. A manutenção da vigência do Código de Processo Penal de 1941 ainda nos dias de hoje é um indício da natureza autoritária e inquisitorial da sociedade brasileira. Mesmo diante dos preceitos constitucionais trazidos em 1988, essa cultura antidemocrática, arbitrária, permanece presente por meio de atos referendados pela legislação processual criminal brasileira (CASARA, 2013).

Com isso, tem-se que a processualística criminal no Brasil, no curso de suas atividades, adota uma conduta divergente da concepção de estado democrático de direito. O Estado, por meio de suas instituições, assume uma outra postura, condizente com o que fora estabelecido na edição do Código de Processo Penal de 1941.

Trata-se de um modelo de estado de polícia, que, embora antagônico ao modelo democrático, pode coexistir com ele, a exemplo do que se tem hoje através da supressão e flexibilização de garantias individuais. Esse sistema, como afirma Zaffaroni (2003), possui suas diretrizes com base nas decisões do governante, em contraste com o estado de direito, no qual estar submetido as leis significa obediência a regras previamente estabelecidas, enquanto no outro, as normas e diretrizes do governo.

No modelo democrático, a vontade da maioria, sem violar os direitos da minoria, deve prevalecer, contudo, sempre em observância de determinações legais consistentes e coerentes. No estado de polícia, “o modelo de Estado no qual um grupo, classe social ou segmento dirigente, encarna o saber acerca do que é bom ou possível, e sua decisão é lei” (ZAFFARONI, 2003, p. 93). Ainda segundo o autor:

O primeiro pressupõe que a consciência do bom pertence à classe hegemônica e, por conseguinte, tende à uma Justiça substancialista. O segundo pressupõe que pertence a todo o ser humano por igual, e, portanto, tende à uma Justiça procedimental. A tendência substancialista do primeiro o faz tender para um direito transpersonalista (a serviço de algo meta-humano: divindade, casta, classe, estado, mercado etc.); e o

procedimentalismo do segundo, para um direito personalista (para os humanos) (ZAFFARONI et al., 2003, p. 93 e 94).

A conjuntura política durante o período do Estado Novo, quando foi editado o Código de 1941, era condizente com a ideia autoritária vigente em seus dispositivos. As propensões antidemocráticas do regime político de Getúlio Vargas, não se assemelham, no entanto, aos mesmos interesses vigentes quase oito décadas depois.

Ainda assim, a escolha por determinado modelo de política criminal não parece ter sofrido alteração. Como evidência disso, tem-se que as principais codificações criminais brasileiras são datadas desse período²². A despeito de inúmeras alterações legais, as codificações não sofreram mudanças significativas em seu conteúdo. A essência de ambas prevalece durante mais de trinta anos após a redemocratização brasileira.

Embora os interesses estatais, hoje, possam ser completamente diversos, o que não necessariamente procura-se afirmar aqui, a maneira de atingi-los permanece a mesma. Isso porque, ainda que o modelo democrático represente um consenso sobre a ideia de regime político implantado no Brasil, ele permite, por meio de rupturas institucionais, que um estado policial se instaure, ainda que de forma seletiva, a atingir apenas parte da população.

A manutenção de um viés autoritário na processualística penal brasileira, ainda que sob a égide de uma Constituição democrática, torna-se aceitável em razão de um discurso social que favorece essa aquiescência. Nas palavras de Rubens Casara (2013, p. 219-220):

A aposta em mitos que ampliam o poder penal com o uso da força, em detrimento da cognição, justifica-se em razão da capacidade de a sociedade brasileira aceitar atos (e mitos) autoritários, mesmo em ambiente democrático. Trata-se de características encontradas no processo penal atual, as quais remontam às matrizes (autoritárias) do direito brasileiro e possuem “forte sugestão de permanência”.

Isso fica claro através da adoção de um modelo de política criminal arcaico e não condizente com os ditames constitucionais. E isso só é possível em razão de um

²² O Código de Processo Penal de 1941, como já mencionado e o Código Penal de 1940. Ambos foram editados durante a vigência do Estado Novo (1937-1946).

discurso que promove uma ideia de enfrentamento de crise no próprio sistema democrático.

Discurso esse que atinge permeia não só as instâncias governamentais por meio de suas instituições. Toda a sociedade brasileira espira autoritarismo por meio de seus anseios sociais. Influenciada por esses propósitos, ela retroalimenta o interesse estatal e lhe confere legitimidade para atuar de forma ilegítima.

Dessa forma, em uma sociedade fortemente marcada por traços de autoritarismo, “não há como pensar um processo penal democrático; eis que um processo penal autoritário atende aos interesses de uma cultura punitiva e uma sociedade excludente, que autoriza um processo penal seletivo” (CASARA, 2013, p. 240-241). O Estado age em nome de uma sociedade que, de alguma forma, o torna legítimo, ainda que isso represente um risco para ela própria.

Ou seja, a ideia de ruptura democrática fomenta a utilização de mecanismos antidemocráticos para combater qualquer tipo de crise que possa, supostamente, representar riscos a democracia. E assim o estado de polícia se configura através da adoção de modelos político-criminais arbitrários:

O modelo de política criminal dos tempos de crise reverbera o fomento à orientação repressiva, autoritária e policialesca. Estimula a intensificação e extensão das sanções. Eleva o discurso punitivo eficientista que erige a seletividade estrutural do sistema penal, a criminalização de novas condutas e a exasperação das penas. Trata-se da imanência do Estado Polícia (PEDRINHA, 2011).

Portanto, a adoção de um modelo de política criminal arbitrário não representa, necessariamente, que o regime político de um Estado seja antidemocrático. No entanto, ele fomenta a ideia de um estado policialesco que representa uma contradição aos ideais democráticos e liberais.

Essa ideia está presente no pensamento de Jacques Rancière (2014, p. 11) ao definir que “o novo ódio à democracia pode ser resumido então em uma tese simples: só existe uma democracia boa, a que reprime a catástrofe da civilização democrática”. Essa concepção está presente na ideia de utilização de políticas criminais repressivas para combater, de forma oportuna, aquilo que ficará caracterizado como uma ameaça aos ideais democráticos.

Ameaças essas que não serão sempre as mesmas, e irão variar em seu conteúdo a depender de quem esteja em poder do discurso político e dos interesses em um determinado contexto histórico. A democracia, por sua vez, é capaz de impelir os anseios autoritários presentes na sociedade, uma vez que a limitação legal, a qual deveria delinear o modelo democrático, tem sido desrespeitada em prol de outros interesses, os quais, muitas vezes, são revestidos por uma falsa intenção de fortalecimento da democracia. Dessa forma, ela se torna ineficiente, e a arbitrariedade ganha espaço para se difundir (GLOECKNER, 2018).

É o estado de polícia, instaurado pela adoção de um modelo político criminal arbitrário, em vigor no Brasil desde a década de quarenta do século passado, que conduz o sistema criminal brasileiro. Com isso, através dessa perspectiva histórica, permite-se entender a opção por uma processualística penal menos liberal no Brasil ainda nos dias de hoje, uma vez que o Código de Processo Penal de 1941 ainda está em vigência.

Essa concepção fica demonstrada de forma clara na exposição de motivos do referido diploma legal. Seja por meio de suas claras expressões a respeito do ideário que nortearia o Código, seja pelas referências a juristas italianos que compuseram o regime fascista naquele país, uma aspiração autoritária fica claramente verificada (GLOECKNER, 2018). Para o referido autor:

o objetivo do código de processo penal era conceder maior energia repressiva ao Estado, com a supressão de determinados direitos e garantias, que tornavam a resposta estatal morosa ou ineficaz. Até mesmo a expressão “sentimentalismo mais ou menos equívoco” será inspirada em ROCCO, (que utiliza a frase “sentimentalismo aberrante”). A supremacia do Estado sobre o indivíduo, concepção esta francamente sustentada por Alfredo ROCCO na Itália, consoante se pode consultar na *Relazione al Re*, era repetida no Brasil, através de um discurso ainda mais radical. Não se tratava de mera falácia: com efeito, nas palavras de CAMPOS, o critério de submissão dos direitos ao interesse social norteou o código. À evidência, tal arranjo jurídico-político haveria de repousar concretamente sobre determinados institutos (GLOECKNER, 2018, p. 384).

A codificação, então, editada sob uma perspectiva instrumental, torna-se um acessório para implementação do poder punitivo estatal por meio da repressão penal. Essa concepção se materializa na figura de um juiz enquanto um sujeito processual preponderante sobre as demais partes, com grande espaço de atuação e garantia de uma ampla discricionariedade em suas decisões (GLOECKNER, 2018).

Essa representação do magistrado perante o processo judicial representa uma das principais marcas da inquisitorialidade na processualística criminal. Para Giacomolli (2015, p. 148), fica configurada como uma das marcas inquisitoriais do processo penal brasileiro “a elevação do magistrado ao ápice da pirâmide, o protagonista, o condutor do sistema, do processo. Assim, justificam-se seus poderes instrutórios, seu agir ex officio”.

O estado de direito prevê que judiciário deva atuar de forma a repelir os excessos decorrentes do poder punitivo do Estado. No entanto, a flexibilização de garantias individuais em prol da aplicação de medidas punitivas mais severas desvirtua essa atuação, o que ocasiona um recrudescimento da pretensão punitiva estatal.

A proteção desses direitos e garantias individuais, por parte de juízes, é de suma importância para proteção do estado de direito. Em entrevista ao site especializado Consultor Jurídico (Conjur), Zaffaroni é categórico ao firmar o posicionamento de que os magistrados são responsáveis por esse dever de conter o poder punitivo do Estado por meio da imposição de limites a essa pretensão punitiva. Nas palavras do jurista argentino:

O Judiciário é indispensável para isso. A contenção é feita pelos juízes. Sem limites, saímos do Estado de Direito e caímos em um Estado Policial. Fora de controle, as forças do poder punitivo praticam um massacre, um genocídio. O Direito Penal é indispensável à persistência do Estado de Direito, que não é feito uma vez e está pronto para sempre. Há uma luta permanente com o poder. O Estado de Polícia se confronta com o Estado de Direito no interior do próprio Estado de Direito. Estar perto do modelo ideal de Estado de Direito depende da força de contenção do Estado Policial (ZAFFARONI, 2009).

No entanto, essa atuação por parte do judiciário nem sempre se mostra eficaz ou mesmo condizente com essa concepção protetiva do estado de direito por meio da limitação do poder punitivo do Estado. Isso porque, uma parte considerável de magistrados acaba cooptada por esse discurso jurídico-penal irracional que promovido por esse estado policialesco (ZAFFARONI, 2018).

Isso faz com que o magistrado, além de não coibir os excessos do poder punitivo Estado, muitas vezes, assuma a postura de agente estatal detentor dessa pretensão de punir. Em outras oportunidades, ele se torna apenas um elemento

burocrático ratificador dos interesses estatais (ZAFFARONI, 2018). Isso faz com que os juízes assumam uma função ilegítima e não condizente com o estado de direito.

Não exercer a função de julgador, para a qual os magistrados são designados, gera um distúrbio no sistema democrático. Uma vez que não há uma instância jurisdicional capaz de conferir proteção a direitos e garantias aos indivíduos por meio da aplicação da lei, exacerba-se a acusação, incrementando assim a pretensão punitiva estatal. Dessa forma, o estado policial configura-se na ausência de juízes capazes de garantir o cumprimento da lei, mas que se colocam a disposição de interesses governamentais.

Esse comportamento adverso está estreitamente ligado a posição a que o Código de 1941 destinou aos magistrados no curso do processo penal. A posição de protagonismo em relação aos demais sujeitos processuais, como já tratado anteriormente, no entanto, se contrapõe ao tratamento dado pelo mesmo diploma legal ao acusado. Para Giacomolli (2015, p. 148-149):

Nessa perspectiva, o réu é objeto de prova, pode produzir provas autoincriminatórias, possui o dever de provar a sua inocência, deve submeter-se ao processo como ser dócil e obediente, colaborar com o processo, com o juiz, com a sociedade e com o Estado.

Ou seja, enquanto a figura do juiz é alçada à uma posição de superioridade na condução do processo penal, relega-se o acusado e o desguarnece de direitos e garantias em prol da busca pela “verdade”. Essa relação evidencia ainda mais o caráter policalesco da atividade estatal, especialmente ao extrapolar a esfera governamental e enveredar na atividade judiciária.

Pode-se concluir, então, que a figura do juiz inquisidor nasce do entrelaçamento entre a pretensão punitiva por parte do estado e ideia de preponderância do interesse público em relação a direitos e garantias individuais (GIACOMOLLI, 2015). Trata-se do que Gloeckner (2018) chama de um direito social, o qual vai pautar a estrutura do Código de 1941 e promover o caráter repressivo do processo penal através de inúmeros dispositivos²³.

²³ “Em sua redação original, o réu seria interrogado mesmo sem a presença do defensor, situação que somente foi alterada em 2003, através da Lei 10.792/03. Ainda em sua redação original, o acusado poderia ser processado mesmo sem a juntada de sua defesa prévia (equivalente à atual resposta à acusação), situação que sobreviveu até 2008, com a promulgação da Lei 11.719/08.” (GLOECKNER,

Essa perspectiva se apresentará em maior evidência com a supressão da presunção de inocência no texto originário do Código de 1941. Com isso, fica clara a inversão dos valores liberais pautados na defesa de direitos e garantias individuais dos acusados perante o Estado.

O interesse público, representado aqui pela atuação repressiva estatal, estaria assim resguardado diante da possibilidade de flexibilização das prerrogativas individuais em desfavor da pretensão punitiva do Estado. Essa configuração representa a adoção de um modelo de processo penal arbitrário, o qual professa a:

presunção de culpa do sujeito, sem consideração de seu estado de inocência. Nessa perspectiva, o imputado já nasce culpado: é só escavar que o pecado será encontrado. Por isso, a prisão processual é a regra, e se for acusado é porque alguma infração cometeu e deve ser responsabilizado, mesmo sem o exame crítico da prova. Caso esteja algemado ou com liberdade negada, a condenação assume percentuais elevados de condenação (GIACOMOLLI, 2015, p. 148).

A exclusão da presunção de inocência do texto legal aponta para mais um elemento de aproximação entre a codificação brasileira e o *Codice Rocco*. A presunção de inocência, por se tratar de uma regra de tratamento do acusado no curso do processo penal, diante da opção pela sua exclusão, repercutiu diretamente em toda sistemática processual.

A presunção de inocência repercute sobre todo o sistema processual penal, interferindo em diversos institutos e procedimentos processuais, como por exemplo, as prisões cautelares. Determina, especialmente, a forma como o acusado é tratado durante o curso do processo. Com a sua ausência do Código de 1941, as prisões em flagrante foram ampliadas e as cautelares passaram a configurar quase uma regra, o que se assemelhava à codificação italiana (GLOECKNER, 2018).

Apenas com a Constituição de 1988, a presunção de inocência retorna ao ordenamento jurídico processualístico brasileiro. Ainda assim, o Código de Processo Penal só incorporou o regramento em seu texto de forma expressa a partir de 2011, com a alteração da redação do art. 283²⁴.

Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 391)

²⁴ A nova redação do referido artigo dispunha que: “Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em

Não obstante, diversas discussões ainda são suscitadas a respeito da presunção de inocência no ordenamento jurídico brasileiro. Embora a redação do art. 5^a, inciso LVII, da Constituição Federal seja claro ao afirmar que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, há ainda uma grande discussão doutrinária a respeito da possibilidade de execução provisória da pena²⁵.

decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”. Antes dessa alteração, o Código de Processo Penal previa apenas que: “A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio”. Posteriormente, em 2019, através da Lei 13.964, o dispositivo foi alterado mais uma vez, substituindo apenas as possibilidades excepcionais da prisão temporária e da preventiva pela expressão “prisão cautelar”, que abarcaria ambas, além da prisão em flagrante.

²⁵ Por meio de três Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC's 43, 44 e 54), o Supremo Tribunal Federal debruçou-se sobre o tema a fim de determinar se a Constituição permitiria ou não o cumprimento de pena, de forma antecipada, antes de esgotadas todas as possibilidades de recurso, o que configuraria o trânsito em julgado. Em votação apertada, na qual seis ministros votaram contra essa possibilidade e outros cinco a admitiram, o STF julgou ser constitucional o art. 283, do Código de Processo Penal, o qual reproduz, fielmente, o conteúdo do inciso LVII, art. 5º, da Constituição Federal de 1988.

2.3 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

No Brasil, hoje, trava-se uma interminável discussão a respeito da normatização do princípio da presunção de inocência. O Supremo Tribunal Federal, em 2019, ao julgar três Ações Declaratórias de Constitucionalidade²⁶, reestabeleceu um entendimento anterior²⁷ de que não seria possível que alguém fosse considerado culpado antes do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória.

Entendimento esse que havia sido alterado em 2016, quando o órgão entendeu ser possível que a pena pudesse ser executada de forma provisória, após a sua confirmação em uma segunda instância de julgamento²⁸. No entanto, essa discussão ainda parece longe de ser esgotada, como se pode notar, por exemplo, pela propositura de projetos de lei e de emenda à Constituição²⁹.

Ainda assim, a despeito dessa contenda, faz-se necessário compreender o processo de normatização da presunção de inocência no Brasil. É preciso que se faça uma análise sobre como o referido princípio foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro.

Isso porque, a despeito dessa contenda, faz-se necessário compreender o processo de normatização da presunção de inocência no Brasil. É preciso que se faça uma análise sobre como o referido princípio foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro.

Apesar de tamanha importância para o pensamento liberal, a presunção de inocência, no ordenamento jurídico brasileiro, só ganharia respaldo normativo quase

²⁶ São elas as ADC's 43, 44 e 54, as quais abordam a possibilidade de execução provisória da pena antes de esgotadas todas as possibilidades de recursos judiciais. Essas ações foram impetradas pelo Partido Ecológico Nacional (PEN, atual Patriota), pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e pelo Partido Comunista do Brasil (PCdoB).

²⁷ O STF havia confirmado, por meio do HC n. 84.078/MG, de relatoria do Min. Eros Grau, de 05/02/2009, que não seria possível a execução da pena antes do esgotamento das vias judiciais de recurso.

²⁸ A decisão foi proferida em sede de julgamento do HC 126.292/SP, de relatoria do Min. Teori Zavascki, de 17/02/2016, que admitiu a possibilidade de a pena condenatória ter iniciada a sua execução com a confirmação da sentença penal condenatória em segundo grau, uma vez que isso não representaria uma ofensa a presunção da inocência.

²⁹ A exemplo do Projeto de Lei nº 166/2018 e da Proposta de Emenda à Constituição nº 199/2019.

cinquenta anos depois, com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Ainda assim, a legislação infraconstitucional ainda persistia em não reconhecer a forma devida, conforme mostra Maurício Zanoide Moraes (2010, p. 159):

Dessa forma, muito mais do que afirmar que não há presunção de inocência no código de processo penal, elaborado em 1940 e ainda hoje vigente, o que se deve ter em mente, devido àquela clara e direta influência positivista italiana, é que o atual código rejeita em sua estrutura toda a dimensão juspolítica da presunção de inocência.⁴⁸⁴ Está forjado estruturalmente com base na concepção de que o que há é uma “presunção de culpa” e sempre um “inimigo” a ser perseguido e punido.

Como já dito, a presunção de inocência passou a integrar o ordenamento jurídico brasileiro apenas em 1988, com a promulgação da Constituição Federal naquele ano. No entanto, o Brasil já havia se tornado signatário da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), a qual previa a necessidade de observância do referido princípio³⁰.

Além disso, outros documentos internacionais já previam de forma expressa a presunção de inocência³¹, o que já reforçava a tendência de adoção do referido princípio por uma processualística penal moderna. Até mesmo no ordenamento jurídico italiano, que havia servido de inspiração para a formulação do Código Penal e do Código de Processo Penal brasileiros, a presunção de inocência foi assegurada pela Constituição de 1948³².

No entanto, o ordenamento jurídico brasileiro persistiu até a promulgação da Constituição de 1988 sem consagrar a presunção de inocência. Do mesmo modo, o Código de Processo Penal de 1941 se manteve vigente durante todo esse período, repleto de dispositivos que representavam uma afronta ao princípio³³, sem expressar

³⁰ Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), art. XI: “1. Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”.

³¹ Como são os casos da Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) - art. 8º, § 2º - e do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966) - art. 14, § 2º - os quais foram ratificados pelo Estado brasileiro após o processo de redemocratização, além de outros Tratados Internacionais como a Carta Africana dos Direitos dos Homens e dos Povos (1979) e a Convenção Europeia de Direitos do Homem (1950).

³² Art. 27, da Constituição da República Italiana: “L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva”.

³³ Como aconteceu, por exemplo, com a possibilidade de prisão preventiva compulsória, de acordo com a redação original do art. 312, do Código de Processo Penal, que só veio ser coibida em 1967, por meio

em seu texto, ainda que tacitamente, a garantia. Como aludiu Gloeckner (2018, p. 425):

O código de processo penal brasileiro de 1941 não consagra nenhum dispositivo jurídico à presunção de inocência. Nem, tampouco, ao in dubio pro reo. Na Exposição de Motivos, tampouco o ministro Francisco CAMPOS falará, expressamente, em presunção de inocência.

Apenas em 2011, o Código de Processo Penal brasileiro adota a presunção de inocência de forma coerente com o que fora estabelecido pela Constituição Federal de 1988. Mais de vinte anos depois, o princípio passa a ser adotado de forma expressa pela codificação infraconstitucional, a qual passou a dispor de uma nova redação para o art. 283 coerente com que foi estabelecido pela Magna Carta³⁴.

Ainda assim, as discussões que envolvem o tema não cessaram. Como já mencionado anteriormente, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal foi substancialmente alterada nos últimos dez anos. Os embates são fruto de uma profunda discussão doutrinária no âmbito jurídico, derivada da publicação do Código de Processo Penal em 1941, mas que também passou a figurar como objeto do campo político de forma mais contundente nos últimos anos.

Essas duas esferas, por sua vez, guardam uma profunda conexão entre si. A ideia de um estado de polícia representa o elo entre direito e política ao demonstrar a relação de instrumentalidade em que uma área tem com a outra. Enquanto a política utiliza do direito como ferramenta para concretização e imposição de seus interesses, o universo jurídico vale-se de meios políticos para se desenvolver.

Assim, enquanto a discussão na primeira metade do século passado aludia a hipótese de a presunção de inocência ser compatível com a persecução criminal

da Lei nº 5.349, daquele ano. Da mesma forma, o art. 596, do CPP, em seu texto original que vigorou até o advento da Lei nº 5.941/1973, impedia que o réu, ao ser absolvido por decisão não unânime dos jurados, em sede de tribunal do júri, fosse posto em liberdade, exigindo, para isso, o trânsito em julgado da ação penal. Por fim, vale destacar a tardia revogação do art. 393, ocorrida apenas em 2011, decorrente da Lei nº 12.403/2011. O dispositivo autorizava a prisão do acusado após a sentença condenatória, ainda que essa fosse recorrível, bem como permitia a inclusão de seu nome no rol de culpados.

³⁴ A nova redação passou então a prever que “Art. 283: Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”. O novo texto se assemelha ao que havia sido determinado pela Constituição Federal de 1988 em ser art. 5º, LVII: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

através do processo penal, hoje, busca-se a sua flexibilização. Essa evolução, no entanto, não altera, por parte dos que concebem o processo penal como mecanismo de combate à criminalidade, o seu caráter instrumental que o transforma em ferramenta de controle social em meio ao estado de polícia.

As discussões doutrinárias que instigaram o Código de 1941, dividiam-se em dois sentidos: o de afastar a presunção de inocência do processo penal e de afirmar a existência de uma presunção de culpabilidade. Esse segundo tema foi o que mais ocasionou prejuízo ao processo penal brasileiro, uma vez que representa a principal porta de acesso do positivismo italiano no direito brasileiro, evidenciando o seu caráter racista e sectário, que fundamenta boa parte do autoritarismo processual no Brasil (GLOECKNER, 2018).

Percebe-se, no entanto, que essa discussão ainda está presente atualmente. Ainda que os discursos doutrinários favoráveis à essas concepções sejam latentes, a prática processual, bem como a atividade legiferante, não deixam dúvidas quanto aos anseios em restringir o alcance da presunção de inocência e o alastramento dos discursos penais expansionistas pautados em uma verdadeira presunção de culpabilidade.

Tanto o processo de supressão da presunção de inocência do Código de 1941, como o da sua flexibilização, atualmente em curso, valem-se de uma ideia pautada na presunção de culpabilidade do acusado. A Exposição de Motivos da referida codificação, escrita por Francisco Campos, então ministro de justiça do Governo de Getúlio Vargas, explicitava, em diversas ocasiões, traços influenciadores do positivismo penal italiano no texto legal³⁵.

Todavia, esse mesmo raciocínio parece fomentar as discussões atuais, ainda que sob uma outra aparência. O voto do Min. Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal, no julgamento das já mencionadas ADC's 43, 44 e 54, transparece uma ideia de racionalidade penal sustentada pelo pensamento positivista.

³⁵ O texto faz referência expressa a Alfredo Rocco, grande responsável pelo Código de Processo Penal Italiano de 1930 e representante da escola positivista italiana. Influenciado pelos ideais positivistas, Francisco Campos demonstra de forma clara a sua inspiração em diversas partes do seu texto, especialmente ao afirmar que o novo código pretende aumentar a repressividade do Estado e flexibilizar, ou mesmo suprimir, garantias individuais em prol de um interesse social.

Isso porque, em seu voto³⁶, o ministro sustenta que a possibilidade de alcance da via recursal extraordinária, após a segunda instância de julgamento, não atinge os mais pobres. Nesse mesmo sentido, argumenta que esses indivíduos, desprovidos de boa condição financeira, são os que integram a maior parte da população carcerária ou que figuram como acusados em ações penais.

Assim, para o ministro, preservar a presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, não seria razoável. Isso porque, uma vez que apenas uma pequena parte dos acusados gozam da possibilidade de se defenderem nos tribunais superiores, a manutenção desse sistema configuraria um privilégio acessível a poucos, os quais disporiam de melhores condições financeiras.

Visa assim, o Min. Barroso, um pragmatismo jurídico típico dos ideais positivistas. No entanto, esse pensamento enfraquece a promoção do acesso à justiça no Brasil, bem como se aproxima do contexto político-criminal vivenciado no período em que o Código de 1941 foi editado.

No descompasso de uma busca por efetivação de mecanismos que garantam o acesso a direitos e garantias, de forma isonômica, para toda a população brasileira, pauta-se a ideia de é melhor suprimi-las. Ou seja, se a presunção de inocência não pode ser assegurada a todos os brasileiros, da forma como a Constituição prega, melhor seria reduzir o seu alcance para garantir uma igualdade na sua fruição.

Do mesmo modo, a ideia sustentada pelo ministro promove uma maior repressividade por parte do Estado, já que direitos e garantias seriam flexibilizados em prol de um maior alcance do punitivismo estatal. Essa concepção estaria mais alinhada às convicções postuladas na Exposição de Motivos do Código de 1941, vinculada a ideia de um estado de polícia, do que às pretensões democráticas oriundas do estado democrático de direito defendido pela Constituição de 1988.

Com isso, percebe-se que o viés autoritário que conduziu a não inclusão da presunção de inocência no processo penal brasileiro, há quase oitenta anos, perdura até hoje, como demonstram aqueles que buscam flexibilizá-la. As investidas contra o

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43/DF**. Anotações para o voto do Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2019]. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/leia-voto-ministro-barroso-execucao.pdf>. Acesso em: 19 julho. 2020.

referido princípio refletem uma política criminal repressiva, a qual defende um recrudescimento penal como forma de combater o aumento da criminalidade.

Assim, o processo de flexibilização da presunção de inocência, enquanto garantia processual do acusado conforme alude o texto constitucional, repercute um viés autoritário que se mantém presente ao longo de todos esses anos. Autoritarismo esse que não foi superado com a promulgação da Constituição de 1988 e mantém a estrutura do estado de polícia mesmo em meio a edificação de um estado de direito.

Esse processo de flexibilização, por sua vez, tem acarretado diferentes debates acerca da presunção de inocência no ordenamento jurídico brasileiro. Isso ocorre não só no Brasil, mas tem se tornado uma discussão também em outros países, especialmente porque a noção de garantia individual, enquanto direito fundamental, tem sido reduzida a mera condição de regramento processual probatório (FENOLL, 2016).

Essa garantia se materializa no processo penal por meio da figura do juiz que deve garantir ao acusado um julgamento imparcial, desprovido de qualquer prejulgamento que possa existir. Para Fenoll (2016, p. 16) *“trata de un principio general orientador de la mente judicial para conseguir preservar la imparcialidad del juzgador”*. Para o autor, há uma predisposição psicossocial do juiz em atribuir culpa ao réu.

O juiz não pode ser visto como alguém suficientemente capaz de se afastar dos estigmas sociais e de qualquer outro tipo de preconceito e envolvimento emocional com o caso. Por isso, as técnicas processuais devem preponderar e considerar a falibilidade do magistrado em decorrência da sua condição humana a fim de que ele possa exercer um julgamento justo, levando sempre em consideração a presumida condição de inocência do acusado (FENOLL, 2016).

Isso somente será possível em razão da imparcialidade do julgador, que deverá ser preservado em face de inúmeros elementos capazes de influenciá-lo. O respeito a presunção de inocência irá representar a figura de um juiz imparcial, o qual exercerá sua função verdadeiramente livre de preconceitos e influências indevidas.

Assim, uma melhor compreensão a respeito da presunção de inocência não pode estar restrita apenas a um regramento probatório. Como já dito anteriormente, ela deve orientar todo o processo penal, figurando como uma regra de tratamento do

acusado, orientando, inclusive a forma como o réu deve ser apresentado perante a sociedade enquanto sua condição perante o processo judicial (LOPES JR, 2004).

Outra discussão que tenta desprestigiar a presunção de inocência no ordenamento jurídico brasileiro diz respeito ao entendimento de que o art. 5º, inciso LVII, da Constituição de 1988, reproduz o princípio da não-culpabilidade. Esse entendimento surge na Itália, após a promulgação da Constituição Italiana de 1948, através de autores como Giovanni Leone³⁷, os quais afirmavam que o novo texto constitucional não havia consagrado a presunção de inocência.

Essa divergência tem seu fundamento em uma possível confusão terminológica adotada pelos textos constitucionais de diferentes países. Conforme Silva Júnior (2015, p. 374):

na França, Espanha e Portugal, está assegurado o direito à presunção de inocência, ao passo que, nos Estados Unidos, na Itália e no Brasil, o princípio foi catalogado como presunção de não culpabilidade. Aliás, a dicção normativa eleita para o princípio pelo constituinte brasileiro é praticamente a mesma utilizada na Constituição italiana, circunstância que evidencia não só sua fonte inspiradora, como também que o constituinte brasileiro, embora fortemente influenciado pelas disposições da Constituição portuguesa, em relação ao preceito em causa, afastou-se expressamente da orientação lusitana.

A opção pelo entendimento de que o texto constitucional brasileiro optou pelo princípio da não culpabilidade expressa a comunhão de parte da doutrina com uma acepção despótica e de maior repressividade penal. Isso porque, o principal argumento daqueles que defendem esse posicionamento³⁸, alude a ideia de que a presunção de inocência seria incompatível com o processo penal, uma vez que, se alguém fosse presumidamente inocente, jamais poderia lhe ser imputado a prática de um crime sem que houve uma prova material irrefutável.

Essa compreensão, todavia, remeteria a uma ideia contrária a presunção de inocência no processo penal. Ao se admitir a ideia da não culpabilidade como a verdadeira intenção do constituinte brasileiro, ao ser acatada a denúncia criminal pelo

³⁷ LEONE, Giovanni. Manuale di Diritto Processuale Penale. 9 ed. Napoli: Eugenio Jovene, 1975.

³⁸ Nesse grupo estão inclusos doutrinadores italianos, como Giovavanni Leone, Vincenzo Manzini, Eduardo Massari e Giuseppe Bettiol, que mesmo após a edição da Constituição Italiana de 1948, sustentavam que a presunção de inocência não havia sido abarcada pelo novo texto constitucional, mantendo-se assim a estrutura autoritária do *Codice Rocco*. Também compactuam desse pensamento diversos autores brasileiros, os quais sofreram grande influência da doutrina italiana, como Helio Tornaghi, Inocêncio Borges da Rosa e Joaquim Canuto Almeida.

juiz, restaria o acusado presumidamente culpado, uma vez que a sua acusação seria decorrente de provas concretas em relação ao fato e a autoria do delito.

Nesse sentido são as palavras de Joaquim Canuto de Almeida, professor da Universidade de São Paulo (USP), em um artigo publicado na Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em 1957:

não só no Brasil, mas também na Itália, a admissibilidade de qualquer acusação criminal não deflui da pretensa presunção de culpabilidade, mas ao contrário, gera, do ponto de vista técnico processual, a referida presunção de culpabilidade, exatamente porque, lá e aqui, uma vez que não se admitem acusações senão por fatos existentes e por autoria indubitável, não se aceita também, como razoável, a presunção de inocência dos já acusados (ALMEIDA, 1957, p. 135-136).

Essa concepção, no entanto, não parece condizer com a amplitude que foi dada pela Constituição Brasileira ao referido princípio. O texto constitucional é deveras abrangente ao estipular que o a condição de inocente deve ser atribuída a todos, não só no curso do processo penal. Isto é, qualquer pessoa, ainda que em fases anteriores a persecução criminal, seja na condição de suspeita, investigada ou indiciada, gozará da presunção de inocência (PELUSO, 2018).

Nesse mesmo sentido, de dar maior amplitude a presunção de inocência, o constituinte brasileiro estabelece uma normatização mais extensiva do que aquela prevista em tratados internacionais³⁹. A Constituição brasileira prevê que a condição de inocente deve ser assegurada ao réu até o trânsito em julgado da sentença condenatória, conforme estabelece o já mencionado art. 5º, inciso LVII, de forma semelhante ao que estabelece a Constituição de Portugal (1976)⁴⁰.

Não parece então, razoável, reduzir a presunção de inocência à uma ideia de não culpabilidade, especialmente em razão da dimensão que o legislador constituinte brasileiro revestiu a garantia. Segundo Nereu Giacomolli (2013, p. 21-22):

As expressões <<presunção de inocência>> (formulação positiva) e <<presunção de culpabilidade>> (formulação negativa) são equivalentes, independentemente das possíveis distinções idiomáticas, semânticas e de purificação conceitual. Distinguir é reduzir o alcance da regra humanitária do

³⁹ Os tratados internacionais, dos quais o Brasil é signatário, preveem a garantia a uma presunção de inocência até o reexame da sentença condenatória em uma segunda instância de julgamento. É o caso da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966) e da Convenção Americana de Direitos Humanos (1969).

⁴⁰ Constituição da República Portuguesa, art. 32º, 2. “Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa”.

status libertatis, reduzindo o conteúdo da previsão constante nos diplomas internacionais antes mencionados; em suma, diferenciá-las é afastar a presunção de inocência, embora se trate de presunção *iuris tantum*. Dizer que o sujeito no processo não é culpado, mas imputado, é colocar em dúvida a sua inocência, é desvirtuar o regramento probatório e a proteção da liberdade; é não admitir a presunção de inocência em sua formulação plena; é dizer que o acusado é <<semi-inocente>> (posição intermediária entre culpado e inocente). Quando não se é presumivelmente culpado, se é presumivelmente inocente, pois *qui negat de uno dicit de altero*.

Por fim, persiste ainda uma outra discussão, a respeito da incompatibilidade da normatização constitucional brasileira em relação ao que dispõe alguns tratados internacionais a respeito da presunção de inocência. Como já mencionado anteriormente, alguns tratados internacionais do qual o Brasil é signatário, como a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), preveem a garantia de uma forma menos abrangente⁴¹.

Dessa forma, algumas opiniões suscitam um entendimento de que o ordenamento jurídico brasileiro desconsidera a normatização internacional ao prever que a presunção de inocência persista até o trânsito em julgado da sentença condenatória. Isso porque, esses documentos não fazem menção ao esgotamento das vias recursais, exigindo apenas que a condição de inocente do acusado seja preservada até a comprovação da culpa, o que se dá, em regra, por meio de duas instâncias de julgamento.

Essa linha argumentativa está presente, por exemplo, no supracitado voto do Min. Roberto Barroso, em sede de julgamento das ADC's 43, 44 e 54. Ao fazer menção a documentos internacionais, como a CADH e a DUDH⁴², o ministro enfatiza que a exigência de esgotamento das vias recursais não está presente nessas normas, sugerindo assim que o ordenamento jurídico brasileiro esteja desalinhado da normatização internacional.

Essa perspectiva revela uma contraposição a uma ocorrência comum no que diz respeito ao conflito entre normas locais e internacionais. Enquanto tem sido comum que alguns Estados aleguem uma ofensa a soberania para desacatar

⁴¹ Em seu Art. 8º, § 2º, a CADH dispõe que: "Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa".

⁴² Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) e Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)

disposições estabelecidas por tratados internacionais, o descompasso do texto constitucional em relação a CADH e a DUDH, para o ministro, pode representar um caminho inverso.

Ou seja, busca-se desprestigiar a normatização constitucional brasileira, no que diz respeito a presunção de inocência, para atender ao que está disposto em uma norma internacional, como a CADH, a fim de resolver um possível conflito de normas. No entanto, essa aparente situação dissidente, não revela um problema no que diz respeito a aplicabilidade de normas que versem sobre direitos humanos.

No campo do Direito Internacional, há um princípio que rege essas situações, conhecido como *pro homine*. Nenhuma normatização sobre direitos humanos, como as que se referem a presunção de inocência, possuirão hierarquia sobre outras. Isso porque, segundo esse preceito principiológico, a norma mais abrangente irá preponderar sobre a mais restrita, podendo, inclusive, estabelecer uma relação de complementariedade (GOMES, 2008).

Dessa forma, o referido princípio apresenta duas concepções: uma positiva e uma negativa. Positiva porque permitiria que uma normatização internacional possa integrar o ordenamento jurídico local, e negativa pois impediria que legislações internas mais benéficas ao indivíduo fossem suprimidas em decorrências de um tratado internacional mais restrito (NEGISHI, 2017).

Assim, mesmo diante desses argumentos, as discussões sobre a presunção de inocência não parecem próximas de um sobrestamento. As discussões legislativas, os embates jurisprudenciais e as discordâncias doutrinárias, associados agora ao interesse da sociedade civil sobre o tema, que tem crescido ultimamente, especialmente em razão do papel da mídia tradicional e das redes sociais, parece longe de alcançar um consenso.

E, uma das razões para isso acontecer está associada a forma como a presunção de inocência tem sido tratada no Brasil, especialmente depois de assegurada constitucionalmente. Isso porque, para além de sua abrangência material, no que diz respeito a sua aplicação prática como garantia fundamental de todo indivíduo, ela representa uma premissa jurídica e política ainda maior. Mais uma vez, valendo-se dos ensinamentos de Nereu Giacomolli (2013, p. 22-23):

A presunção de inocência é um princípio de elevado potencial político e jurídico, indicativo de um modelo basilar e ideológico de processo penal, interferindo, substancialmente, na limitação do direito de liberdade do cidadão. Quando estruturado, interpretado e aplicado, há de seguir o signo da dignidade e dos direitos essenciais da pessoa humana, afastando-se das bases inquisitoriais, as quais partiam do pressuposto contrário, ou seja, da presunção de culpabilidade da pessoa. A adoção ou não do princípio da presunção de inocência revela a opção constitucional por um modelo de processo penal. O alto índice (em torno de 40%) de encarceramento sem condenação permite constatar a crença na prisão, na punição através da pena privativa de liberdade e na punição como solução à criminalidade, bem como a manutenção das bases arcaicas do sistema criminal.

Em consonância com esse pensamento sustentado por Nereu Giacomolli, as dimensões jurídicas e políticas da presunção de inocência implicariam transformações ainda mais significantes para a sociedade brasileira. A inserção desse mandamento no ordenamento jurídico brasileiro, por força de um dispositivo constitucional, alçado à condição de direito fundamental, teria o condão de romper com uma cultura autoritária existente no Brasil.

Autoritarismo esse que, como bem observado por Ricardo Gloeckner (2018), está incutido na processualística criminal brasileira desde, pelo menos, a edição do Código de Processo Penal de 1941. Logo, com a consagração da presunção de inocência, deveria representar uma escolha por um modelo processual democrático e liberal.

No entanto, como bem revelou Giacomolli (2013), vigora no país uma cultura do encarceramento, ou seja, uma propensão do Estado, através de suas instituições, em prender pessoas deliberadamente. Essa é uma característica do estado de polícia, que, dentre outras formas, se manifesta por meio do grande número de prisões provisórias decretadas pelo judiciário.

O autoritarismo revelado pelo alto número de detenções provisórias fica demonstrado, materialmente, pela ilegalidade de grande parte dessas prisões. Assim, embora admitidas pelo ordenamento jurídico, e, a princípio, não sejam incompatíveis com a presunção de inocência, o uso inadequado, sem observar os requisitos legais para sua determinação, pode representar um desrespeito ao referido princípio.

Seja pela falta de fundamentação, seja pelo uso abusivo dessas medidas prisionais, a ilegitimidade das prisões cautelares decorre de uma desconfiguração de seu caráter excepcional. Isso acarretará uma ineficácia da presunção de inocência,

seja como garantia individual, seja como elemento estrutural do processo penal, e irá corroborar com a ideia de um modelo inquisitorial, pautado em uma ideia utilitarista, como será visto em seguida.

2.4 PRISÕES CAUTELARES E DEMOCRACIA

Inicialmente, é preciso que estabelecer um conceito a respeito do que é uma prisão cautelar. Isso facilitará a compreensão sobre como essas prisões estão inseridas nos ordenamentos jurídicos democráticos e como podem se mostrar compatíveis com os modelos liberais de política criminal.

Essa assimilação faz-se necessária uma vez que a ideia de privação de liberdade de qualquer indivíduo, sem uma sentença condenatória, pode aparentar um contrassenso aos ideais democráticos e garantistas. Essa percepção, inclusive, encontra guarida na objeção feita por Ferrajoli (2002), que será abordada mais à frente, na qual o autor afirma ser a prisão cautelar uma forma de relativização da garantia de inocência.

No entanto, o presente estudo entende ser possível a instituição da prisão cautelar com o modelo de estado democrático de direito. No ordenamento jurídico brasileiro, essa possibilidade fica clara através do art. 283, do Código de Processo Penal, citado anteriormente. O dispositivo assegura, em sua redação, a presunção de inocência, mas, ao mesmo tempo, prevê, excepcionalmente, algumas situações em que a prisão possível antes de comprovada a culpabilidade do acusado.

Assim, entende-se como prisões cautelares, aquelas decretadas ainda no curso do processo, sem que a culpabilidade do réu tenha sido comprovada. Para tanto, o Código de Processo Penal brasileiro estabelece alguns requisitos necessários para sua aplicação, sempre em caráter excepcional.

Importa ressaltar que, apesar de alguns requisitos para a decretação dessa medida excepcional sejam abordados no transcorrer dessa pesquisa, por não se tratar de um estudo eminentemente jurídico, eles não serão abordados aqui. Do mesmo modo, não se faz necessário compreender as distinções, para fins desse estudo, entre os dois tipos de prisões cautelares: prisão preventiva e prisão temporária⁴³.

⁴³ Parte da doutrina entende e o próprio Código de Processo Penal de 1941 classifica a prisão em flagrante como uma medida cautelar. No entanto, entende-se, com base na mesma linha de pensamento de Aury Lopes Jr. (2017), que esse tipo de prisão possui uma natureza de precautelaridade, uma vez que ela não configura uma diligência assecuratória do processo penal, como as demais prisões cautelares.

Para tanto, é suficiente saber que existem dois tipos de prisões cautelares. E que elas podem ser decretadas por um juiz, no decurso de um processo penal, sem que haja uma sentença penal condenatória transitada em julgado.

Por outro lado, vale ressaltar que a prisão em flagrante, a despeito de alguma divergência doutrinária que possa existir, não é uma prisão cautelar em si. Considera-se hoje uma medida precautelar.

Isso porque, embora a prisão em flagrante também seja dotada de um caráter instrumental, da mesma forma que as prisões cautelares, ela possui uma finalidade diferente. Enquanto a prisão preventiva e a temporária possuem o condão de garantir o resultado do processo, a prisão em flagrante busca apenas cessar o ato delitivo e possibilitar a apresentação de quem o cometeu a um juiz competente.

Nas palavras de Aury Lopes Jr (2017, p.50): “o flagrante é uma medida precária, mera detenção, que não está dirigida a garantir o resultado do processo”. O juiz, por sua vez, ao analisar a prisão em flagrante não necessariamente a converterá em prisão preventiva, podendo considerá-la ilegal ou conceder a liberdade provisória⁴⁴.

Passadas as breves considerações a respeito da prisão em flagrante, volta-se a discussão a respeito das prisões cautelares no contexto dos regimes democráticos vigentes nos Estados modernos. Como bem observou Ferrajoli (2002, p. 444):

Em suma, ainda que em nome de “necessidades” diversas, por vezes invocadas cada qual como exclusiva – somente o perigo de fuga, só o risco de deterioração das provas, ambos esses perigos juntos, ou simplesmente a gravidade do delito em questão e a necessidade de prevenção; ou ainda conjuntamente os perigos de natureza processual e os de natureza penal – a prisão preventiva acabou sendo justificada por todo o pensamento liberal clássico.

A legitimação das prisões cautelares por meio do próprio pensamento liberal clássico, segundo Ferrajoli (2002), deu origem a um processo de flexibilização da garantia de presunção de inocência. Essa predisposição foi cooptada pelo avanço de

⁴⁴ Art. 310, do Código de Processo Penal: “Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente:

I - relaxar a prisão ilegal; ou

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.”

regimes autoritários e inquisitórios que começavam a ganhar força ainda no século XIX.

O Estado assume uma posição mais punitiva perante seus cidadãos, e passa a adotar legislações penais mais severas em meio a um contexto político-criminológico com traços autoritários. Isso permitiu a utilização das prisões cautelares para promoção de fins diversos do qual deveriam estar condicionadas em um modelo de Estado democrático.

O instituto, então, sofre um desvirtuamento e passa a ser utilizado de maneira muito diversa daquele para qual havia sido proposto pelos teóricos liberais da época. Dentre as deturpações que as prisões cautelares sofreram, para Ferrajoli, a mais danosa foi a alteração no seu propósito final, deixando assim de ser um “instrumento exclusivamente processual destinado à “estricta necessidade” instrutória para instrumento de prevenção e defesa social, motivado pelas necessidades de impedir que o imputado cometa outros crimes” (FERRAJOLI, 2002, p. 444).

Percebe-se, com isso, que o caráter instrumental do processo penal é desvirtuado, ou ao menos utilizado de forma indevida no que diz respeito aos ditames proclamados pelo estado de direito. Enquanto o modelo democrático utiliza a processualística criminal para que se possa atribuir pena a alguém, respeitando assim os postulados democráticos, um sistema inquisitório e autoritário faz uso desse mesmo processo penal para legitimar seus interesses por meio de prisões exageradas e desnecessárias.

Percebe-se assim um descompasso com o modelo político-crimeal liberal. A mera acusação de cometimento de um delito, embora pudesse ensejar uma privação de liberdade após uma condenação, passa a ser motivo para prisão imediata. As medidas adotadas pelo Estado, no que diz respeito a política crimeal, deixam de ser tomadas em razão da promoção de um bem-estar e harmonia social e passam a configurar interesses próprios de quem possui o poder.

As prisões cautelares tornam-se, então, meros instrumentos de uma política crimeal autoritária. Passa a ser utilizada de forma direcionada contra aqueles que se colocam como “inimigos”, abrindo espaço ainda para a possibilidade de execução antecipada da pena. Ela passa a representar, assim, uma desvirtuação completa do

que seria o processo penal democrático, uma vez que rompe os limites legais e fere liberdades e garantias individuais (FERRAJOLI, 2002).

Partindo desses pressupostos, Ferrajoli adota então uma posição contrária a possibilidade de utilização das prisões cautelares em meio a um contexto democrático que preconiza garantias como a presunção de inocência. Isso, em razão de não ser possível a atribuição de culpa a qualquer indivíduo, senão por meio de um processo.

No entanto, com o devido respeito ao jurista italiano, a ideia que esse trabalho comunga está assentada na possibilidade de utilização dessas medidas. Isso porque, para o entendimento aqui presente, a interposição de prisões cautelares não significa, ou pelo menos não deveriam significar, a presunção, ou mesmo a atribuição de culpa ao acusado.

Para tanto, é preciso que a imposição de prisões cautelares respeite determinados requisitos a fim de que possa se manter legítima perante um sistema democrático. Dessa forma, as prisões preventivas e temporárias poderão coexistir com o princípio da presunção de inocência, além de não se revelarem abusivas e incoerentes com a sistematização constitucional baseada em uma série de direitos e garantias fundamentais.

Dessa forma, é necessário que dois requisitos genéricos estejam presentes a fim de que se possa decretar uma prisão cautelar: o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*. Enquanto o primeiro diz respeito ao conjunto de elementos que permitam esboçar uma provável existência do delito e indícios consistentes de sua autoria, o segundo trata do perigo que a manutenção da liberdade de quem está sendo acusado pode representar.

É preciso fazer uma ressalva quanto ao objeto desses requisitos. Eles buscam salvaguardar o processo em si. Ou seja, se a liberdade do réu ameaçar o bom andamento do processo, em meio a possibilidade, por exemplo, de destruição de provas ou coação de testemunhas, fica caracterizado assim o *periculum libertatis*. Se houver indícios relevantes da prática e da autoria do delito, restará configura o *commissi delicti*.

Portanto, as prisões cautelares não são medidas capazes de prover a segurança pública. Muito menos devem ser utilizadas como forma de impedir que o acusado venha a cometer novos delitos. Seria praticamente impossível para o juiz

determinar algo dessa natureza, uma vez que o magistrado, provavelmente, ainda não consegue exercer a capacidade de adivinhação (LOPES JÚNIOR, 2004).

Nesse mesmo sentido, é preciso compreender que o papel de garantir a segurança da sociedade não pertence ao judiciário. O Estado, enquanto poder executivo, tem essa responsabilidade e deve promover suas medidas de forma que se mostrem capazes de coibir o avanço da criminalidade.

As prisões cautelares são, primeiramente, uma privação de liberdade. No entanto, não decorrem de uma sentença penal condenatória. Isso porque, trata-se de uma medida exclusivamente processual, com finalidade de assegurar o bom curso do processo penal judicialmente. Ela não representa uma punição em si mesma, e, por se tratar de uma restrição de liberdade, deve ser considerada como excepcional, e sua aplicação deverá obedecer os critérios de proporcionalidade e razoabilidade (MINAGÉ, 2019).

Nesse sentido, deve-se levar em conta alguns aspectos básicos sobre a decretação dessas prisões que precisam ser respeitados a fim de que elas possam coexistir com preceitos democráticos do estado de direito. Dessa forma, o instituto deve se manter orientado por princípios básicos como jurisdicionalidade e motivação, provisionalidade, provisoriedade, excepcionalidade e proporcionalidade:

A rigor, cotejando os princípios da jurisdicionalidade com a presunção de inocência, a prisão cautelar seria completamente inadmissível. Contudo, o pensamento liberal clássico buscou sempre justificar a prisão cautelar (e a violação de diversas garantias) a partir da “cruel necessidade”. Assim, quando ela cumpre sua função instrumental-cautelar, seria tolerada, em nome da necessidade e da proporcionalidade. Mas, infelizmente, a prisão cautelar é um instituto que sofreu uma grave degeneração, que dificilmente será remediada por uma simples mudança legislativa como a presente. O maior problema é cultural, é a banalização de uma medida que era para ser excepcional (LOPES JÚNIOR, 2017, p. 32).

Sem a devida observância dessa matriz principiológica, a prisão cautelar pode se tornar mero instrumento do Estado, materializando políticas de encarceramento incompatíveis com o modelo democrático. Assim, para compreender um pouco melhor da possibilidade e dos limites de utilização dessas prisões, é preciso compreender um pouco sobre esses princípios.

As prisões cautelares devem sempre ser motivadas e decretadas por meio de uma decisão judicial, o que pressupõe a existência de um processo penal. A medida

também possui um caráter provisional, ou seja, deve durar apenas enquanto os seus requisitos se façam presentes. Não faz sentido manter alguém preso cautelarmente se não houver fundados riscos ao bom andamento do processo.

Nesse sentido, entende-se também que as prisões cautelares, assim como também são designadas, devem ser provisórias. Diante da sua provisionalidade, não faz sentido manter a medida por longos períodos sem que haja uma revisão dos motivos fáticos que levaram a sua decretação, ou sem que haja o julgamento do acusado. Isso faz com que elas incorram em um excesso de prazo, razão pela qual muitos pedidos de revogação dessas prisões têm sido fundamentados.

Por fim, assim como em todas as outras prisões consagradas pelo ordenamento jurídico brasileiro, a detenção cautelar deve ser considerada uma medida excepcional, utilizada em último caso. Com isso, a aplicação dessa medida deverá ser proporcional ao fim pretendido, devendo haver um equilíbrio entre o seu objetivo e a gravidade da privação de liberdade do acusado. A decretação da prisão cautelar, para Aury Lopes (2017, p. 45):

Deverá valorar se esses elementos justificam a gravidade das consequências do ato e a estigmatização jurídica e social que irá sofrer o acusado. Jamais uma medida cautelar poderá converter-se em uma pena antecipada, expondo-se às consequências de flagrante violação à presunção de inocência.

Postos esses preceitos sobre as prisões cautelares, é preciso, no entanto, contextualizá-las em relação ao panorama jurídico-social que decorre da crise do positivismo clássico no direito. Toda essa construção principiológica, ainda que juridicamente pertinente e válida, não é capaz de combater o avanço do punitivismo estatal, que, por meio da figura de um Estado-juiz que deixa de ser um garantidor de direitos na pretensa busca de combater a criminalidade (MINAGÉ, 2019).

Nesse sentido, instaura-se uma ideia de que garantias fundamentais como a presunção de inocência são obstáculos para que o Estado possa vencer o problema da criminalidade. E a prisão preventiva, em meio a essa concepção, passa a ser encarada como um instrumento legal capaz de superar esses óbices. Seu fundamento deixa de considerar a necessidade de garantir o bom curso do processo, e ela passa a ser utilizada de forma preventiva, desvirtuando assim a ideia de presunção de inocência (MINAGÉ, 2019).

Assim, reverte-se por completo qualquer ótica garantista trazida pela Constituição de 1988. A atividade jurisdicional, as legislações infraconstitucionais e as atividades administrativas estatais, especialmente por meio de seus agentes policiais, nem sempre obedecem às diretrizes constitucionais de proteção a direitos e liberdades individuais. Isso faz com que o modelo jurídico forjado pelo garantismo seja visto como um referencial utópico (FERRAJOLI, 2002).

A preocupação com o mal uso também se revela em alguns tratados internacionais de direitos humanos. O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966)⁴⁵ e as Regras de Tóquio (1990)⁴⁶, por exemplo, reforçam a ideia de excepcionalidade das prisões cautelares.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos também possui entendimentos jurisprudenciais no sentido de que a decretação de prisões cautelares deve respeitar algumas condições para sua aplicação. Ao interpretar a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) no caso *López Álvares vs Honduras*, órgão decidiu que a prisão preventiva deverá respeitar os princípios da legalidade, necessidade, proporcionalidade e presunção de inocência, além de sua natureza excepcional e subsidiária (CORTE IDH, 2006).

Ainda assim, diante de toda a normatização internacional e da legislação nacional, inclusive da própria Constituição, o uso das prisões cautelares tem se revelado um reflexo da cultura inquisitorial vigente no Brasil. No entanto, essa é uma

⁴⁵ Art. 9.3, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos: “Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença”.

⁴⁶ Aprovada pela Resolução 45/110, da Assembleia Geral da ONU, as Regras Mínimas Padrão das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas Não Privativas de Liberdade (Regras de Tóquio) dispõem que:

6. A prisão preventiva como medida de último recurso

6.1 A prisão preventiva deve ser uma medida de último recurso nos procedimentos penais, com a devida consideração ao inquérito referente à infração presumida e à proteção da sociedade e da vítima.

6.2 As medidas substitutivas da prisão pré-julgamento devem ser utilizadas o mais cedo possível. A prisão pré-julgamento não deve durar mais do que o tempo necessário para atingir os objetivos enunciados na regra 6.1 e deve ser administrada com humanidade e respeito à dignidade da pessoa.

6.3 O infrator deve ter o direito de recorrer, em caso de prisão pré-julgamento, a uma autoridade judiciária ou qualquer outra autoridade independente.

realidade que já se fazia presente em grande parte dos sistemas criminais latino-americanos desde o final do século passado (BINDER, 1999).

O seu caráter de excepcionalidade é desconsiderado pela prática jurisdicional e a tendência é a aplicação da prisão não como uma medida cautelar, mas como uma verdadeira sanção. Ou seja, a cautelaridade tem sido deixada de lado pelos juízes ao aplicá-la, transformando-a em uma verdadeira punição, a qual, por sua vez, decorre não da atribuição de uma culpa, mas de uma mera acusação criminal.

A prisão preventiva tem sido desvirtuada ao ser utilizada da maneira como os juízes e tribunais a aplicam. Como destaca Binder (1999), por se tratar de uma medida excepcional, ela não deveria ser tão utilizada com tanta frequência como ocorre. A sua aplicação também é feita com muita discricionariedade, sem respeitar os requisitos legais e, muitas vezes, ela é imposta com um caráter punitivo, destoando da sua natureza assecuratória.

Essa realidade representa um grande problema para os sistemas carcerários latino-americanos. As prisões temporárias, quando ainda não há uma condenação, conforme afirma Biden (1999), chegam a representar até 90% do total de presos nesses países. No Brasil, conforme aponta o INFOPEN, esse percentual está próximo de 40%. Isso demonstra que a prisão preventiva tem deixado de ser exceção para se tornar regra, o que representa uma grave violação das liberdades individuais, uma vez que a medida tem assumido um caráter penal, e não processual, como deveria ser.

A utilização das prisões cautelares, portanto, tem se tornado um verdadeiro instrumento de política criminal. Para além da discussão se elas são compatíveis com os modelos políticos democráticos e as políticas criminais liberais, tem-se verificado por meio das detenções provisórias uma maior expressão de poder do estado perante os cidadãos, acentuando assim a sua pretensão punitiva por meio de uma via que consegue extrapolar os limites legais.

Extrapolação legal essa que, no entanto, encontra fundamento na própria lei. Embora a Constituição e legislações internacionais estabeleçam limites claros para a imposição da prisão enquanto uma medida cautelar, o Código de Processo Penal Brasileiro, por meio de alguns de seus dispositivos, propicia a decretação dessas prisões ilegais, que, no entanto, acabam sendo legitimadas, posteriormente, pelo próprio judiciário, ao não exercer o devido controle das decisões judiciais.

É o caso da previsão constante no art. 312, do Código de 1941⁴⁷, em que é prevista a possibilidade da prisão preventiva para garantir a “ordem pública”. Por meio de um termo vago, a legislação confere uma discricionariedade quase ilimitada para a atuação estatal. Uma vez que o próprio legislador não define o que vem a ser “ordem pública”, a expressão passa a abarcar assim uma série de possibilidades que dão margem para os juízes decretarem as prisões cautelares de forma desarrazoada.

Diante desse fundamento, as prisões preventivas não cumprem a função legal para qual foi estabelecida. Representa, assim, uma afronta a presunção de inocência. Como bem observado por Minagé (2019, p. 235):

Uma prisão para garantir a ordem pública não pode, jamais, constituir-se em regra geral para pautar uma prisão preventiva. Devido a sua notória imprecisão quanto ao significado, sua utilização afronta de forma brutal o princípio da presunção de inocência. O que se busca efetivamente com uma prisão preventiva pautada na ordem pública, em nada tem a ver com os preceitos almejados pelas medidas cautelares trazidas pela nova legislação, muito menos, coaduna-se com a finalidade do processo penal. Uma prisão preventiva busca, inevitavelmente, a antecipação dos efeitos da pena. Posto que, na verdade, deveria ser justamente o contrário, e o objetivo inerente à medida cautelar deveria ser o de efetivar e preservar o trâmite processual na defesa dos direitos da pessoa humana, com consequente aplicação da lei penal ao caso concreto de forma justa e constitucional.

A desvirtuação das prisões preventivas, no entanto, também tem se materializado por meio da atividade legislativa. A recente alteração trazida pela Lei 13.964, de 2019 (Lei Anticrime), que inseriu o § 2º, no art. 310⁴⁸, do Código de Processo Penal, demonstra bem como as detenções provisórias têm sido utilizadas de modo a contrariar preceitos constitucionais e violar o direito à liberdade e a presunção de inocência.

A simples condição de reincidente pode levar o acusado a ser preso preventivamente, independentemente de estarem presentes os requisitos legais necessários para aplicação da medida. A sanha punitivista, que emerge e se desenvolve cada vez mais em meio a um estado policalesco, propicia despautérios

⁴⁷ Art. 312, do Código de Processo Penal Brasileiro: “A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado”.

⁴⁸ Art. 310, § 2º: “Se o juiz verificar que o agente é reincidente ou que integra organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito, deverá denegar a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares”.

do legislador na busca estabelecer uma resposta condizente com os anseios sociais provocado por uma ideia de emergência.

Isso porque, a nova literatura legal, não obstante a sua discrepância constitucional, é conflitante com o próprio Código de Processo Penal ao não respeitar a observância dos requisitos necessários para decretação da prisão preventiva. Conforme observado abaixo, o novo dispositivo:

sugere ser a reincidência óbice intransponível para a concessão de liberdade provisória, tratando-se de hipótese vinculada de conversão do flagrante em prisão preventiva. Por isso, não há outro caminho que não se reconhecer a inconstitucionalidade desse dispositivo, à luz do princípio do *ne bis in idem*, verdadeiro direito fundamental individual implícito, a teor do art. 5º, § 2º, da Constituição (DE FILIPPO, 2020, p. 21).

O acusado estaria privado de sua liberdade, de forma cautelar, não por incorrer nos requisitos legais previstos no art. 312 e 313 do Código de Processo Penal, mas pelo fato de ser reincidente. Isso realça a ideia de periculosidade na forma como as prisões cautelares têm sido empregadas frequentemente.

O recrudescimento penal, que muitas vezes se manifesta de forma latente, é evidenciado concretamente na intenção do legislador com a edição desse novo dispositivo. Enquanto o inciso II, do art. 313 já prevê a possibilidade de aplicação da prisão preventiva ao se tratar de reincidência de crime doloso, a nova lei busca ampliar essa permissão, admitindo-a também quando não houver o dolo (DE FILIPPO, 2020).

Dessa forma, fica evidente a utilização dessas medidas como instrumento de uma política criminal repressiva, de cunho autoritário. Chama atenção, no entanto, a tentativa de legitimação de uma ilegalidade. Por meio de uma previsão legal, busca-se dar validade a uma atuação estatal que não encontra resguardo na Constituição.

Essas circunstâncias revertem qualquer conciliação entre as prisões cautelares e o garantismo jurídico proposto por Ferrajoli (2002). O desrespeito à Constituição, ora pela atividade dos juízes, ora pelo próprio legislador, fere a construção de um modelo político estabelecido por meio do respeito às leis. A intervenção punitiva estatal, nessas condições, mostra-se completamente ilegítima e antagônica aos preceitos liberais do estado democrático de direito.

3 A DEFENSORIA PÚBLICA

A processualística criminal no Brasil é marcada por uma persistente tradição autoritária que se mantém em vigor mesmo no contexto democrático de uma sociedade pautada pelo estado de direito. A vigência do Código de Processo Penal de 1941, mesmo depois de promulgada a Constituição de 1988, é um dos exemplos desse cenário.

Autoritarismo esse que se revela em meio a presença de um estado de polícia na vigência de um estado democrático de direito. As garantias e direitos individuais se tornam frágeis em meio a uma tendência de flexibilização e desrespeito proporcionados por uma mentalidade utilitarista, característica desse estado policaiesco.

Essa conjuntura, no entanto, pode ser reveladora de uma importante contradição estabelecida no processo penal brasileiro. Mesmo diante de um contexto de estabelecimento de novos direitos e garantias, muitas delas inseridas no ordenamento jurídico brasileiro após a edição da Constituição Federal de 1988, percebe-se, hoje, um recrudescimento penal decorrente do aumento da pretensão punitiva do Estado.

Essa perspectiva pode revelar um quadro de seletividade criminal, que, em grande parte, pode ser resultado de uma dificuldade no acesso à essas garantias. No Brasil, a instauração de um estado de direito como modelo político não se mostrou suficiente para superar a presença de desigualdades históricas e estruturais e transformar a realidade social brasileira pautada no racismo e na violência contra os mais pobres:

Aqui, é preciso entender que o dito Estado democrático se sustenta na base da desigualdade que, no horizonte do racismo, só se consolida com o salvo-conduto do terror. Nessa dinâmica que confunde os sentidos, os arranjos constitucionais estão pautados para a garantia de direitos, desde que jamais se perturbe a ordem pragmática por controle. Ou seja, o limite da atuação da ordem constitucional no Brasil passa pelo respeito ao controle indiscutível da decretação da morte de pessoas negras, que se constitui no item inegociável da agenda das elites nacionais (FLAUZINA, 2019, p. 67).

Essa conjuntura está associada a manutenção de um estado de polícia, que se manteve em vigor no Brasil, ainda que por meio de uma outra sistematização. Assim, embora algumas práticas e métodos tenham permanecidos, a estruturação de um

estado pautado na legalidade confere legitimidade as atuações estatais ao não as coibir ou repará-las, por mais violentas e antidemocráticas que sejam.

Na esfera penal, o desrespeito e a não observância de direitos humanos e garantias fundamentais, especialmente da população vulnerável, tem configurado uma espécie de ordenamento jurídico paralelo no Brasil. O desprezo às liberdades individuais de determinados grupos, seja por meio da violência policial em áreas periféricas, seja em razão do desrespeito à normatização processual por parte do judiciário, demonstra a necessidade de mecanismos capazes de promover o acesso e a proteção à essas prerrogativas.

Nesse contexto, insere-se a Defensoria Pública no Brasil. Pautada em um modelo de prestação de assistência jurídica integral e gratuita, a instituição está voltada para a defesa e promoção de direitos de direitos daqueles que se encontrem em uma situação de vulnerabilidade social.

Na esfera penal, a atuação da Defensoria Pública é fundamental para na busca pela concretização de um modelo de sociedade democrática. A configuração de um estado policaiesco, em pleno estado de direito, reforça a necessidade de mecanismos capazes de conferir a defesa das liberdades individuais de todos os indivíduos.

Assim, é preciso compreender melhor as características dessa instituição, que assume um papel contramajoritário no sistema de justiça brasileiro, historicamente autoritário e discriminatório. A incumbência da Defensoria Pública, em meio a um Estado deliberadamente punitivo, é garantir que todos tenham suas liberdades individuais respeitadas. Ou seja, não só proteger direitos de forma individual, mas também assegurar o acesso à justiça, de modo a concretizar o modelo político democrático.

3.1 A DEFENSORIA PÚBLICA NO BRASIL

O modelo de assistência jurídica integral e gratuita, fornecido pelo Estado, no qual a Defensoria Pública está inserida, foi instituído pela Constituição Federal de 1988⁴⁹. No entanto, a ideia da prestação de uma assistência judiciária aos mais necessitados, ainda que em formatos completamente distintos da que existe hoje, já está presente no Brasil há quase duzentos anos⁵⁰.

No entanto, durante um longo tempo, ainda que com o aperfeiçoamento dessa prestação jurisdicional, a assistência jurídica aos mais necessitados era vista sob uma perspectiva de caridade (MORAES; SILVA, 2019). Somente a partir da Constituição de 1934 o Estado assume a obrigação e se torna responsável por oferecer amparo jurídico aos mais pobres. Á época, escreveu Araújo Castro (1935, p. 369-370):

“Nada mais justo do que a assistência judiciária aos necessitados, porque, se é no Poder Judiciário que todos vão encontrar a maior garantia de seus direitos individuais, é bem de ver que sem tal assistência as classes pobres estariam impossibilitadas de fazer valer tais direitos” (*apud* MORAES; SILVA, 2019, p. 91).

Assim, alguns estados brasileiros passaram a organizar estruturas capazes de fomentar essa assistência aos mais pobres (MORAES; SILVA, 2019). Embora o período ditatorial estadonovista tenha representado um hiato de efetivação dessas conquistas, a promulgação da Constituição de 1946 reconhece novamente a assistência jurídica como um direito de todos os indivíduos⁵¹.

Com isso, consolida-se o entendimento de que o Estado é responsável pela prestação de uma assistência jurídica, de forma gratuita, aos mais necessitados. Entendimento esse que permanece durante o período ditatorial brasileiro, após 1964, e se mantém, inclusive, na Constituição de 1967⁵². Assim, a União e os estados

⁴⁹ Art. 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal de 1988: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

⁵⁰ Com a edição da Lei nº 20, de outubro de 1823, passou a vigorar no Brasil as Ordenações Filipinas, a qual previa em seu Livro III, no § 10, do título 84, o seguinte: “Em sendo o agravante tão pobre que jure não ter bens móveis, nem de raiz, nem por onde pague o agravo, e dizendo na audiência uma vez o Pater Noster pela alma del Rey Don Diniz, ser-lhe-á havido, como que pagasse os novecentos réis, contanto que tire de tudo certidão dentro no tempo, em que havia de pagar o agravo”.

⁵¹ Art. 141, § 35, da Constituição Federal de 1946: “O poder público, na forma que a lei estabelecer, concederá assistência judiciária aos necessitados.”

⁵² Art. 150, § 32, da Constituição Federal de 1967: “Será concedida assistência judiciária aos necessitados na forma da lei”.

brasileiros, por meio de diferentes órgãos, passam a prestar esse serviço aqueles que necessitassem (MORAES; SILVA, 2019).

Ainda assim, a concepção sobre assistência jurídica ainda era muito restrita em relação ao modelo adotado pela Constituição de 1988. A lei 1.060, de 1950, que regulamentava em grande parte a prestação desse serviço pelo Estado, abordava apenas a atividade judiciária a ser prestada pelo poder público. Hoje, o rol de funções desempenhadas pela Defensoria Pública é muito mais amplo e abrange atividades cada vez mais complexas.

Nesse mesmo sentido, por exemplo, em 1954, o estado do Rio de Janeiro, por meio da Lei Estadual nº 2.188, criou seis cargos de Defensor Público. No entanto, esses postos estavam ligados à Procuradoria Geral de Justiça do Estado, e representavam o início da carreira no Ministério Público Estadual. Assim, surge então um primeiro delineamento daquilo que viria a ser a Defensoria Pública no Brasil.

A concepção de uma Defensoria Pública enquanto instituição autônoma inserida no sistema de justiça brasileiro, no entanto, ainda não havia sido concebida. Em outros estados, a assistência jurídica aos mais pobres também era prestada por meio de órgãos como procuradorias estaduais e pelo Ministério Público. Havia ainda a possibilidade de advogados, de forma supletiva, exercerem essa incumbência, nos estados que ainda não dispusessem do serviço (MORAES; SILVA, 2019).

Essa mesma configuração de prestação de um serviço jurisdicional gratuito pelo poder público estava presente em diversos outros países. Cappelletti e Garth (1988)⁵³, ainda na década de setenta, apresentaram um importante estudo sobre a forma como Estados Unidos, França, Inglaterra, dentre outros, se organizavam de modo a permitir que as camadas menos favorecidas de seus cidadãos pudessem dispor de assistência jurídica.

De forma semelhante como ocorria no Brasil, essa assistência era prestada, sobretudo, no âmbito de processos judiciais, sem que houvesse uma organização

⁵³ O título originário da obra é "Access to Justice", publicado pela Dott. A. Giuffrè Editore, entre 1978 e 1979, em Milão, na Itália. Trata do resultado de um estudo a nível mundial sobre o tema denominado Projeto Florença (Florence Access-to-Justice Project), o qual contou com a participação de pesquisadores de diversas áreas, como juristas, sociólogos, antropólogos e economistas. Sua versão original consta de quatro volumes, em seis tomos, mas, no Brasil, fora publicado apenas o seu relatório geral, com a transcrição literal do título para o português, em 1988, com tradução de Ellen Gracie Northfleet, conforme referenciado nesse artigo.

institucional para prestação do serviço. Assim, em muitos desses países, essa atividade era exercida através do sistema *judicare*, no qual advogados particulares eram pagos pelo Estado para que atuassem em favor daqueles que necessitassem.

Assim, apenas após a Constituição Federal de 1988, a antiga concepção sobre assistência judiciária dá lugar a prestação de um serviço integral e gratuito de suporte jurídico à população mais pobre. Nas palavras de Alexandre Lobão Rocha (2009, p. 109-109):

A assistência foi mantida entre os direitos e garantias fundamentais, porém o tipo de modelo público ganhou nova definição que lhe ampliou o alcance. O art. 5º, inciso LXXIV, estabeleceu que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. A mudança de denominação de “assistência judiciária” para “assistência jurídica” traduz essa ampliação do modelo, pois significa dizer que a assistência não mais está restrita ao âmbito das ações em trâmite no Poder Judiciário, facultando ao necessitado invocá-la onde quer que se faça necessária a presença de um advogado.

A partir de então, instaura-se no Brasil um novo paradigma sobre a prestação de serviços jurídicos a população mais pobre. Trata-se de uma assistência jurídica mais ampla, que abrange atividades mais complexas, jurisdicionais ou não, e deve ser estendida a todo o território brasileiro, sendo responsabilidade do poder público a sua execução. Dessa forma, fica configurado assim um modelo de assistência público-estatal, em substituição ao sistema *judicare* vigente até então (ROCHA, 2009).

Essa mudança oriunda da Constituição de 1988 decorre de um novo paradigma a respeito da implementação de políticas públicas a serem implantadas pelo Estado, especialmente na área assistencial. Diante da adoção de um modelo de estado democrático de direito, a participação de toda a sociedade no processo de elaboração e efetivação dessas medidas se torna fundamental para conferir legitimidade as ações estatais.

Por outro lado, a responsabilidade do Estado aumenta à medida que os direitos humanos positivados no texto constitucional ganha uma nova dimensão, protegendo não só direitos individuais, mas também sociais e coletivos (GONÇALVES, 2017). Assim, a assistência jurídica, de modo a garantir o acesso à justiça da população mais pobre, assume uma importante função no âmbito da Constituição de 1988, visando a efetivação desses direitos.

Ela passa agora a ser encarada como política pública, de forma descentralizada, a ser implementada conjuntamente pelos estados e União. Torna-se, então, responsabilidade desses entes a sua aplicação. E para além disso, a instituição, por de promover o acesso à justiça e direitos fundamentais, passa a ser vista também como um meio de promoção de outras políticas públicas a serem implementadas pelo poder público (GONÇALVES, 2017).

Esse novo contexto ganha ainda mais forma no próprio texto constitucional, que elenca a Defensoria Pública como função essencial à justiça⁵⁴. Assim, a assistência jurídica, elencada como direito fundamental pela Constituição de 1988, deverá ser prestada pela própria instituição, o que caracteriza definitivamente a sua natureza pública:

Assim, a Constituição de 1988 foi pioneira ao prever a organização institucional das Defensorias Públicas no País, indicando as diretrizes fundamentais para sua estruturação por intermédio de Lei Complementar. Observe-se que a norma constitucional em vigor deixa claro que o tipo de modelo público deve ser estruturado em todas as áreas da justiça nos planos federal e estadual, além de se estender por todos os graus do Poder Judiciário, o que ainda não se efetivou (ROCHA, 2009, p. 109).

Apesar dos avanços trazidos pela Constituição, conforme aponta o autor acima, nem todos eles foram concretizados. Em 2009, ano em que a obra supracitada foi publicada, Paraná e Santa Catarina, mesmo após decorridos mais de vinte anos da promulgação da Constituição de 1988, ainda não haviam criado suas defensorias públicas⁵⁵.

Essa falta de efetividade, no entanto, ainda se mantinha. Segundo o IV Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil (2015), em 2014, apenas mil e oitenta e oito unidades jurisdicionais estaduais, do total de duas mil setecentos e vinte sete,

⁵⁴ Art. 134, da Constituição Federal de 1988: “A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.”

⁵⁵ Os dados são do Mapa da Defensoria Pública no Brasil, publicado pelo IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada: “Antes de 1990, havia Defensorias Públicas em apenas sete estados brasileiros. Esse número cresce de modo substancial a partir dos anos 1990, quando mais dez estados estabelecem essas instituições. Os outros oito estados criariam as suas defensorias públicas apenas nos anos 2000, com as duas últimas delas tendo sido criadas por lei apenas em 2011, no estado do Paraná, e em 2012, no estado de Santa Catarina”. (IPEA – INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Mapa da Defensoria Pública no Brasil**. Brasília: Ipea, 2013)

eram atendidas por defensores públicos. Isso demonstra que a dificuldade no acesso à justiça pelas camadas mais pobres da população brasileira ainda persistia.

Nesse mesmo sentido, outros dados apontados pelo documento revelam a discrepância no acesso à justiça no país. Eles demonstram ainda a proeminência do aparato estatal frente aos mecanismos de defesa do cidadão, o que caracteriza uma preponderância do poder punitivo do Estado em face de direitos e garantias individuais. Essa característica torna evidente a presença de um estado de polícia ainda consolidado no Brasil.

São números como a quantidade de promotores e juízes em comparação a parcela de defensores públicos existentes. A presença em número superior de magistrados e membros do ministério público, em meio a uma cultura processualística inquisitorial e autoritária, reforça ainda mais a ideia de um estado policialesco. Segundo o documento supracitado:

Suas conclusões apontam para uma realidade onde há muito mais juízes e promotores de justiça do que defensores públicos, numa proporção de 2 para 1, o que se reflete na ausência da Defensoria em muitas comarcas ou na acumulação de atribuições e de demandas naquelas onde essa instituição se faz presente. Ou seja, em grande parte do Brasil, a população conta somente com o “estado-juiz” e com o “estado-acusação”, não dispondo de forma satisfatória dos serviços de “estado-defensor”, que promoveria a defesa dos interesses dessa parcela da população incapaz de contratar um advogado particular (BRASIL, 2015).

Dessa forma, em 2014, é promulgada a Emenda Constitucional nº 80/2014, a qual prevê a presença de pelo menos um defensor público em cada unidade jurisdicional do país, no prazo de oito anos. Essa normatização condiz com a preocupação em garantir o acesso à justiça de forma universal, possibilitando assim uma maior consolidação de um modelo político democrático no Brasil.

Assim, por representar um importante mecanismo de proteção aos direitos e garantias individuais dos brasileiros, a Defensoria Pública exerce, por meio de suas atividades, um importante papel político. Em face da adoção de um modelo de política criminal autoritário, o qual resulta em um estado de polícia, diante das desigualdades sociais que imperam no Brasil, o estabelecimento de um mecanismo de proteção a esses direitos se torna essencial.

Ao permitir à parte mais pobre da população brasileira usufruir desses direitos, através da prestação de uma assistência jurídica integral e gratuita, por meio do

acesso à justiça, a instituição se coloca no contrafluxo da pretensão punitiva estatal. Dessa forma, a Defensoria Pública, ao se consolidar como um instrumento garantista para proteção de liberdades individuais, se transforma em um dos principais pilares do modelo democrático adotado no Brasil.

3.2 DEFENSORIA PÚBLICA, DIREITOS HUMANOS E DEMOCRACIA

No século XVIII, com a decadência dos regimes absolutistas na Europa, a ascensão das ideias iluministas e a consolidação de uma classe burguesa, a relação entre governantes e governados se altera profundamente. Assim, inúmeros direitos individuais, pautados em uma concepção liberal, passam a ser adotados em diversos países⁵⁶. Nas palavras de Bobbio (2004, p. 8):

No plano histórico, sustento que a afirmação dos direitos do homem deriva de uma radical inversão de perspectiva, característica da formação do Estado moderno, na representação da relação política, ou seja, na relação Estado/cidadão ou soberano/súditos: relação que é encarada, cada vez mais, do ponto de vista dos direitos dos cidadãos não mais súditos, e não do ponto de vista dos direitos do soberano, em correspondência com a visão individualista da sociedade, segundo a qual, para compreender a sociedade, é preciso partir de baixo, ou seja, dos indivíduos que a compõem, em oposição à concepção orgânica tradicional, segundo a qual a sociedade como um todo vem antes dos indivíduos. A inversão de perspectiva, que a partir de então se torna irreversível, é provocada, no início da era moderna, principalmente pelas guerras de religião, através das quais se vai afirmando o direito de resistência à opressão, o qual pressupõe um direito ainda mais substancial e originário, o direito do indivíduo a não ser oprimido, ou seja, a gozar de algumas liberdades fundamentais.

Em um primeiro momento, esses direitos assumem uma forma de prestação negativa por parte do Estado perante os seus governados. Assumem a forma de liberdades individuais e estabelecem uma limitação do poder estatal perante a sociedade.

Em meio a esse momento de transição, e por representarem um importante elemento caracterizador dessa inversão paradigmática, foram conceituados por direitos humanos de primeira geração (BOBBIO, 2004). Esses direitos, pautados por um ideal de liberdade, além de conferir proteção em face do estado, busca resguardar cada indivíduo perante a própria sociedade. Assim, a classe burguesa, que passava a acumular cada vez mais poder, buscava manter suas conquistas sociais preservadas.

Um pouco depois, surgiram também os direitos humanos de segunda geração. Pautados em uma concepção de igualdade, previam uma atuação positiva por parte

⁵⁶ Entre os principais documentos dos quais decorreram a afirmação de direitos individuais no séc. XVIII, tem-se a Declaração Francesa dos direitos do Homem e do Cidadão (1789) e da Constituição dos Estados Unidos da América de 1787. Eles resultam de uma crescente insatisfação da população em meio aos desmandos dos governantes absolutistas.

do Estado, o qual deveria assumir a responsabilidade em proporcionar condições de vida dignas a seus administrados.

Esses direitos de segunda geração guardam uma importante relação com as liberdades individuais. Para que seja possível usufruir das prerrogativas de liberdade, os indivíduos precisam ter acesso a condições de vida básicas, que lhes proporcione garantir sua integridade perante a sociedade e o próprio estado.

Vislumbra-se, assim, a complementariedade entre os direitos de primeira e segunda geração. Os direitos positivos buscam criar condições para que os primeiros possam ser exercidos de forma plena, por meio da eliminação dos obstáculos que poderiam impedir essa satisfação. Os direitos liberais, em grande parte, somente serão exercidos por meio da prestação estatal de direitos sociais, especialmente para aqueles que se encontrem em alguma condição de vulnerabilidade (LAFER, 1988).

Não há, portanto, uma interação hierárquica entre elas. O que se percebe é uma relação de complementariedade da primeira e segunda geração. Esse encadeamento entre direitos das duas gerações é mais bem visualizado na promoção do acesso à justiça para defesa de direitos e garantias individuais.

Em face da pretensão punitiva estatal, a liberdade individual, materializada em direitos como a presunção de inocência, carece de uma assistência jurídica eficiente, que confira meios adequados para sua proteção. Dessa forma, percebe-se que a proteção de um direito de primeira geração necessita da efetivação de um outro, de segunda geração.

Essa relação guarda ainda uma suposta contradição na tutela desses direitos por parte do Estado. Enquanto aos direitos de primeira geração exige-se uma prestação estatal negativa, para os de segunda, essa atuação precisa ser positiva. Mais uma vez, nas palavras de Lafer, (1988, p. 128-129)

Na perspectiva *ex parte populi*, que é a da liberdade, uma das contradições, na prática, da tutela, resulta do fato de os direitos de primeira geração almejarem limitar os poderes do Estado, demarcando com nitidez a fronteira entre Estado e sociedade, e os direitos de segunda geração exigirem a ampliação dos poderes do Estado. É por essa razão que são distintas as técnicas jurídicas que ensejam a fruição, *ex parte populi*, dos direitos de primeira e de segunda geração. No primeiro caso a iniciativa cabe aos indivíduos e o papel do Estado é de polícia administrativa por parte do Executivo, de controle pelo Judiciário das lesões individuais, tudo em conformidade com as leis elaboradas pelo Legislativo, nos termos e nos limites estabelecidos pela Constituição. No segundo caso o atendimento dos

direitos depende do Estado, requerendo que o Direito desempenhe uma função de promoção dos indivíduos.

No Brasil, essa contradição fica evidente na prestação da assistência jurídica por parte do Estado, através da Defensoria Pública, que se direciona contra o próprio ente estatal. Em matéria criminal, essa antinomia se torna ainda mais evidente, uma vez que a defesa de qualquer pessoa acusada pela prática de um delito, caso não constitua advogado privado, deverá ser realizada pela instituição defensorial⁵⁷.

Esse entendimento decorre da concepção que qualquer indivíduo se torna vulnerável em face do poder punitivo do Estado. Na esfera criminal, especialmente em razão da presença de um estado de polícia, há uma comunhão de diversos agentes penais contra o acusado (ZAFFARONI, 2018). Juízes, promotores, a polícia e a própria sociedade, especialmente por meio dos canais midiáticos, se colocam a serviço de um sistema penal punitivista.

Diante desse cenário, a promoção do acesso à justiça se torna essencial. A assistência jurídica aos mais necessitados, prestada no Brasil pela Defensoria Pública, deve cumprir o papel de garantidor dessas liberdades individuais em face do poder estatal. Dessa forma, a instituição se coloca não só como um mecanismo de proteção, mas também como importante elemento no processo de consolidação e manutenção desses direitos.

Essa percepção fica mais bem demonstrada no voto supracitado do Min. Luís Roberto Barroso⁵⁸. O ministro argumenta que a presunção de inocência, nos moldes pautados pela Constituição de 1988, somente é usufruída por uma pequena parte da população brasileira, que tem melhores condições financeiras, e, por isso, conseguem acessar as vias recursais extraordinárias, quais sejam, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal.

⁵⁷ Esse entendimento revela-se por meio do § 2º, do art. 396-A, do Código de Processo Penal Brasileiro, o qual dispõe que: “ Não apresentada a resposta no prazo legal, ou se o acusado, citado, não constituir defensor, o juiz nomeará defensor para oferecê-la, concedendo-lhe vista dos autos por 10 (dez) dias”. Essa determinação legal deve ser interpretada em comunhão com a Lei Complementar 80/1994, a qual determina, dentre as funções da Defensoria Pública, por exemplo, atuar como curador especial nos casos previstos em lei (art. 4º, inciso XVI) e acompanhar os inquéritos policiais quando o preso não constituir advogado (art. 4º, inciso XIV).

⁵⁸ Trata-se do voto do Min. Luís Roberto Barroso no julgamento das ADC's 43, 44 e 54, anteriormente citadas.

Em seu voto, o referido ministro considerou ainda que uma parte considerável dos condenados pela justiça brasileira tem suas sentenças penais condenatórias transitadas em julgado ainda na primeira instância. Destacou ainda que, em sua grande maioria, esses indivíduos compõem as camadas mais carentes da população brasileira.

Essas constatações, a princípio, se mostram condizentes com a realidade. No entanto, os argumentos utilizados por Barroso deveriam sugerir um desfecho diferente daquele suscitado por ele. Em contraposição a ideia de flexibilização da presunção de inocência, como sugerido pelo ministro, um incremento nos mecanismos de assistência jurídica aos mais necessitados poderia ser a melhor estratégia para contornar essa situação:

Por isso, diante do problema da não efetividade e da consequente ilegitimidade no Estado de direito, é sempre uma solução regressiva a procura da coerência mediante interpretações restritivas das normas de nível superior, para torná-las compatíveis com as normas de nível inferior, ou pior, por meio de reformas da assim dita “constituição formal”, para adequá-las a chamada “constituição material”; enquanto é sempre progressiva, ainda que ao custo de ver crescer as incoerências do ordenamento, toda a interpretação extensiva dos valores constitucionais, ou melhor ainda, toda reformulação normativa em termos mais ricos e vinculantes (FERRAJOLI, 2002, p. 696).

Promover o acesso à justiça para as camadas mais pobres da população brasileira tornaria mais fácil a materialização de uma concepção garantista sobre a efetivação de liberdades individuais. A democratização desses direitos possibilita não só a concretização desse ideal garantista, como também a sua continuidade e o seu aperfeiçoamento e conferirá uma maior legitimidade ao poder público no âmbito de um estado de direito.

Isso demonstra a importância da Defensoria Pública no cenário democrático brasileiro, uma vez que sua atuação se dá no sentido de tornar esses direitos e garantias individuais acessíveis. Da mesma forma, para efetivação de um modelo garantista, no que diz respeito a proteção dos indivíduos em face do poder punitivo do Estado, a prestação de uma assistência jurídica, integral e gratuita, torna-se fundamental.

Uma vez que a Constituição consagra o acesso à justiça como um direito fundamental, juntamente com diversas outras garantias judiciais do indivíduo perante o Estado, é preciso fazer valer o exercício desses direitos. Embora essa prescrição

constitucional não acarrete a prestação de uma assistência jurídica gratuita, seria irracional que o poder público não fosse o garantidor do exercício dessas prerrogativas a quem dela necessitasse (GONÇALVES, 2017).

Isso corrobora com a ideia de que todos os direitos e garantias individuais possuem uma dimensão social. Ou seja, não basta apenas que eles sejam conferidos aos indivíduos, os quais possuirão a sua titularidade. É preciso também que sejam criadas condições do seu exercício, o que é feito por meio da prestação da assistência jurídica, conforme disposto pela Constituição em seu art. 5º, LXXIV.

Esse modelo democrático está compreendido na ideia que Ferrajoli (2002) conceituou como democracia substancial. Não basta apenas ao Estado garantir a representatividade da população por meio da participação política orientada por meio de uma suposta vontade da maioria.

A concepção substancialista defendida pelo italiano se concretiza pela formação de um estado de direito, o qual se constitui por meio de uma série de garantias que devem ser observadas pelo poder público. O pensamento garantista, por sua vez, representa uma expressão desse modelo político ao prever as liberdades individuais como um limite para atuação estatal, especialmente no que diz respeito ao poder punitivo que dispõe:

O Estado de direito equivale à democracia, no sentido que reflete, além da vontade da maioria, os interesses vitais de todos. Neste sentido, o garantismo, como técnica de limitação e disciplina dos poderes públicos, voltado a determinar o que estes não devem e o que devem decidir, pode bem ser concebido como a conotação (não formal, mas) estrutural e substancial da democracia: as garantias, sejam liberais ou sociais, exprimem de fato os direitos fundamentais dos cidadãos contra os poderes do Estado, os interesses dos fracos respectivamente aos dos fortes, a tutela das minorias marginalizadas ou dissociadas em relação às majorias integradas, as razões de baixo relativamente às razões do alto (FERRAJOLI, 2002, p. 693).

A formação de um estado liberal de direito, no contexto de uma sociedade democrática, irá repercutir, por conseguinte, no processo de efetivação dessas liberdades individuais. Para Bobbio (2000), a estreita relação entre democracia e estado liberal decorre da necessidade de preservação da liberdade de cada indivíduo que o compõe.

Essa ideia se concretiza por meio da efetivação de diversos direitos individuais, os quais, por sua natureza, são alçados a condição de direitos humanos. Assim, a

previsão constitucional de inúmeras garantias atribuídas aos indivíduos, que visam a sua proteção em face do poder punitivo do Estado, reforça a ideia de um estado liberal e de proteção aos direitos humanos, consubstanciada na Constituição de 1988.

A compreensão de um estado democrático passa pela sua concepção quanto a liberdade de seus indivíduos. Democracia e estado liberal guardam em si uma relação de interdependência (BOBBIO, 2000). Não há um sem o outro. O exercício das liberdades individuais somente é possível no seio de uma sociedade democrática, bem como a fundamentação e sustentação de um poder democrático não pode ser manifestar, senão, por meio do respeito as liberdades individuais.

Esse caráter liberal está presente em uma série de direitos individuais dos indivíduos, especialmente naqueles que o protegem impondo uma limitação do poder penal do Estado. São garantias como a presunção de inocência, contraditório, ampla defesa, devido processo legal, juiz natural, dentre outros, que configuram direitos subjetivos dos acusados perante qualquer postulação criminal acusatória.

Por outro lado, ao encontro do raciocínio de Bobbio, no trecho supracitado, a materialização dessa liberalidade carece da democratização dessas garantias. Ou seja, a previsão legal de direitos individuais, por si só, não é capaz de fundamentar um estado liberal, uma vez que é necessário um amplo acesso de todos os indivíduos à essas faculdades.

Assim, a promoção do acesso à justiça se torna fundamental nos estados que adotam um modelo político democrático e liberal, como o Brasil. Trata-se de uma importante ferramenta para efetivação não só dessas garantias, mas de todos direitos, sejam eles individuais, coletivos ou difusos, assim como ensinam Cappelletti e Garth (1988, p. 11-12):

De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para a sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir e não apenas proclamar os direitos de todos.

A prestação de assistência jurídica, por sua vez, especialmente no modelo adotado no Brasil, de forma integral e gratuita aqueles que se encontrem em situação de vulnerabilidade, representa a socialização dessa ferramenta. Dessa forma, o

acesso à justiça, além de possibilitar a configuração de uma concepção liberal de estado, permite afirmar o seu processo de democratização, sendo considerado um direito social fundamental.

Trata-se, portanto, de um direito de prestação positiva estatal. No entanto, na esfera criminal, a assistência jurídica promovida pela Defensoria Pública aos que dela necessitem, se coloca em oposição à pretensão punitiva do próprio ente público. Isso gera um conflito entre o estado punitivo e aquele garantidor de direitos e liberdades individuais de todos os seus cidadãos.

Do mesmo modo, a efetivação do acesso à justiça no Brasil, por meio da Defensoria Pública, no âmbito criminal, configura uma prestação estatal positiva, mas que objetiva uma atuação negativa por parte do ente público. Assim, ele se torna garantidor das liberdades individuais, limitadoras de poder do próprio Estado, por meio da delimitação, por exemplo, de sua pretensão punitiva.

Assim, é inegável o caráter social que o acesso à justiça apresenta. No entanto, a sua imprescindibilidade para efetivação das liberdades individuais o torna essencial para definição de um modelo político liberal. A formação de um estado de direito, pautado sobre o regramento de direitos e garantias individuais, somente será concebível se esses indivíduos puderem usufruir dessas prerrogativas.

Por essa razão, ainda que a criação de mecanismos de limitação do poder estatal, pelo próprio Estado, possa parecer um despropósito, não se deve confundirlos como concessões estatais. A Defensoria Pública surge na Constituição de 1988 como um elemento essencial à concretização do modelo liberal democrático, o qual não só concebe o acesso à justiça como direito fundamental, mas também o instrumentaliza como dever do poder público.

Dessa forma, a Defensoria Pública exerce um importante papel na efetivação dessas garantias individuais. A democratização dessas liberdades, ao permitir o acesso efetivo pelos mais necessitados, e a proteção contra violação desses direitos, especialmente nas atuações judiciais em defesa de acusados pelo cometimento de crimes, tornam a assistência jurídica, no Brasil, um dos principais pilares da democracia no país.

A efetivação da presunção de inocência nos ordenamentos jurídicos modernos tornou-se um importante elemento de definição dos estados liberais. A sistematização

de um processo penal democrático, de natureza acusatória, pautado na defesa dessas liberdades, representaria não um instrumento, mas a única forma possível de o Estado exercer o seu poder punitivo.

Assim, inúmeras outras garantias processuais, como o devido processo legal, a plenitude de defesa e o duplo grau de jurisdição corroboram para garantir a presunção de inocência dos indivíduos. Diante de deliberadas violações a esse direito, especialmente em razão do elevado número de prisões cautelares, ressalta-se a relevância da Defensoria Pública, por meio de sua atuação nas instâncias recursais, conforme será visto adiante.

3.3 A DEFENSORIA PÚBLICA NO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

A atuação da Defensoria Pública, ao prestar uma assistência jurídica integral e gratuita a seus assistidos, deve ofertar proteção suficiente a fim de defender seus direitos e garantias. Isso significa dizer que, no exercício de suas funções, a instituição deverá dispor de todos os meios possíveis a fim de garantir essa tutela.

Por essa razão, no âmbito do processo penal, ao postular como órgão de defesa de indivíduos em situação de vulnerabilidade, a Defensoria Pública deverá exercer sua função de forma eficaz e plena. Todas as garantias processuais do acusado deverão ser consideradas a fim de que os seus direitos e liberdades individuais sejam preservados.

Assim, com o incremento da cultura punitivista no Brasil, decorrente do estabelecimento de um estado de polícia no país, a preservação dessas garantias se torna ainda mais essencial. O elevado número de prisões preventivas, decorrentes de uma visão utilitarista e eficientista de um direito penal de emergência (LAUFER, 2013), pode incorrer na violação de direitos individuais dos acusados, como a presunção de inocência.

Dessa forma, a prestação de uma assistência jurídica integral, tal qual consta na Constituição, exige da Defensoria Pública uma atuação eficaz e plena, como já dita. Assim, a defesa promovida pela instituição deverá utilizar de todos as ferramentas possíveis a fim de manter os direitos de seus assistidos preservados. Nesse sentido é o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos no julgamento do caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*:

En especial, la Corte resalta que la defensa suministrada por el Estado debe ser efectiva, para lo cual el Estado debe adoptar todas las medidas adecuadas. Si el derecho a la defensa surge desde el momento en que se ordena investigar a una persona, el investigado debe tener acceso a la defensa técnica desde ese mismo momento, sobre todo en la diligencia en la que se recibe su declaración. Impedir a éste contar con la asistencia de su abogado defensor es limitar severamente el derecho a la defensa, lo que ocasiona desequilibrio procesal y deja al individuo sin tutela frente al ejercicio del poder punitivo. Sin embargo, el nombrar un defensor de oficio con el sólo objeto de cumplir con una formalidad procesal, equivaldría a no contar con defensa técnica, por lo que es imperante que dicho defensor actúe de manera diligente con el fin de proteger las garantías procesales del acusado y evite así que sus derechos se vean lesionados (CORTE IDH, 2010, par. 155).

Isso implica em uma atuação complexa, em diversos âmbitos, seja judicial ou não. E, diante de uma garantia processual historicamente consagrada como o duplo grau de jurisdição, dispõe que a Defensoria Pública exerça suas atividades também nos tribunais de justiça, através das vias recursais disponíveis.

O duplo grau de jurisdição, no âmbito criminal, é uma garantia processual que possibilita a todos os condenados pela prática de um delito tenham suas sentenças condenatórias revisadas. Essa revisão deve ser feita por uma instância jurisdicional superior, independente, viabilizando assim o controle de prisões injustas e ilegais, como no caso da decretação descabida da prisão preventiva.

Inspirada nos ideais iluministas, a ideia de reexame da decisão jurisdicional por uma instância julgadora hierarquicamente superior decorre da Revolução Francesa. Ela rompe com a perspectiva absolutista, alterando, inclusive, o paradigma recursal existente até então, em que o Soberano poderia rever decisões de seus subordinados, como forma de centralização de poder (CASARA, 2018). Como embasamento, tem-se que:

Apontam-se vários fundamentos, de diferentes naturezas, para o duplo grau de jurisdição. Afirma-se, por exemplo, que a revisão das decisões dos magistrados de primeiro grau por outro órgão jurisdicional (costuma-se, em relação a esse ponto, afirmar que os julgadores de segundo grau são mais experientes e, assim, mais aptos a declarar soluções adequadas aos casos concretos) é fundamental tanto como forma de controle da atividade do juiz quanto como meio de propiciar ao vencido a revisão do julgamento, aplacando a natural (humana, demasiadamente humana, diria Nietzsche) insatisfação da parte com o resultado preliminar da atividade jurisdicional (CASARA, 2018, p. 116-117).

A garantia de revisão das decisões judiciais está prevista em tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário. Destaca-se a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), a qual determina como garantia judicial, em seu artigo nº 8, a possibilidade de todas as pessoas o direito de recorrer a um tribunal ou juiz de instância superior a fim de reformular a sentença anteriormente proferida⁵⁹.

⁵⁹ Na Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), em seu Artigo 8, 2., determina que: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas”. Dentre as garantias previstas, a alínea “h” traz o duplo grau de jurisdição ao prever que: “direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior”. Além da CADH, o duplo grau de

Internamente, em consonância com que está previsto na Constituição, em seu art. 5º, inciso LV⁶⁰, o duplo grau de jurisdição deve ser levado em conta como uma garantia do acusado. O dispositivo constitucional realça ainda mais a sua caracterização como direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro, enquanto a sua presença em tratados internacionais, como os já citados, o eleva a condição de direito de todos os homens, conforme abaixo:

No caso brasileiro, além da norma do artigo 5º, inciso XXXV, da CF de 1988, poderíamos cogitar de uma interpretação sistemática em conjunto com outros dispositivos contidos no mesmo artigo, nomeadamente os incisos LIV (devido processo legal) e LV (ampla defesa). De modo especial, este último já poderia isoladamente, quanto mais em conjugação com o inciso XXXV, abarcar a garantia da possibilidade (ao menos como regra geral) de acesso a uma segunda instância e de recorrer das decisões judiciais. Sem dúvida, há como sustentar o entendimento de que a possibilidade de se ter reexaminada uma decisão parcial ou totalmente desfavorável harmoniza-se com as exigências do princípio da ampla defesa, bem como com a eficácia (no sentido de maior certeza, confiabilidade e segurança) dos julgamentos e também do acesso à Justiça (SARLET, 1996, p. 24) .

O duplo grau de jurisdição é uma garantia que visa proteger a condição de inocente de todos os indivíduos uma vez que permite o controle judicial das sentenças proferidas em uma primeira instância. Assim, determinadas prisões, se consideradas injustas ou ilegais, poderão ser revistas em um segundo grau de jurisdição.

Como afirma Sarlet (1996, p. 24): “na medida em que a lesão ou ameaça ao direito pode advir de ato do próprio Judiciário, tal garantia constitucional fundamental correria o risco de se tornar inoperante, caso não se viabilizasse de alguma forma a sua revisão”. Dessa forma, além de representar a possibilidade de reexame diante da insatisfação do sentenciado, fica evidente a possibilidade de controle de decisões judiciais pela própria estrutura judiciária.

Assim, no âmbito do processo penal, o duplo grau de jurisdição ampara a presunção de inocência daqueles acusados pela prática de um crime. Em face das constantes violações às liberdades individuais pelo judiciário e por se tratar de uma

jurisdição encontra-se positivado ainda no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966), em seu art. 14, nº 5. Ambos os tratados foram incorporados ao ordenamento jurídico e hoje possuem natureza de norma constitucional, em decorrência do §§ 2º e 3º, do art. 5º, da Constituição Federal de 1988, garantindo assim, ao duplo grau de jurisdição, a condição de direito fundamental.

⁶⁰ Art. 5º LV, da Constituição Federal de 1988: “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”.

prerrogativa prevista em documentos internacionais de direitos humanos, essa faculdade processual ganha ainda mais relevância.

A relação entre presunção de inocência e o duplo grau de jurisdição, inclusive, pode ser constatada no texto da Convenção Americana de Direitos Humanos (1969). No mesmo dispositivo em que é assegurado à toda pessoa a sua inocência até provada a sua culpabilidade, consagra-se também a possibilidade de revisão da sentença condenatória a todos os indivíduos.

A possibilidade de revisão das decisões é um importante meio de combate ao cenário já descrito anteriormente. Com a utilização das prisões preventivas como medida de segurança pública, o caráter excepcional dessa medida, que deveria ser empregada apenas para resguardar o processo, tem sido deturpado.

Ou mais do que isso. As prisões preventivas têm servido como um método para burlar o ordenamento jurídico, promovendo verdadeiras antecipações de cumprimento de pena, violando não só direitos individuais, como a própria Constituição Federal.

O emprego desarrazoado dessa medida pelo judiciário precisa ser combatido a fim de que possa restaurar a ordem constitucional e democrática do ordenamento jurídico penal brasileiro. A manutenção desse cenário pode provocar a deslegitimação do sistema criminal brasileiro, uma vez que a legalidade tem sido escamoteada com a aplicação descabida de prisões preventivas por parte dos juízes.

Dessa forma, uma vez que as prisões preventivas, em regra, são decretadas por juízes em um primeiro grau de jurisdição, a instância recursal revela-se um iminente mecanismo de controle dessas medidas. Sob a Defensoria Pública, portanto, recai a importante tarefa de tentar reverter essas decisões nos tribunais de justiça, uma vez que, a maior parte dessas prisões atingem pessoas em situação de vulnerabilidade.

Por essas razões, Casara (2018) traz uma importante lição sobre a sistematização do duplo grau de jurisdição no processo penal. Segundo o autor, a persecução penal se fundamenta com base em dois elementos: verdade e liberdade. O duplo grau de jurisdição, por sua vez, estaria associado ao segundo, uma vez que garantir a possibilidade de revisão de uma sentença não incorreria, impreterivelmente, em uma melhor decisão, mais factual.

E isso ocorre por dois motivos: primeiro, os juízes de uma segunda instância não serão, necessariamente, mais aptos a julgar que aqueles de primeira instância. Depois, a forma como está estruturado o processo penal brasileiro não permite à instância revisora um contato direto com as partes processuais, nem mesmo com as provas, ocasionando assim uma perda da oralidade, fragilizando o processo contraditório.

Apontar a verdade como um dos elementos para a revisão processual em uma segunda instância também implica em uma contradição retórica. Seria impossível garantir que a análise do órgão revisor teria maior capacidade de compor uma melhor verdade processual do o órgão julgador primário. De mesmo modo, a habilidade e idoneidade daqueles que julgam em segunda instância não podem representar uma melhor garantia perante as funções desempenhadas pelo juiz de primeiro grau (CASARA, 2018).

Na mesma esteira desse entendimento, Geraldo Prado ensina que:

Com efeito, um sistema de recursos como o brasileiro, que admite que uma sentença absolutória ou condenatória seja modificada pelo tribunal por meio de um recurso de apelação, sem que o tribunal tenha apreciado diretamente as provas e sem que o tribunal tenha ouvido imediatamente os argumentos das partes, guiando-se com exclusividade por um mecanismo de interpretação de textos, sobre os quais o tribunal se debruça (textos da apelação, das contrarrazões, dos termos de depoimento e de declaração, além da própria sentença que está ali impressa), não pode substituir o verdadeiro julgamento ou até ser considerado como tal (PRADO, 2010, p. 41).

A associação entre o duplo grau de jurisdição e a liberdade fortalece ainda mais a sua concepção enquanto direito fundamental. Embora não se trate de um direito positivado na Constituição Brasileira no rol do art. 5º, o seu caráter tutelatório, no sentido de conferir proteção as liberdades individuais, confere a ele essa propriedade.

Sob outra perspectiva, por se tratar de uma garantia relacionada a liberdade e não a busca por uma verdade, tem-se um entendimento de que o duplo grau de jurisdição é um direito do acusado. Esse entendimento pode ser extraído por meio de uma interpretação literal e sistemática da própria Constituição e dos tratados internacionais mencionados anteriormente.

A desconexão entre o duplo grau de jurisdição e a ideia de uma busca pela verdade orienta, de forma única, a referida garantia para defesa da liberdade dos

indivíduos. Não se confunde com uma técnica ou procedimento processual, mas representa um direito a um julgamento justo em face da pretensão punitiva estatal. Essa é a concepção presente em tratados internacionais como o PIDCP e a CADH, além do próprio texto constitucional brasileiro (CASARA, 2018).

Admitir o duplo grau de jurisdição como direito subjetivo do acusado e não um regramento processual, embora se mostre coerente com a processualística criminal moderna, ainda configura uma posição minoritária na doutrina. Ainda assim, ao pugnar por um processo penal acusatório, alguns autores têm compactuado desse pensamento, introduzido no Brasil através da obra de Julio Maier⁶¹.

Nos dispositivos internacionais mencionados, por exemplo, o texto legal, ao positivizar o duplo grau de jurisdição, determina como destinatário do direito “toda pessoa”. Ou seja, o sujeito de direitos, nesse caso, “é exatamente o acusado e tanto no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos como no de São José da Costa Rica, a previsão de recursos para assegurar o princípio de duplo grau de jurisdição é exclusiva da defesa” (PRADO, 2010, p. 42).

Dessa forma, a possibilidade de o Ministério Público poder recorrer perante uma sentença absolutória descredibiliza a atuação dos juízes de primeira instância. Ainda que o controle de decisões ilegais e que não observem as formalidades procedimentais necessárias possam ser objeto desse controle jurisdicional, a revisão de uma decisão, a pedido da acusação, com fundamento apenas em seu conteúdo, desabona o julgador primário.

Isso decorre da construção sistemática do próprio processo penal no Brasil, uma vez que não há previsão no ordenamento jurídico local de que o Ministério Público goza de tal prerrogativa. Na verdade, como diz Casara (2018), o exercício da função acusadora do órgão ministerial decorre de um dever legal de iniciar a persecução penal. Dever esse que inexiste em relação a propositura de recurso às instâncias superiores de julgamento. Nas palavras do autor:

No processo penal, diante de suas particularidades, que acabam por defini-lo como um instrumento estatal de contenção do poder penal em garantia do indivíduo, o direito ao recurso é o meio de exteriorização ou, melhor, a manifestação do direito fundamental ao duplo grau de jurisdição, que é titularizado apenas pelo acusado, em garantia da ampla defesa e da liberdade. No direito brasileiro, não há, portanto, “direito” do Ministério Público

⁶¹ MAIER, Julio B. J. Derecho Procesal Penal Tomo I: Fundamentos, Buenos Aires, Del Puerto, 1999.

ou do querelante ao duplo grau de jurisdição em matéria penal (CASARA, 2018, p. 130).

Diante dessas razões, o exercício do duplo grau de jurisdição, mais do que uma mera garantia processual, se mostra como uma importante ferramenta no combate a violação de liberdades individuais. A possibilidade de revisão, em instâncias superiores, de decisões judiciais que, de forma equivocada, têm decretado prisões cautelares, revela-se como um instrumento oportuno para tentar reestabelecer a ordem legal no sistema criminal brasileiro.

Combater a repressão penal por parte do Estado e preservar os direitos e garantias dos cidadãos é fundamental para consolidação do estado democrático de direito no Brasil. A segurança pública, enquanto elemento norteador das políticas estatais, não pode servir de pretexto para violação de direitos fundamentais como a presunção de inocência.

A utilização do Direito Penal como medida de segurança pública o descaracteriza por completo, atribuindo a ele funções que não lhes são próprias. As prisões preventivas, em grande parte, representam essa desvirtuação. A prevenção esperada pela sociedade não pode ser concretizada através do incremento do poder punitivo. Essa percepção amplia ainda mais o estado de polícia em detrimento da consolidação do estado de direito:

A exacerbação da função de prevenção, convertida em paradigma penal dominante na atualidade, debilita valores fundamentais do Estado Democrático de Direito tais como o princípio de legalidade e da dignidade humana, tudo com a esperança de fazer do Direito Penal instrumento eficaz de afronta às ameaças trazidas pela nova criminalidade. Esta “dialética do moderno” transformou o Direito Penal em instrumento de solução dos conflitos sociais que não se diferencia, nem em sua idoneidade nem em sua periculosidade, de outros instrumentos de solução social (BECHARA, 2008, p. 420)

Do mesmo modo como acontece com o desvirtuamento do instituto da prisão preventiva no Brasil, o duplo grau de jurisdição tem sido utilizado como fundamento para revisão de decisões a pedido do Ministério Público. Essa concepção inquisitorial do processo penal está associada a sanha punitivista existente na sociedade brasileira que reforça a estruturação de um estado policial e legitima violações de direitos.

Assim, a relevante função que pode ser desempenhada pelo duplo grau de jurisdição merece atenção por parte de diversos setores da sociedade no que diz

respeito a sua empregabilidade. Compreender melhor sua aplicabilidade e definir com mais acerto seus objetivos é fundamental para combater o avanço dessa estrutura autoritária,

Torna-se de grande importância a compreensão do duplo grau de jurisdição como um direito fundamental dos indivíduos. Isso porque, a sua utilização conforme o entendimento de uma técnica processual para busca da verdade, em meio a todo o processo de expansão e recrudescimento penal pelos qual estão passando os estados democráticos, pode torná-lo um mero instrumento do Estado, afim de ampliar ainda mais a sua pretensão punitiva e seus anseios autoritários (CASARA, 2018).

Na verdade, a instrumentalização do referido direito deve ser realizada em sentido contrário, como forma de racionalização e redução do poder penal (CASARA, 2018). Ou seja, uma maneira de combater esses avanços autoritários e buscar, através do próprio ente judiciário, reformular as concepções punitivista já vigentes.

Esse parece ser o papel a ser desempenhado pela Defensoria Pública. As incertezas geradas pelas constantes violações a direitos fundamentais não devem impedir uma atuação pautada na defesa das liberdades individuais. O Seu papel contramajoritário funda-se, justamente, no combate a esse autoritarismo estatal e na defesa das minorias.

Preservar a plenitude da presunção de inocência é dever da instituição que tem, conforme o texto constitucional, o dever de se apresentar como um instrumento e manifestação do regime democrático. E dentre seus objetivos⁶², a consolidação do estado democrático de direito por meio da defesa e promoção de direitos humanos.

Demonstra-se assim a imprescindibilidade da Defensoria Pública atuar nas instâncias superiores, especialmente no que diz respeito a possibilidade de revisão das decisões judiciais que decretam as prisões preventivas. Não somente para proteger os direitos de cada indivíduo, mas também para preservar e sedimentar os valores democráticos na sociedade brasileira.

⁶² A Lei Complementar nº 80, de 1994, traz em seu art.3º-A os objetivos institucionais da Defensoria Pública: Art. 3º-A. São objetivos da Defensoria Pública: I – a primazia da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais; II – a afirmação do Estado Democrático de Direito; III – a prevalência e efetividade dos direitos humanos; e IV – a garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Diante de tamanha relevância, propõe-se uma análise sobre a atuação da instituição nas instâncias julgadoras revisionais a fim de reverter as decisões de juízes de primeira instância que decretam prisões cautelares possivelmente ilegais. Para obter resultados mais precisos, delimitou-se a Paraíba e a Defensoria Pública desse estado como objeto do presente estudo.

4 A ASSISTÊNCIA JURÍDICA INTEGRAL E GRATUITA NO ESTADO DA PARAÍBA E AS PRISÕES PREVENTIVAS

Assim como ocorre nos demais estados do Brasil, existe no estado paraibano duas instituições responsáveis por garantir a prestação de assistência jurídica gratuita à população vulnerável. Uma delas é a Defensoria Pública do Estado da Paraíba, a qual atua no âmbito de competência da justiça estadual.

A defensoria pública da União também está presente na Paraíba. No entanto, o alcance de sua atuação é um pouco mais restrito. A instituição atua apenas nos casos que envolvam competência da justiça federal.

Ambas são de extrema importância para a sociedade paraibana. No entanto, a demanda da instituição federal é muito menor do que da estadual em razão das diferenças de suas competências.

Nesse mesmo sentido, no que diz respeito à atuação na esfera criminal, a Defensoria Pública estadual possui uma abrangência muito maior. A competência para julgamento da maior parte dos delitos praticados, hoje, no Brasil, é da justiça estadual. Do mesmo modo, os crimes julgados pela justiça federal, em grande parte, são praticados por pessoas economicamente mais favorecidas, o que, a princípio, faz com que não se configure a vulnerabilidade necessária para atuação da instituição.

Por essa razão, o presente estudo concentrará sua análise na atuação da Defensoria Pública do Estado da Paraíba, especificamente no que diz respeito às suas atividades na instância recursal do judiciário paraibano. Dessa forma, será possível averiguar como a instituição tem atuado em face das constantes e numerosas decretações de prisões preventivas por parte dos juízes de primeira instância.

Assim, para contextualizar melhor o cenário no qual a instituição paraibana está inserida, é preciso discorrer um pouco sobre a história da Defensoria Pública no estado da Paraíba. Além das condições que envolvem o sistema criminal no estado, que acompanham o panorama nacional, as peculiaridades que envolvem o processo de criação e organização da entidade são importantes para compreender melhor essa atuação.

4.1 A DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA PARAÍBA

Assim como nos demais estados, a origem de uma assistência jurídica pública na Paraíba remonta a prestação de um serviço por instituições como o Ministério Público e Procuradorias de Justiça do Estado. A lei estadual nº 2.067, de 1959, criou o cargo denominado advogado de ofício⁶³.

Segundo a lei, os advogados de ofício ficariam encarregados em defender, tanto na esfera criminal como na cível, aqueles que solicitassem a justiça gratuita. A legislação paraibana buscava, com isso, cumprir o que havia sido estipulado pela Lei 1.060, de 1950, a qual estabelecia a regulamentação necessária para prestação pública de assistência judiciária aos que dela necessitassem.

Percebe-se um lapso temporal de nove anos entre a promulgação da lei federal, a qual regulamentou a prestação de assistência judiciária aos necessitados, e a implantação desse serviço na Paraíba, por meio da Lei 2.067, em 1959. Importa lembrar que treze anos antes, a Constituição de 1946⁶⁴ já havia instituído a prestação do benefício pelo estado, o qual fora regulamentado em 1.950, com a Lei 1.060.

Nesse sentido, por exemplo, o estado do Rio de Janeiro, em 1954, já havia criado seis cargos de Defensor Público, por meio da Lei Estadual nº 2.188. No entanto, assim como na Paraíba, esses cargos estavam subordinados à Procuradoria Geral de Justiça e faziam parte do quadro do Ministério Público⁶⁵. Segundo Oliveira, Diniz e Eufrásio (2014, p. 328):

Aos poucos esses cargos foram expandindo e esses advogados eram lotados no Ministério Público, até que em 1980 criou-se a Procuradoria Geral Estado. Esses advogados eram distribuídos pelo Estado, apenas pelo caráter político, não se preocupando com a real necessidade da população.

Mais de uma década depois, a Lei Complementar nº 1, de 1971, previu expressamente a lotação dos advogados de ofício nos quadros do Ministério

⁶³ Art. 128, da Lei 2.067/59, do estado da Paraíba: “Haverá na comarca da Capital e de Campina Grande dois advogados de ofício em cada uma, com encargo de defender, no cível ou no crime, as partes que solicitarem o benefício da justiça gratuita, nos termos da legislação federal vigente.”

⁶⁴ Art. 141, § 35, da Constituição Federal de 1946: “O poder público, na forma que a lei estabelecer, concederá assistência judiciária aos necessitados”.

⁶⁵ Art. 134, da Lei 2.067/59, do estado da Paraíba: “O advogado de ofício fica subordinado ao Procurador Geral, nos mesmos termos dos Promotores Públicos”.

Público⁶⁶. Posteriormente, em 1980, por meio da Lei Estadual nº 4.201, foi criada a Coordenadoria de Assistência Judiciária. Também no âmbito da Procuradoria Geral do Estado, o órgão seria o responsável pelas atividades de assessoramento jurídico aos necessitados.

Cinco anos depois, o governador Wilson Leite Braga sancionou a Lei nº 4.683, de 1985, que criou a Procuradoria de Assistência Judiciária, ligada diretamente ao Poder Executivo. É justamente através da Lei nº 4.683 que é criado o cargo de defensor público no estado da Paraíba⁶⁷.

A lei ainda traz uma ampliação da assistência judiciária ao estipular que a defensoria pública deveria atuar em comunidades carentes das cidades paraibanas⁶⁸. O dispositivo legal, no entanto, ainda previa o cargo de advogado de ofício.

Mais tarde, em 1989, a Constituição do Estado da Paraíba, já sob a égide da Constituição Federal de 1988, transformava a Procuradoria de Assistência Judiciária em Procuradoria-Geral da Defensoria Pública. A Carta estadual consagrou ainda a promoção da assistência jurídica integral e gratuita, atribuindo a prestação desse serviço a instituição defensorial e aos advogados designados pela OAB.

Ainda assim, a Defensoria Pública do Estado da Paraíba somente será criada, no formato estabelecido pela Constituição de 1988, em 2002. Mesmo com a edição da Lei Complementar nº 80, de 1994, conhecida como Lei Orgânica da Defensoria Pública, a qual estabelecia que os estados federados deveriam criar suas entidades defensoriais em até 180 dias, a criação da instituição paraibana só ocorre oito anos depois.

Através da Lei Complementar nº 39, de 2002, hoje já revogada pela Lei Complementar nº 104, de 2012, a Defensoria Pública da Paraíba é criada em

⁶⁶ Art. 2º, da LC nº 1, do estado da Paraíba: "Compõem o Ministério Público: IV - os promotores de justiça e os advogados de ofício".

⁶⁷ Art. 14, da Lei nº 4.683, de 1985: "Integrarão a categoria funcional Defensor Público, código SAJ-1500, mediante enquadramento, por transposição, transferência, transformação ou aproveitamento os ocupantes do cargo ou empregos de Assistentes Jurídicos, Advogados, Assessor Jurídico contratados pela C.L.T. ou admitidos na forma da Lei Complementar nº 25/81."

⁶⁸ Art. 29, da Lei nº 4.683, de 1985: "O efetivo exercício do Defensor Público, sem prejuízo das atribuições cometidas em Leis anteriores a Advocacia de Ofício, abrange a assistência e assessoramento jurídico e administrativo as populações de baixa renda e suas associações classistas ou comunitárias. Parágrafo único – O efetivo exercício da Defensoria Pública será desenvolvido junto as comunidades carentes nas Comarcas de 1ª Entrância, nos bairros periféricos e favelas ao aglomerado urbano da grande João Pessoa e Campina Grande e, nas demais cidades do interior".

conformidade com os ditames constitucionais. Ela define Defensoria Pública como responsável por prestar assistência jurídica e gratuita as pessoas necessitadas no Estado da Paraíba e incorpora os avanços trazidos pela legislação federal, reconhecendo, inclusive, a autonomia da instituição e de seus membros.

Autonomia essa que, embora reconhecida legalmente, inclusive por meio da Emenda Constitucional nº 45, de 2004⁶⁹, tem um histórico de descumprimento por parte do Executivo e do Judiciário. Em 2013, a Defensoria Pública da Paraíba precisou ser socorrida por uma Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental no Supremo Tribunal Federal em face de uma redução na proposta orçamentária da instituição realizada pelo governo estadual.

A ADPF nº 307/PB, impetrada pela Associação Nacional dos Defensores Públicos (ANADEP), foi julgada de forma liminar. Por votação unânime, o STF determinou que o executivo estadual complementasse o projeto de Lei Orçamentária Anual para 2014. A decisão também reforçou a necessidade de cumprimento dos preceitos constitucionais advindos da EC nº 45/2004, no sentido de garantir a autonomia da instituição e o seu fortalecimento.

Em 2015, apesar da decisão, o governo do estado paraibano, mais uma vez, promove uma interferência na autonomia financeira da instituição. Assim como fez anteriormente, o executivo tenta reduzir a proposta orçamentária da Defensoria Pública em mais de trinta milhões de reais. Dessa vez, também por intermédio da ANADEP, é impetrada no Supremo Tribunal Federal uma Ação Direta de Inconstitucionalidade contra a Lei 10.437, de 2014, que previa a redução.

Apesar de o STF reconhecer a inconstitucionalidade da lei no que se referiu a redução do orçamento da Defensoria, a decisão não foi tomada em caráter liminar, como pretendido pela ANADEP. Assim, embora o STF tenha reconhecido a autonomia financeira da instituição, em razão do art. 134, § 2º, da Constituição, a ação não conseguiu impedir a redução no orçamento, uma vez que o julgamento só ocorreu no ano seguinte, após a consolidação do orçamento daquele ano.

⁶⁹ A EC nº 45/2004, que inseriu o § 2º, no art. 134, da Constituição Federal, dispõe que: “Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º”

Segundo o IV Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil (2015), a percepção que os defensores públicos estaduais possuíam em relação a autonomia da instituição perante o executivo estadual ilustra bem o ocorrido. Para 54% dos entrevistados no estado, não há autossuficiência institucional, enquanto para apenas 15% deles, pode-se considerar a entidade como autônoma.

Assim, por mais que muitos avanços tenham sido trazidos por leis e pela própria Constituição, a Defensoria da Paraíba ainda enfrenta diversos obstáculos para a sua consolidação enquanto instrumento de concretização democrática. Um outro exemplo diz respeito ao montante do seu orçamento em comparação ao Ministério Público e o Judiciário paraibanos, também integrantes do sistema de justiça.

Enquanto a previsão orçamentária da Defensoria Pública estimava uma despesa de cerca de R\$ 81.000.000,00 (oitenta e um milhões de reais), os demais órgãos tinham seus orçamentos em valores muito superiores. O Ministério Público possui um orçamento de R\$ 269.000.000,00 (duzentos e sessenta e nove milhões de reais), enquanto o Judiciário possui um orçamento total de mais de R\$ 1.000.000.000,00 (um bilhão de reais)⁷⁰.

Percebe-se então uma enorme discrepância entre o orçamento das instituições consideradas essenciais à justiça pela Constituição. Sob a ótica do processo penal, seria possível fazer uma alusão ao princípio da paridade de armas entre acusação e defesa. Dessa forma, vislumbra-se uma desigualdade financeira entre o polo acusador e a Defensoria Pública, que pode repercutir em prejuízos para aqueles que fazem uso da assistência jurídica prestada pela instituição.

Ainda de acordo com o IV Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil (2015), o orçamento da Defensoria Pública da Paraíba era superior apenas a nove outros estados. No Tocantins, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul e no Distrito Federal, que possuem uma população menor, apresentavam orçamentos superiores ao da instituição paraibana.

Segundo o mesmo relatório, entre 2003 e 2007, o orçamento executado pela Defensoria Pública da Paraíba foi cerca de apenas R\$ 2.100.000,00 (dois milhões e

⁷⁰ Esses números podem ser consultados no Quadro de Detalhamento da Despesa, disponível no site da Assembleia Legislativa do Estado da Paraíba: “<<http://www.al.pb.leg.br/wp-content/uploads/2020/08/QDD.pdf>>”. Acesso em 26 de agosto de 2020.

cem mil reais. Esse valor total sequer correspondia ao mínimo executado em um ano por praticamente todas as outras defensorias estaduais. Superava apenas a Defensoria Pública do Amapá, que ainda assim, somados os valores executados nesses cinco anos, apresentava um montante superior ao da Paraíba.

A partir de 2008 essa realidade muda de forma drástica. A Defensoria Pública da Paraíba passa a executar valores superiores aos R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais) por ano. Em 2014, último ano apontado pelo relatório, a instituição executou pouco mais de R\$ 71.000.000,00 (setenta e um milhões de reais). Assim, nota-se que houve um incremento de mais de cem vezes no valor executado pela instituição paraibana.

Por outro lado, ao estipular a proporção entre esses valores executados no ano de 2014 e o público-alvo das defensorias em cada estado, a Paraíba atinge um resultado melhor em comparação com outros estados. Segundo o mesmo documento, foi gasto cerca R\$ 41,48 (quarenta e um reais e quarenta e oito centavos) por cada pessoa pertencente ao grupo que se enquadrava como beneficiários da assistência jurídica gratuita no estado⁷¹.

Embora esse resultado colocasse a Paraíba em uma posição melhor no que diz respeito a proporcionalidade do valor gasto com seu orçamento e a demanda de serviço da instituição, é preciso uma melhor análise. Isso porque, como nos cinco primeiros anos do estudo os valores executados dos orçamentos anuais da instituição paraibana apresentassem quantias irrisórias, esse aumento pode representar muito mais uma compensação do que uma efetiva melhora na qualidade do serviço.

Essa percepção pode ser comprovada, por exemplo, com a quantidade de defensores públicos ativos na instituição em 2014. O mesmo levantamento apontou que havia 327 defensores públicos atuando na instituição em 2008. A Paraíba era, então, o quinto estado com mais defensores públicos, sendo que seu orçamento era muito menor do que boa parte dos estados que possuíam uma menor quantidade desse recurso humano.

⁷¹ O IV Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil (2015) tomou como público-alvo das defensorias estaduais número de indivíduos com mais de dez anos de idade e que possuíam uma renda familiar de até 03 salários-mínimos.

Esse dado aponta para possíveis questões como o valor do salário pago, bem como investimentos em capacitação e estrutura de trabalho para cada um deles. No entanto, em 2014 o número de defensores ativos caiu bastante. A instituição paraibana contava com a atuação de 245 defensores naquele ano. Uma redução de 25% do total que estavam em atividade em 2008.

Com isso, a Paraíba ainda figurava como o sexto melhor estado em relação a proporção feita entre a quantidade de pessoas inseridas como público-alvo para cada defensor público. No entanto, o estado, juntamente com Sergipe e Acre, foram os únicos três em que o número de defensores reduziu durante esses anos, sendo que nos outros dois essa redução foi bem menor.

Esse é um dado preocupante e que pode representar uma falta de incentivo ao fortalecimento da Defensoria Pública no estado e assim dificultar a promoção do acesso à justiça. Hoje esse número é ainda menor. Segundo consta no site da instituição, são 221 defensores públicos atuando hoje no estado da Paraíba⁷², o que mostra uma tendência de desvalorização institucional.

Essa realidade pode ser demonstrada em razão da faixa etária em que os defensores públicos na Paraíba se encontram. Hoje, a maior parte do quadro da instituição, cerca de 90%, é composta de homens e mulheres que exerciam as funções de advogados de ofício e assistentes jurídicos nos antigos órgãos que prestavam assessoria judiciária gratuita à população paraibana antes da criação da Defensoria Pública no estado.

Com isso, ao longo desses anos, muitas aposentadorias foram requeridas, ocasionando assim essa redução no quadro de defensores públicos no estado. Por outro lado, apenas em 2014 a Defensoria Pública da Paraíba realizou o seu primeiro concurso público para ingresso de novos defensores, conforme previsto na Constituição Federal.

Ainda assim, a nomeação dos aprovados só aconteceu em 2017. Hoje, a instituição conta com 24 defensores aprovados em concurso público, o que impediu que essa redução nos quadros funcionais fosse ainda maior. Ainda assim, o certame

⁷² O dado foi retirado do site institucional da Defensoria Pública da Paraíba, disponível em: <https://defensoria.pb.def.br/defensores.php>, acessado em: 27/08/2020.

realizado há seis anos foi o único até o momento e não há previsão de realização de um novo processo seletivo.

Para efeito comparativo, em 2019 o Tribunal de Justiça da Paraíba contava, segundo o Conselho Nacional de Justiça⁷³, com duzentos e oitenta e cinco juízes em exercício e com mais de cinco mil servidores. O quadro funcional da Defensoria Pública no estado, por sua vez, sequer conta com servidores de apoio concursados.

A organização estrutural da Defensoria Pública da Paraíba também apresenta falhas que podem prejudicar a implementação e consolidação do acesso à justiça no estado. Como exemplo, a lotação de mais de um defensor público em comarcas que possuem apenas uma vara judicial, como Pedras de Fogo, Alhandra e Rio Tinto. Nessa localidade estão lotados também apenas um promotor de justiça e um juiz de direito.

O problema ganha contundência ao verificar-se que outras comarcas que estão desassistidas pela Defensoria Pública, ou não possui defensores suficientes. É o caso, por exemplo, de Esperança, que possui três varas judiciais e conta com três promotores de justiça e dois juízes de direito e com apenas um defensor público lotado naquela comarca. Nessa mesma condição encontram-se outras cidades como Piancó, Sousa e Cajazeiras.

Outras cidades como Itaporanga, Sumé, Catolé do Rocha, Brejo do Cruz, Teixeira, Água Branca, São João do Cariri, São Bento, Alagoa Nova, Cruz do Espírito Santo, Jacaraú e Mari não possuem defensores em exercício. Em todas elas há promotores de justiça e juízes de direito em exercício⁷⁴.

Essas constatações revelam uma série de obstáculos para consolidação do acesso à justiça na Paraíba. A dificuldade do cidadão em ter acesso a um defensor público, especialmente na esfera criminal, prejudica bastante a defesa dessas pessoas.

⁷³ Os dados foram levantados através da edição 2020 do Justiça em números, publicado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf> >. Acesso em 26 de agosto de 2020.

⁷⁴ Essas informações foram retiradas dos sites institucionais da Defensoria Pública da Paraíba, do Ministério Público da Paraíba e do Tribunal de Justiça da Paraíba.

A respeito da problemática das prisões preventivas, que na Paraíba se mostra como uma situação semelhante ao cenário nacional, destaca-se dois aspectos sobre Defensoria Pública da Paraíba que podem impactar nesse cenário. Um deles é a inexistência de acompanhamento de defensores públicos durante o inquérito policial. O outro, refere-se à atuação da instituição paraibana no duplo grau de jurisdição para combater as prisões injustas.

Em relação ao primeiro ponto, a presença de um defensor público durante o inquérito policial, quando o acusado se encontra em condição de vulnerabilidade, é essencial para garantir a lisura do procedimento. Não só para evitar conversões descabidas de prisões flagrantes em preventivas, mas também como forma de impedir a imposição de medidas inescrupulosas que visam obter elementos de prova para serem utilizados no processo penal.

É o caso, por exemplo, de uma prática que se tem tornado corriqueira nas delegacias de polícia no país. A prática de tortura por agentes policiais a fim de obter confissões, ou mesmo outras informações sobre a prática de algum delito, torna-se praxe no cotidiano policial⁷⁵, como observa Joana Vargas (2012, p. 247-248):

Narrativas de torturas, ocorridas em delegacias de polícia visando obter a confissão de supostos criminosos, são comuns e constituem os casos mais recorrentes desta prática hoje no Brasil. O perfil dos torturados, assim como no passado, é o das classes populares, concentrado, atualmente, em jovens vivendo em condições socioeconômicas precárias, de baixa escolaridade, pretos e pardos. Contudo não é fácil conhecer a magnitude destas práticas na atualidade, tendo em vista tratar-se de um evento de difícil visibilidade e registro. Dentre outros porque a maior perpetradora da tortura, a polícia judiciária, é também a principal responsável pela sua apuração, hoje tipificada no Código Penal como crime inafiançável. No crime de tortura, assim como nos crimes sexuais, fica a palavra da vítima contra a do acusado que, neste caso, e isto faz toda a diferença, é agente do Estado.

Não é incomum sentenças condenatórias e decisões de decretação de prisão preventiva fundamentadas apenas em confissões dos acusados. Dessa forma o judiciário, que, juntamente com o Ministério Público, deveriam exercer o controle da

⁷⁵ Essa prática é, inclusive, tipificada como crime no ordenamento jurídico brasileiro, conforme a Lei 9.455, de 1997, em seu art. 1º, I: “Art. 1º Constitui crime de tortura: I - constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental: a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa”. O parágrafo segundo do mesmo artigo ainda faz menção sobre uma possível condescendência com a prática delituosa: “§ 2º Aquele que se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las, incorre na pena de detenção de um a quatro anos”.

atividade policial, legitimam essas práticas. Por isso a presença de defensores públicos se mostra necessária e urgente nas delegacias, a fim de coibir essas condutas.

Por outro lado, agora em relação ao outro ponto, também se mostra relevante a atividades defensorial no duplo grau de jurisdição. Isso porque, o exercício desse direito, no que diz respeito ao acusado e que deve ser concebido como um dever democrático da instituição responsável por prestar assistência jurídica integral e gratuita aqueles que apresentarem alguma vulnerabilidade, transforma-se em mais um meio de controle, agora não só da atividade policial, mas também da jurisdicional.

Por essa razão, e por assim estar enquadrada no objeto do presente estudo, far-se-á em seguida uma análise a respeito da atuação da Defensoria Pública no Estado da Paraíba. Sob o enfoque de instituição responsável por garantir a prestação de uma assistência integral e gratuita, como prescreve a Constituição, será analisada a forma como a instituição paraibana tem atuado em face da promoção desse serviço no duplo grau de jurisdição, no que diz respeito as violações da presunção de inocência por meio da decretação de prisões preventivas descabidas.

4.2 A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA DA PARAÍBA NO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

Como já mencionado anteriormente, a análise feita nesse tópico recairá sobre alguns aspectos específicos da atuação da referida instituição. Busca-se observar a forma como a instituição atua diante dos casos que envolvem a decretação de prisão preventiva de seus assistidos nas instâncias revisionais. Isso, sob o enfoque que a Constituição atribuiu à Defensoria Pública o dever de promover uma assistência jurídica integral e gratuita aqueles que dela necessitem.

No entanto, antes de analisar a atuação da Defensoria Pública na Paraíba, é preciso demonstrar o cenário das prisões paraibanas no que diz respeito a quantidade de presos provisórios no Estado. Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)⁷⁶, hoje, cerca de 31% dos presos do estado da Paraíba são provisórios.

Esses números, por sua vez, podem ter sofrido uma significativa redução recentemente, diante de medidas adotadas pelo Judiciário para enfrentamento da pandemia do Sars-Cov-2 em 2020. Em 2019, por exemplo, segundo dados do INFOPEN referentes a junho daquele ano, a quantidade de presos não sentenciados era de 4.323 no estado da Paraíba⁷⁷, sendo que desses, 1.140 estavam presos provisoriamente a mais de 90 dias.

A grande quantidade de presos provisórios, por sua vez, aponta para uma atuação estatal que está voltada para uma cultura de encarceramento em massa. Outro indicador que permite essa constatação diz respeito ao tipo de regime em que os presos cumprem sua pena.

Segundo o relatório do CNJ supracitado, dos 10.907 presos em cumprimento de pena nos estabelecimentos prisionais paraibanos, apenas 328 deles estavam no

⁷⁶ Os dados foram obtidos através do Relatório de Estatística de Inspeção, pertencente ao Painel de dados sobre as inspeções penais em estabelecimentos prisionais, o qual é confeccionado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). As informações são atualizadas e referem-se, em sua grande maioria, a dados já do segundo semestre de 2020. O relatório está disponível em: < <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=e28debcd-15e7-4f17-ba93-9aa3ee4d3c5d&sheet=985e03d9-68ba-4c0f-b3e2-3c5fb9ea68c1&lang=pt-BR&opt=currsel> >. Último acesso em: 31 de agosto de 2020.

⁷⁷ Esse número pode ser verificado através dos dados disponibilizados no INFOPEN - Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias pelo Departamento Penitenciário Nacional, órgão integrante do Ministério da Justiça.

regime aberto e outros 1476 estavam no semiaberto. Os demais cumpriam suas penas em regime fechado ou estavam presos de forma provisória.

Esses números causam estranhamento. No que diz respeito a prisão preventiva, ela deveria ser considerada uma medida excepcional, mas representa cerca de um terço dos aprisionados no estado. Sobre os regimes de cumprimento de pena, a regra deveria ser a progressão de regime, o que, normalmente, deveria representar uma ordem inversa nas quantidades de presos cumprindo pena em regime aberto e fechado.

As razões para essa segunda constatação podem ser inúmeras e representam diversas nuances do processo de execução da pena, mas não dizem respeito ao objeto do presente estudo. Em relação ao primeiro aspecto, as razões apontadas para o elevado número de prisões cautelares já foram apresentadas anteriormente. Cabe agora uma análise sobre a forma como a Defensoria Pública da Paraíba tem atuado no duplo grau de jurisdição para combater esse cenário.

Com o alto número de prisões preventivas descabidas, decretadas por juízes de primeiro grau, não se espera que os pedidos de revogação dessas prisões obtenham êxito, uma vez que serão julgados pelos mesmos juízes que os decretaram. Assim, a via revisional, por meio da impetração de *habeas corpus*, mostra-se como um importante mecanismo de combate contra a violação da presunção de inocência por meio dessas privações de liberdade indevidas.

Importa ressaltar que o *habeas corpus* não é propriamente um recurso, embora o próprio Código de Processo Penal assim o defina. Os recursos são meios utilizados em face de decisões judiciais ainda não transitadas em julgado. O *habeas corpus* é um remédio constitucional, o qual pode ser impetrado a qualquer momento. Trata-se de uma medida asseguradora de liberdade.

No entanto, em razão da prisão preventiva ser decretada através de uma decisão judicial, o *habeas corpus* ganha essa conotação recursal revela-se como um importante meio a ser utilizado pela defensoria pública nessa conjuntura. Assim, buscou-se examinar como a instituição paraibana tem atuado por meio dessa via, com base na quantidade de *habeas corpus* impetrados em face do número de presos provisórios no estado.

A pesquisa, no entanto, encontrou muitas dificuldades para obter os dados apresentados a seguir. Inicialmente, foi pleiteada junto à Ouvidoria do Tribunal de Justiça da Paraíba, por meio da solicitação nº 3518/2020, uma lista com os *habeas corpus* impetrados pela Defensoria Pública da Paraíba perante o Tribunal de Justiça do Estado nos últimos cinco anos. No mesmo requerimento solicitou-se também o número de prisões preventivas decretadas nesse período.

Nesse mesmo sentido, posteriormente, instaurou-se um procedimento pela via administrativa no Tribunal de Justiça da Paraíba com uma solicitação semelhante. O processo nº 2020115398 requisitava também o acesso aos dados solicitados à Ouvidoria da instituição, de forma a reforçar o pleito anterior.

Em ambos os casos não houve sucesso. Até o momento as instituições demandadas não responderam as solicitações feitas pelas vias supracitadas, através de identificação formal do solicitante e da explicitação dos motivos que levaram ao requerimento desses dados. Nenhuma resposta foi publicada até o momento e os procedimentos criados seguem “em tramitação”.

Diante dessa falta de êxito, buscou-se então um outro meio para obter as informações necessárias ao desfecho desse estudo. No site do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba está disponível uma ferramenta de consulta processual que permite a verificação de processos eletrônicos que tramitem no segundo grau de jurisdição da instituição⁷⁸.

A impetração de *habeas corpus* no segundo grau de jurisdição paraibano, por sua vez, passou a ser realizado através do meio eletrônico a partir de 2015⁷⁹. Com isso, foi possível realizar uma busca desses processos, de forma mais precisa, a partir do ano de 2016.

Foi estabelecido o ano de 2019 como o prazo final para análise desses processos. Devido as circunstâncias que envolvem o período atual, decorrentes da pandemia causada pelo novo coronavírus e por se tratar do ano de desfecho da

⁷⁸ A pesquisa pode ser realizada através do site: < <https://pje.tjpb.jus.br/pje2g/ConsultaPublica/listView.seam> >

⁷⁹ O Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, por meio do Ato da Presidência nº 50, de 24 de março de 2015, definiu 27 de abril daquele ano como data de implantação do Processo Judicial Eletrônico para os processos que envolvessem *habeas corpus* de competência de julgamento do Tribunal Pleno e da Câmara Especializada Criminal da instituição.

presente pesquisa, que findará antes do seu curso completo, excluiu-se os dados referentes aos *habeas corpus* que foram impetrados em 2020.

Ressalta-se que entraram na avaliação aqueles que foram impetrados em 2019, ainda que seus desfechos tenham ocorrido apenas em 2020. Para tanto, utilizou-se como critério a data de distribuição do processo e não a última data de movimentação processual.

Assim, foram encontrados apenas trinta e dois registros de *habeas corpus* impetrados pela Defensoria Pública da Paraíba, entre 2016 e 2019, com o objetivo de rever a decretação de prisões preventivas por parte de juízes de primeiro grau. Desses, dezessete deles foram identificados por meio da pesquisa feita com base na expressão “Defensoria Pública”, enquanto outros quinze foram constatados através da busca realizada com o nome de cada defensor público, de forma individual⁸⁰.

⁸⁰No que diz respeito ao procedimento utilizado para realização da consulta através do site mencionado anteriormente, utilizou-se dois campos de pesquisa simultâneos: o “Nome da Parte” e “Classe Judicial”. Na segunda, houve apenas uma entrada, o “HABEAS CORPUS CRIMINAL (307)”, uma subclasse que estava dentro de uma outra categoria denominada “MEDIDAS GARANTIDORAS (303)”, que por sua vez estava inserida em um grupo maior designado “PROCESSO CRIMINAL (268)”. Em relação ao primeiro campo de pesquisa, utilizou-se duas entradas diferentes. Uma delas foi a expressão “Defensoria Pública”, a qual englobou todas as possíveis variações terminológicas que apresentassem as duas palavras. A segunda forma de pesquisa em relação a esse domínio utilizou o nome de todos os defensores públicos que estavam listados no site institucional da entidade paraibana. Essa pesquisa foi feita de forma individual, alternando nome por nome de cada defensor público. Primeiro utilizou-se o nome completo disponibilizado pela instituição. Posteriormente pesquisou-se com o primeiro nome acrescido de um sobrenome por vez, para reduzir a possibilidade de erros de digitação no sistema de consulta processual do Tribunal de Justiça da Paraíba ou também na lista disponibilizada no site da Defensoria Pública da Paraíba. Em alguns nomes menos comuns, com repetição de letras, como o caso de “Philippe Manguiera de Figueiredo”, “Iara Bonazzoli” e “Jose Willami de Sousa”, tentou-se a busca com variações diferentes de um mesmo nome. Essa metodologia foi utilizada na pesquisa dos 221 nomes listados pela instituição, ainda que grande parte deles não pertencesse às varas criminais. Por fim, diante de uma outra possibilidade aventada posteriormente, decidiu-se pesquisar por meio de um terceiro campo de pesquisa, em substituição ao já utilizado “Nome das Partes”. Simultaneamente ao preenchimento do domínio “Classe Judicial”, conforme já descrito, foi utilizado o CNPJ da instituição defensorial paraibana como meio de busca desses processos. Portanto, no campo destinado a tal informação, utilizou-se o CNPJ da Defensoria Pública da Paraíba, o qual consta a numeração “10.733.319/0001-80”. Os resultados, no entanto, não mostraram diferenças quanto ao realizado por meio do termo “Defensoria Pública” no campo denominado “Nome das Partes”. Importa ressaltar, mais uma vez, que o campo “Classe Judicial”, no qual foi inserida a categoria “HABEAS CORPUS CRIMINAL (307)”, se manteve fixo durante toda a pesquisa. Isso significa que, seja por meio da busca através da expressão “Defensoria Pública”, seja mediante a utilização do nome de cada defensor público, esse campo manteve-se inalterado, uma vez que a busca visava saber a respeito dos *habeas corpus* criminais impetrados pela instituição no período citado. Vale frisar ainda que o resultado obtido através dessa consulta processual no site do Tribunal de Justiça listava apenas os trinta primeiros processos, por ordem cronológica, de maneira crescente, a partir da data de criação deles. Por sua vez, a listagem disponibilizada, em seus últimos lançamentos, já apontava para *habeas corpus* impetrados já em 2020, o que permite concluir que todos aqueles postulados no período de 2016 até 2019 deveriam estar ali

Esse resultado causou um enorme estranhamento e levantou suspeitas de que a consulta processual feita pelo site do Tribunal de Justiça da Paraíba não estivesse condizente com os números reais. Em conversas informais com defensores públicos, foi suscitado que uma outra consulta pudesse ser feita através da Diretoria de Tecnologia e Informação, por meio de uma solicitação realizada em nome da própria Defensoria Pública da Paraíba.

Assim, no dia 02 de setembro de 2020, foi realizado um Chamado de Suporte no site da Diretoria de Tecnologia da Informação do Tribunal de Justiça da Paraíba⁸¹. Foi então aberta solicitação de nº 2020090267000906, na qual pleiteou-se o número de *habeas corpus* impetrados pela Defensoria Pública da Paraíba no período entre 2016 e 2019, tal qual as solicitações supracitadas.

A nova solicitação foi respondida no dia 07 de setembro. Nos novos dados, conforme era esperado, houve um acréscimo no número de *habeas corpus* impetrados pela Defensoria Pública da Paraíba no período definido. Desses, 136 tratavam de matéria relacionada a revogação de prisões preventivas, conforme tabela abaixo:

Tabela – Quantidade de Habeas Corpus Impetrados pela Defensoria Pública da Paraíba visando a revogação de prisões preventivas – 2016 a 2019				
Ano	Número de Presos na Paraíba	Número de Presos Provisórios na Paraíba	Número de Presos Provisórios com mais de 90 dias de prisão	Número de Habeas Corpus Impetrados pela DPE-PB
2016	12.241	4.857	1.717	8
2017	12.216	4.500	1.781	41
2018	12.924	4.380	2.021	47
2019	13.900	4.303	1.140	40

Em relação ao ano de impetração, percebe-se um aumento gradual no número de impetrações. Em 2016, foram apenas 8 *habeas corpus* impetrados. No ano seguinte, 41 novas ações. Em 2018, a quantidade aumenta um pouco mais e chega a 47 atuações. Por fim, em 2019 esse número apresenta uma pequena queda, apontando apenas 40 novas demandas.

elencados. A pesquisa cuidou ainda em analisar todos esses processos de forma individual, uma vez que nem todos os *habeas corpus* se referem a pedidos de revogação de prisão preventiva. O remédio constitucional pode ser utilizado também em demandas judiciais criminais que envolvem outras especificidades relacionadas ao constrangimento ilegal do direito à liberdade de seus pacientes.

⁸¹ A solicitação foi realizada pela Defensora Pública Monaliza Maelly Fernandes Montenegro através do site: <<https://www.tjpb.jus.br/diretorias/tecnologia-da-informacao/abrir-chamado>>.

Esses números causam um enorme estranhamento em razão do alto número de presos provisórios no estado paraibano. Do mesmo modo, como já tratado anteriormente, a cultura do superencarceramento vivenciada hoje no Brasil, a qual tem no uso descabido das prisões cautelares um de seus principais elementos caracterizadores, exige uma postura mais combativa de uma instituição responsável pela promoção de assistência jurídica gratuita e integral aos necessitados.

O combate à essa realidade confeccionada pela imposição de um estado de polícia é dever de todas as instituições democráticas em funcionamento no Estado brasileiro. O papel a ser desempenhado pela Defensoria Pública é de suma importância no sentido de proteger os direitos daqueles que dela necessitem, que, especialmente na esfera criminal, são os maiores alvos do punitivismo estatal.

Logo, embora esses números não permitam uma análise qualitativa a respeito da atuação institucional dos defensores públicos na Paraíba, eles apontam para um grande déficit no que diz respeito a promoção ao acesso à justiça. Conforme os dados mencionados anteriormente em relação ao INFOPEN 2019, havia mais de quatro mil presos provisórios no estado, sendo que desses, mais de mil estavam com a liberdade cerceada a mais de noventa dias.

Diante desses números, fica demonstrado, de forma objetiva, a precariedade na atuação da Defensoria Pública da Paraíba. É incompreensível que em um estado com essa quantidade de presos provisórios tenham sido impetrados apenas catorze *habeas corpus* no Tribunal de Justiça da Paraíba visando a reformulação de decisões de juízes de primeiro grau que decretaram a prisão preventiva desses indivíduos.

Essa inferência leva em conta ainda algumas questões relativas a esses números. Uma delas ocorre em razão de nem todos esses presos serem assistidos pela instituição, seja por não se enquadrarem como vulneráveis, seja pela opção, ante toda a situação econômica desfavorável, de contratarem um advogado.

Também nesse sentido, alguns pormenores processuais podem fazer com que não seja viável a impetração de um *habeas corpus*. É o caso, por exemplo, da prisão ser revertida ainda em um primeiro grau de jurisdição pelo próprio juízo que a decretou, ou mesmo em razão de sobrevir uma condenação definitiva no processo em que a prisão preventiva foi decretada. Embora não seja comum, essas questões poderiam impactar no resultado obtido pela pesquisa.

Ainda assim, a enorme disparidade entre o número de *habeas corpus* impetrados e a quantidade de presos provisórios existentes não permite uma avaliação diferente da que foi mencionada anteriormente. É factível apontar uma falha na atuação institucional da Defensoria Pública da Paraíba no que diz respeito a proteção do direito à liberdade de seus assistidos.

Embora essa deficiência esteja relacionada a um recorte específico da atuação da instituição na esfera criminal, a grande quantidade de pessoas presas provisoriamente dá relevância a esse tema. A previsão constitucional de que a assistência jurídica deve ser prestada de forma integral garante a todos os indivíduos que dela necessitem o direito à uma defesa plena, que se utilize de todos os meios possíveis para evitar o cerceamento de sua liberdade.

Ao constatar que a Defensoria Pública da Paraíba não possibilita ao indivíduo a revisão de uma decisão judicial por meio do duplo grau de jurisdição, evidencia-se uma falha estrutural na concepção do estado democrático de direito. A normatização de um direito que não está acessível a todos gera uma perspectiva de seletividade, uma vez que ele poderá ser gozado por uns, mas não por outros.

Da mesma forma, essa falha ocasiona um sério de prejuízos e violações a outros direitos. A manutenção da prisão desses indivíduos, quando descabida, gera um enorme prejuízo no que diz respeito a presunção de inocência. Embora as restrições à liberdade, na forma da lei, sejam permitidas, quando esse constrangimento ocorre de forma ilegal, a condição de inocente do indivíduo deixa de ser presumida, especialmente no que diz respeito ao processo penal.

A forma como essa atuação ineficiente por parte da Defensoria Pública pode estar relacionada a violação estrutural da presunção de inocência é um dos pontos a serem tratados a seguir. Será buscado um panorama mais específico no que diz respeito a realidade local da Paraíba e a atuação da instituição defensorial no estado.

4.3 DEFENSORIA PÚBLICA E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NA PARAÍBA

O último capítulo desse estudo buscou demonstrar como a Defensoria Pública da Paraíba está relacionada com a proteção do direito à presunção de seus assistidos. Por meio do recorte proposto, por meio de uma análise da atuação no duplo grau de jurisdição da instituição paraibana, no que diz respeito aos pedidos de revogação de prisões preventivas através da impetração de *habeas corpus*, pretendeu-se avaliar se a prestação de assistência jurídica era eficiente ou não.

Para tanto, adotou-se os moldes constitucionais para avaliar a prestação desse serviço, o qual deve ser integral e gratuito. Com isso, buscou-se compreender a integralidade da assistência jurídica prestada pela instituição como a utilização de todos os meios disponíveis que pudessem conferir proteção contra a violação de direitos dos indivíduos assistidos pela Defensoria Pública.

Dessa forma, diante de um Estado cada vez mais punitivista, violador de direitos individuais e que tem no mal uso das prisões cautelares uma forma de materialização dessas características, demanda-se uma Defensoria Pública eficiente. No entanto, conforme a análise dos números apresentados anteriormente, a proteção conferida pela instituição paraibana não se mostra suficientemente capaz de garantir a integridade desses direitos.

Por essa razão, a presunção de inocência enquanto direito individual tem seu valor reduzido em face das constantes violações sofridas por meio de decisões judiciais. É fato que essas transgressões ocorrem também em setores da sociedade civil, através da mídia, por exemplo, e ainda por meio de outras instâncias do poder público, como na atuação policial.

No entanto, a estrutura de estado democrático de direito pressupõe a via judicial como um domínio de contenção das relações sociais por meio de uma expressão legal. Ao não conferir o controle necessário a prática de condutas que estejam violando direitos, o judiciário legitima essas práticas ilegais. Ou ainda vai além, como nos casos da decretação de prisões cautelares descabidas, tornando-se ele próprio o agente violador de direitos.

É nesse cenário que a Defensoria Pública deve recobrar o viés legal do estado de direito no Brasil. A defesa desses direitos individuais pressupõe a manutenção de uma estrutura social pautada em valores como a preservação da dignidade humana e a cidadania, fundamentos do estado democrático de direito, como prega a Constituição Federal de 1988.

A defesa desses direitos não está inserida apenas em uma lógica de proteção individual para aqueles que se encontrem em situação de vulnerabilidade social, mas representa a defesa da democracia brasileira. Portanto, ao definir a Defensoria Pública como instituição responsável pela prestação de assistência jurídica a quem dela necessite, a Constituição não busca apenas conferir apenas o amparo a esses indivíduos, mas também a defesa e o fortalecimento da democracia no Brasil.

Assim, uma atuação ineficiente por parte da instituição, no que diz respeito a proteção de direitos como a presunção de inocência, revela uma ruptura na estrutura democrática do estado de direito. Isso porque, além da transgressão estruturação normativa no qual o Estado brasileiro está inserido, decorre também uma possível discrepância no que diz respeito ao acesso a esses direitos.

Embora não seja objeto desse estudo, uma possível seletividade no acesso às garantias legais pode ser reveladora desigualdades sociais no âmbito jurídico. Enquanto uma parte da população, diante de melhores condições econômicas, pode se valer de uma assistência jurídica privada, a qual, por diversas razões, pode ser mais efetiva, um outro grupo de pessoas depende da Defensoria Pública, a qual, por outros motivos, pode não ser capaz de garantir essa efetividade.

Assim, diante dessa perspectiva e dos números apresentados anteriormente, resta fazer uma breve análise sobre como a violação da presunção de inocência está associada com a atuação da Defensoria Pública da Paraíba. Não se trata de uma análise pautada em quantitativos, mas em dois elementos que podem demonstrar como essa relação se materializa.

O primeiro deles diz respeito a algumas decisões judiciais que decretaram prisões preventivas no estado da Paraíba. Uma vez que não se tem o número exato

dessas decretações⁸² e por não ser possível uma análise individual de cada uma delas em razão dos obstáculos impostos em razão do tempo e das limitações geográficas, as considerações serão propostas de forma exemplificativa.

O exame de algumas decisões pretende demonstrar como o direito a presunção de inocência tem sido violado por meio de decisões judiciais que decretam prisões preventivas de forma ilegal. Dessa forma ficará evidenciada a necessidade de atuação da Defensoria Pública no sentido de reverter a decisão através da impetração de *habeas corpus* junto ao Tribunal de Justiça paraibano, que representa o duplo grau de jurisdição nesses casos.

Um outro componente a ser analisado diz respeito aos *habeas corpus* impetrados pela instituição. Embora não se pretenda também fazer uma análise exaustiva sobre a qualidade da peça judicial confeccionada, buscar-se-á encontrar alguns elementos que podem caracterizar uma atuação ineficiente por parte da Defensoria Pública através da impetração de *habeas corpus*, de maneira inábil.

4.3.1 A violação da presunção de inocência proveniente de decisões judiciais ilegais

Como já dito anteriormente, não cabe aqui fazer uma análise exaustiva sobre as decisões judiciais provenientes de juízes do primeiro grau de jurisdição paraibano que decretam prisões cautelares de forma descabida. O presente capítulo trará apenas alguns exemplos de documentos que, de forma contrária ao ordenamento jurídico brasileiro, impõem a medida de forma inadequada.

A intenção é demonstrar, na prática, por meio das decisões judiciais, como ocorre a violação da presunção de inocência. Por meio de análises breves sobre o teor das decisões, procurar-se-á revelar ilegalidades que comprometem a condição de inocente dos acusados, causando um constrangimento ilegal da liberdade desses indivíduos.

É o caso, por exemplo, da decisão proferida no Processo nº 0002975-63.2019.815.0251, no primeiro grau de jurisdição, correspondente a 1ª Vara da

⁸² Tal dado foi requerido, inclusive, através da solicitação realizada junto a Ouvidoria do Tribunal de Justiça da Paraíba de nº 3518/2020 e por meio do Processo Administrativo Eletrônico nº 2020115398. Conforme já mencionado anteriormente, ambas não foram respondidas.

Comarca de Patos. A magistrada entende necessária a prisão preventiva dos acusados em um suposto caso que envolvia a prática de um furto de dois pares de retrovisores.

Ambos os acusados eram réus primários. Os requisitos da prisão preventiva, previstos no Código de Processo Penal⁸³, não foram observados. Nesse mesmo sentido, a magistrada, em sua decisão, não faz nenhuma referência a normatização legal que corrobore para implementação da medida prisional, o que fere também a necessidade de fundamentação da decisão, conforme exige o referido diploma legal⁸⁴.

Destaca-se ainda que a fundamentação utilizada pela magistrada manter a prisão preventiva após o pedido de revogação da defesa estava amparada em fatos desconexos com aqueles presentes nos autos. Como exemplo, ela cita que o crime foi cometido mediante violência e grave ameaça, o que não condiz com a prática do crime de furto, pelo qual aqueles indivíduos estavam sendo acusados.

Vale salientar ainda que o valor atribuído ao bem furtado não ultrapassava cinquenta reais, o que, por si só, caracterizaria a insignificância do suposto crime, o que poderia ensejar a não punição daquela conduta. Assim, manter alguém preso preventivamente diante de uma acusação como a que está em questão, em um contexto de superencarceramento, marcado por unidades prisionais superlotadas, representa um dissenso com a intenção de combater esse problema.

Decisões como essa reforçam a presença de um estado de polícia e caracterizam a ideia de um direito penal de emergência (BECHARA, 2008). Não se respeita os limites da legalidade na ânsia de encontrar respostas rápidas exigidas por uma sociedade cada vez mais impaciente. Com isso, os direitos individuais, especialmente daqueles que se encontram em situação de vulnerabilidade, ficam ainda mais expostos em face do poder punitivo estatal. Nas palavras de Minagé (2019, p. 215-216):

É nítida a existência de uma tendência em que, todos os envolvidos no processo penal, desde os órgãos públicos, passando pela vítima e até mesmo a sociedade vejam na prisão preventiva a principal resposta a ser dada, pelo estado, no que se refere à um resultado mais rápido e perceptível no combate à criminalidade. E de fato, por se tratar da principal forma de coerção e exercício do poder estatal, cumpre à defesa, evitá-la. Portanto, compreende-

⁸³ Tais requisitos estão previstos nos artigos 312 e 313, do Código de Processo Penal.

⁸⁴ Art. 315, do Código de Processo Penal: “A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada”.

se a naturalização do uso da prisão preventiva como principal instrumento de coerção estatal.

O mal uso das prisões preventivas também pode ser verificado no curso do processo nº 0000494-91.2007.815.0981. Após a fixação do regime semiaberto na sentença proferida pelo juízo da 2ª Vara da comarca de Queimadas, o magistrado determinou a manutenção da prisão preventiva enquanto o recurso interposto pelo réu fosse julgado.

A decisão causa estranhamento uma vez que a sentença condenatória impõe uma pena que deverá ser paga em um regime menos gravoso do que a prisão preventiva. Não faz sentido assim manter alguém preso, de forma cautelar, se há uma condenação no mesmo processo, proferida pelo mesmo juízo, que permite o cumprimento da pena definitiva em caráter semiaberto.

A fundamentação do magistrado para manter a prisão preventiva se pautou na possibilidade iminente do cometimento de novos crimes pelo réu. No entanto, não assiste razão a esse argumento uma vez que a sentença proferida, como já dito, possibilitava a esse mesmo indivíduo o cumprimento de sua pena, já definida em juízo, por meio do regime semiaberto.

A manutenção da prisão desse indivíduo remete a distorção do uso das prisões cautelares como forma de perpetuar a cultura do encarceramento no Brasil. Mesmo diante de uma possibilidade menos gravosa, admitida pelo mesmo juízo, opta-se pela opção mais danosa ao indivíduo, ainda que não ficasse demonstrada, por nenhuma razão, a sua necessidade.

Esse segundo caso ilustra bem um cenário que tem ocorrido com certa frequência. A imposição da prisão preventiva, que necessariamente impõe uma detenção nos moldes do regime fechado ao acusado, muitas vezes é mais severa do que a pena atribuída pelo Código Penal ao cometimento do crime pelo qual está sendo julgado.

Não raramente alguns indivíduos, detidos preventivamente no início do processo penal, ficam presos preventivamente em tempo superior ao que ficariam caso estivessem cumprindo uma pena definitiva. É o caso dos processos nº 0003775-62.2017.815.0251 e nº 0000180-79.2017.815.0631, em que os acusados respondem penalmente por crimes que, caso já tivessem sido condenados, poderiam ter progredido para o regime semiaberto, menos gravoso que a prisão preventiva.

Ou seja, a ilegalidade da prisão preventiva pode ocorrer sob aspectos diferentes, como nos casos apresentados acima. Seja por não respeitar os requisitos legais necessários para sua decretação, seja por se tornar excessiva em relação aos objetivos imputados a ela pela lei.

É certo que a prisão cautelar tem sido frequentemente utilizada de forma inadequada hoje por juízes como uma forma resposta à sociedade em meio ao problema de segurança pública vivido pela sociedade brasileira. No entanto, essa não é a finalidade legal da medida, que deve ter como objetivo garantir o bom funcionamento do processo penal (LOPES JÚNIOR, 2017).

Ou seja, diferentemente da prisão decorrente de uma sentença condenatória, imposta pela atribuição de culpa ao acusado, a prisão preventiva não pode incorrer em prejuízo a condição de inocência de qualquer indivíduo. No entanto, diante das ilegalidades provenientes do uso descabido dessas medidas, percebe-se uma inversão da presunção de inocência em presunção de culpabilidade.

Isto é, manter alguém preso preventivamente, que não por razões de evitar danos ao desenrolar do processo, é desvirtuar completamente o propósito dessa medida. Consequentemente, essa atitude revela uma presunção de culpa daquele sujeito, que, por lei, deveria ser considerado inocente até que sobreviesse uma sentença condenatória que lhe atribísse culpa pela prática de um determinado delito.

Portanto, é inegável que essas prisões descabidas têm provocado a violação de direitos individuais como a presunção de inocência. E, em razão do perfil social da população carcerária no Brasil, que se mantém na Paraíba, percebe-se o tamanho da importância de uma atuação eficaz da Defensoria Pública no combate a esse problema.

Assim, além dos números já apresentados anteriormente sobre a falta de atuação da instituição no que diz respeito as prisões cautelares na Paraíba, vale analisar ainda alguns aspectos sobre como ocorre essa atuação. Do mesmo modo como apresentado nesse tópico, será feita uma breve análise sobre alguns *habeas corpus* impetrados pela Defensoria Pública, de maneira que se possa evidenciar alguma possibilidade de tornar a defesa de seus assistidos mais eficiente.

4.3.2 Os *habeas corpus* impetrados pela Defensoria Pública da Paraíba

A análise sobre a atuação da Defensoria Pública na Paraíba revelou uma falha na prestação de uma assistência jurídica integral por parte da instituição com base na pouca quantidade de *habeas corpus* impetrados junto ao segundo grau de jurisdição. No entanto, é fato que houve alguma ação por parte de alguns defensores públicos, ainda que em volume muito pequeno ao que se esperava diante da grande quantidade de presos provisórios no estado.

É possível, inclusive, constatar um pequeno acréscimo no número de *habeas corpus* impetrados pela Defensoria Pública no Tribunal de Justiça paraibano após 2017, ano em que foram nomeados os primeiros defensores públicos concursados do estado. Apenas em 2019, o número impetrações foi quase a metade de todo o período avaliado. Dos 136 *habeas corpus* impetrados nesse período, 119 foram impetrados após a posse dos novos empossados.

Outra constatação diz respeito a quantidade de defensores públicos que possuem atuação em matéria criminal. A lista disponível no site institucional da Defensoria Pública da Paraíba⁸⁵ aponta que ao menos 48 deles atuam em varas criminais ou varas únicas. Por esse número, em comparação aos dados apresentados anteriormente, em nenhum dos anos definidos pelo estudo, houve uma média de um *habeas corpus* impetrado por defensor público que atue em varas criminais.

Essa média, no entanto, é ainda menor. Isso porque, na lista mencionada, constam varas que tratam de matéria criminal e são definidas como “mistas”, a exemplo da 1ª e 2ª varas de Patos, que são atribuídas as competências para tratar sobre matérias referentes a tribunal do júri e violência doméstica, respectivamente.

Outras peculiaridades sobre a instituição paraibana podem ter motivado esses resultados, no entanto, a atenção principal da pesquisa volta-se para o fato de que direitos individuais como a presunção de inocência estão sendo violados. Por sua vez, desse cenário decorre também a necessidade de que esses direitos sejam protegidos, o que, no recorte proposto pela pesquisa, é atribuição, em grande parte, da Defensoria Pública.

⁸⁵ A lista está disponível no site: <<https://defensoria.pb.def.br/defensores.php>>.

Assim, ainda que tenha sido pequeno o número de *habeas corpus* impetrados pela instituição, vale destacar alguns aspectos sobre essa atuação de forma concreta. Ou seja, analisar algumas peculiaridades sobre a forma como essa impetração ocorre, ainda que não seja proveitoso, nesse momento, calcular índices de eficiência entre os pedidos formulados pela Defensoria Pública junto ao Tribunal de Justiça.

Com isso, poderão ser apontados algumas questões que, para além da atuação pouco expressiva da instituição, podem também contribuir para um quadro de ineficiência na defesa desses direitos. Assim, essa avaliação poderá servir também, possivelmente, para proposição de melhorias futuras a serem desenvolvidas pela Defensoria Pública da Paraíba.

É o caso, por exemplo, do que acontece em alguns casos como no HC nº 0805017-29.2019.8.15.0000, impetrado em maio de 2019, mais de dois anos depois da prisão preventiva que aconteceu em abril de 2017. Embora possam existir diversas razões para tanto, a demora excessiva na impetração de um *habeas corpus* pode causar danos graves para um indivíduo que se encontre preso, de forma provisória, há muito tempo.

Embora no ordenamento brasileiro as prisões preventivas não possuam um limite máximo de tempo, existem princípios como a razoabilidade e proporcionalidade que devem ser levados em conta na aplicação dessas medidas. Nesse sentido, houve uma recente alteração legal no Código de Processo Penal que estipulou que essas prisões devem ser revisadas a cada noventa dias para avaliar a necessidade de sua manutenção, ou seja, se os requisitos para sua decretação ainda estão presentes⁸⁶.

Assim, não se mostra razoável alguém ficar preso preventivamente por mais de dois anos enquanto aguarda julgamento. Menos plausível ainda é, diante de toda essa dilação, o responsável pela defesa daquele indivíduo só requisitar a sua postura

⁸⁶ A alteração mencionada foi promovida pela Lei nº 13.964, de 2019, que estabelece então, Código de Processo Penal Brasileiro, por meio do art. 316 e seu parágrafo único, o seguinte:

“Art. 316. O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para que ela subsista, bem como novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

Parágrafo único. Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal.”

em liberdade após todo esse tempo, ainda que a prisão tenha sido decretada da forma correta em meio a uma necessidade concreta.

No entanto, esse contrassenso é ainda maior quando a prisão preventiva é imposta de forma ilegal. No caso do HC nº 0810713-46.2019.815.0000, a prisão da acusada, segundo consta da peça impetrada pela defensoria pública, não havia sido fundamentada e nem obedecia aos requisitos impostos pelo Código de Processo Penal Brasileiro.

Ainda assim, mesmo diante da atuação promovida pela instituição, a qual, inclusive, foi atendida parcialmente pelo Tribunal de Justiça paraibano, vale chamar atenção para a tardança na promoção do pleito pela Defensoria Pública da Paraíba. Apenas um ano após a prisão da acusada o *habeas corpus* foi impetrado no duplo grau de jurisdição na tentativa de reverter a ilegalidade promovida pela decretação da prisão preventiva inadequada.

Portanto, embora a atuação da instituição, nesse caso, mereça o reconhecimento em razão de reverter o constrangimento ilegal da liberdade de sua assistida, importa ressaltar que houve demora no socorro a esse direito. O aprisionamento desnecessário de qualquer pessoa no Brasil, especialmente depois de o Supremo Tribunal Federal reconhecer as unidades prisionais brasileiras como um estado de coisas inconstitucional, representa uma grave violação de direitos.

Assim, pretende-se demonstrar que a atuação da Defensoria Pública não se mostrará eficiente apenas com um aumento numérico na quantidade de *habeas corpus* impetrados por defensores públicos no que diz respeito a situação abordada pelo presente estudo. O socorro ao direito dos indivíduos que necessitem de assistência jurídica integral e gratuita, prestada pelo poder público, precisa ser oportuno e tempestivo.

Do contrário, incorre no que aconteceu nos HC's 0808314-44.2019.8.15.0000 e 0808317-96.2019.8.15.0000. Em ambos os casos, os acusados estavam presos preventivamente a mais de dezoito meses quando os *habeas corpus* foram impetrados pela Defensoria Pública pedindo a revogação das prisões.

Diante de tamanha delonga, quando foram julgados pelo Tribunal de Justiça, os dois pleitos foram rejeitados uma vez que as sentenças já haviam sido prolatadas pelos juízes de primeiro grau. Isto quer dizer que a impetração dos *habeas corpus* foi

intempestiva e não pode socorrer o direito que havia sido transgredido com a decretação da prisão preventiva.

Com isso, a violação à presunção de inocência é consumada e torna-se difícil a sua reparação. Do mesmo modo, ao ser vilipendiada, ela se reverte em um verdadeiro prognóstico de culpabilidade, uma vez que o acusado, ao ser julgado, carregará consigo a alcunha de culpa por já estar preso, o que pode interferir no resultado de seu processo.

Dessa forma, mostra-se imperioso que a atuação da Defensoria Pública seja integralmente eficiente. Não basta apenas que haja a impetração de *habeas corpus*, mas é preciso que eles se mostrem suficientemente capazes de combater o problema em questão, de modo a proteger o direito desses indivíduos, que, dada a vulnerabilidade em que se encontram, são os principais alvos do punitivismo estatal.

CONCLUSÃO

A pesquisa realizada não pretendia qualificar a Defensoria Pública da Paraíba como uma instituição eficiente ou não com relação à assistência jurídica que é prestada a partir de sua atuação. O seu principal objetivo era analisar a atuação institucional sobre uma determinada matéria e avaliar se as atividades desempenhadas possuíam aptidão suficiente para garantir a seus assistidos à proteção do direito à presunção de inocência, como um direito humano e fundamental.

Portanto, diante do que foi apresentado, não resta dúvidas que há uma deficiência na atuação da instituição em relação ao ponto em que o estudo foi proposto. Isso caracteriza uma falha na prestação de assistência jurídica prestada de forma gratuita pelo Estado, dada a sua característica de integralidade, da qual se depreende que sejam utilizados todos os meios possíveis para a defesa e promoção de direitos das pessoas em situação de vulnerabilidade.

A quantidade de *habeas corpus* impetrados pela Defensoria Pública da Paraíba entre 2016 e 2019 não é condizente com a quantidade de presos provisórios que estão encarcerados nas unidades prisionais do estado. Ainda que todas essas ações dissessem respeito à revogação de prisões preventivas, o número anual não se aproximaria, sequer, de uma atuação institucional satisfatória no sentido de conferir a devida proteção a seus assistidos.

A atuação da Defensoria Pública da Paraíba, no entanto, não pode ser examinada sem uma contextualização dentro do cenário de recrudescimento penal no qual o Estado tem incrementado o seu poder punitivo. O elevado número de prisões provisórias e a constatação de uma aplicação desarrazoada e ilegal dessas medidas apontam para a necessidade da prestação de uma assistência jurídica ainda mais efetiva.

Essa conjuntura diz respeito ao modelo político-criminológico adotado no Brasil. Embora a Constituição de 1988 defina um paradigma liberal como diretriz política, as políticas criminais adotadas no país revelam aspectos autoritários e totalitários em suas diversas expressões.

O sistema processual penal brasileiro, uma dessas expressões, revela, também por meio de seus atores, inúmeras características que se opõem a liberdade dos indivíduos. A inquisitorialidade da processualística criminal no Brasil se manifesta

desde a sua legislação, que tem como base o Código de Processo Penal de 1941, até a atividade policial, a qual está fundada na violência e repressividade.

Entre o legislador e o policial existe o judiciário, que deveria exercer o controle dessas atividades de modo a torná-las compatíveis com o texto constitucional. No entanto, ele tem se tornado mais um instrumento desse viés autoritário do processo penal, especialmente por meio do abuso de prisões cautelares, que, ao serem decretadas de forma descabida, violam, dentre outros direitos, o direito à presunção de inocência.

É nesse contexto então que a atividade da Defensoria Pública no país irá exigir ainda mais eficiência por parte daqueles que ocupam a função de prestar assistência jurídica aos necessitados. Inserida ainda em uma lógica de desigualdade social e seletividade penal, a instituição ganha ainda mais relevância diante da condição de vulnerabilidade de seus assistidos, que são os principais destinatários da pretensão punitiva do Estado.

Diante desse cenário, marcado pelo autoritarismo penal, exigir que a instituição responsável por prestar assistência jurídica a quem dela necessite desempenhe suas atividades de forma eficiente é, no mínimo, um exercício democrático. É preciso esclarecer, no entanto, que esse não é um dever que recai apenas sobre a Defensoria Pública.

A instituição faz parte de um sistema de justiça composto também por outros atores. A Constituição prega que a atividade desempenhada pela Defensoria Pública é essencial para o bom funcionamento dessa estrutura. No entanto, importa lembrar que, a princípio, a prestação da assistência jurídica aos necessitados é atribuição do Estado, e que ele deve prover os meios suficientes para que o serviço possa ser prestado da forma correta.

Assim, de nada valeria atribuir uma responsabilidade para a instituição sem mencionar os percalços que a Defensoria Pública da Paraíba atravessa para executar suas atividades institucionais. O baixo orçamento, a redução no número de defensores, a violação de sua autonomia são apenas algumas das dificuldades enfrentadas pela instituição ao longo de sua história.

Possivelmente, a adoção de um modelo político-criminal de ordem não liberal coloque em contraposição os interesses do poder estatal e os ditames constitucionais

pautados na defesa da liberdade e dos direitos humanos. Dessa forma, a assistência jurídico-penal prestada pela Defensoria Pública se coloca em uma posição contramajoritária perante o Estado, sendo que esse é o seu principal provedor.

Dessa forma, cumpre ressaltar que, mesmo diante das dificuldades, a principal constatação é que os indivíduos carecem de uma proteção mais efetiva de seus direitos. Independente da atribuição de responsabilidade ao governo estadual que deve fornecer as condições adequadas para o bom funcionamento da Defensoria Pública da Paraíba, ou do mal desempenho das atividades pela própria instituição, o maior prejudicado é o cidadão paraibano.

A não efetivação de um direito tão importante como a presunção de inocência coloca em risco qualquer pretensão de consolidação do modelo democrático. O indivíduo que carece de proteção a seus direitos não possui condições de estar inserido plenamente na sociedade. A marginalização social, portanto, torna-se uma consequência inevitável diante da vulnerabilidade que essas pessoas se encontram em face do Estado.

Por outro lado, é preciso também destacar que a disposição de um vasto rol de direitos nos textos legais não significa que eles estarão preservados. A consolidação da ótica garantista não é satisfeita apenas pela normatização legal. É necessário que haja respeito por esses direitos e que, além de protegidos, eles restem viabilizados a todos, de forma que o seu exercício não represente um privilégio, mas uma orientação de conduta a ser seguida por todos.

Portanto, não obstante os desafios enfrentados pela Defensoria Pública da Paraíba, é preciso exigir da instituição uma maior eficiência no desempenho de suas atividades. Somente por esse caminho o modelo democrático estabelecido pela Constituição de 1988 poderá se materializar e a liberdade alcançará o verdadeiro patamar que foi estabelecido pelo texto constitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. O princípio da verdade real. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 52, p. 116-138, 1 jan. 1957.

AMBOS, Kai. **Direito penal-nacional socialista: continuidade e radicalização**. Trad. Paulo César Busato. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1979.

BATISTA, Nilo. **Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro**, I. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BECHARA, Ana Elisa. Discursos de emergência e política criminal: o futuro do direito penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo, v. 103 p. 411 - 436 jan./dez, 2008

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 9 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **O Futuro da Democracia**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 7. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BRASIL. Ministério da Justiça. **IV Diagnóstico Defensoria Pública**. Brasília, v9, 2015. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/seus-direitos/politicasdejustica/publicacoes/Biblioteca/ivdiagndefenspublicav9.pdf/view>>. Acesso em: 06 ago. 2020

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CASARA, Rubens R. R. **Mitologia Processual Penal**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2013

_____. **Processo penal do espetáculo: e outros ensaios**. 2 ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

CORTE IDH. **Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México**. Fondo. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220.

_____. **Caso López Álvarez Vs. Honduras**. Fondo. Sentencia de 01 de febrero de 2006. Serie C No. 141.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Curitiba, n. 30, p. 163-198, 1998.

_____. O papel do novo juiz no processo penal. **Empório do Direito**, São Paulo, 18 abr. 2015. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/o-papel-do-novo-juiz-no-processo-penal>. Acesso em: 15 jun. 2020.

DE FILIPPO, Thiago Baldani Gomes. Lei anticrime e reincidência: um flerte com o direito penal do autor. **Boletim IBCCRIM**, Ano 28. N. 330, p. 20-22, mai. 2020.

DELMAS-MARTY, Mireille. **A imprecisão do direito: do código penal aos direitos humanos**. Barueri: Manole, 2005.

_____. **Os Grandes Sistemas de Política Criminal**. Barueri: Manole, 2004.

DUCLERC, Elmir. **Introdução aos fundamentos do direito processual penal**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

FENOLL, Jordi Nieva. La razón de ser de la presunción de inocencia. In: **InDret Revista para el Análisis del Derecho**. Barcelona, v. 01, p. 1-23, jan. 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FLAUZINA, Ana Luiza. Democracia Genocida. In: PINHEIRO-MACHADO, Rosana; FREIXO, Adriano de (orgs). **Brasil em Transe: Bolsonaroismo, Nova direita e Desdemocratização**. Rio de Janeiro: Oficina Raquel, 2019.

GIACOMOLLI, Nereu José. GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas Marcas Inquisitoriais do Código de Processo Penal Brasileiro e a Resistência às Reformas. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre. v.1. n. 1, p. 143-165, 2015.

_____. **O princípio da legalidade como limite do ius puniendi e proteção dos direitos fundamentais**. In: Direito Penal em tempos de crise. Org. Lenio Luiz Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

GOLDSCHIMIDT, James. **Problemas Jurídicos e Políticos do Processo Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.

GOMES, Luiz Flávio. Direito internacional dos direitos humanos: validade e operacionalidade do princípio PRO HOMINE. **De jure: Revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**. Belo Horizonte, n.11, p.494-503, jul./dez. 2008.

GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. **Assistência Jurídica Pública: Direitos Humanos e Políticas Sociais**. Curitiba: Editora: Juruá, 2017.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la Criminología y a la Política Criminal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

KALED JUNIOR, Salah Hassan. **A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial**. 3. ed. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2020.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia Das Letras, 1988.

LAUFER, Daniel. Direito Penal e Processual Penal de Emergência. **Revista Justiça e Sistema Criminal**. Curitiba, v. 5, n. 8, p. 137-160, jan/jun. 2013.

LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. **Nacional-socialismo e antigarantismo penal (1933-1945)**. Trad. Paulo César Busato. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

_____. **Prisões cautelares**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. **Introdução Crítica ao Processo Penal: fundamentos da instrumentalidade garantista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MELO, Marcos Eugênio Vieira. **Oralidade e contraditório no processo penal brasileiro: em busca da superação da tradição inquisitorial**. São Paulo: IBCCRIM, 2020.

MINAGÉ, Thiago M. **Prisões Cautelares à luz da Constituição: o contraditório como como significante estruturante do processo penal**. 5. Ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019.

MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. Montevideo: B DE F, 2003.

MORAES, Humberto Peña; SILVA, José Fontenelle Teixeira. **Assistência judiciária: sua gênese, sua história e a função protetiva do estado**. 2.ed.rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

MORAES, Maurício Zanoide. **Presunção de Inocência: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Edmund Mezger y el Derecho penal de su tempo: Estudios sobre el Derecho penal en el Nacionalsocialismo**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

NEGISHI, Yota. The Pro Homine Principle's Role in Regulating the Relationship between Conventionality Control and Constitutionality Control. **The European Journal of International Law**. Vol. 28 no. 2. 2017

OLIVEIRA, José Antônio C.; DINIZ, Elenilze J. e; EUFRÁSIO, Marcelo A. A atuação da Defensoria Pública do estado da Paraíba na defesa e garantia dos direitos sociais. **Revista da Defensoria Pública da União. Brasília**, n. 7, p. 315-344, jan/dez. 2014.

PASTANA, Débora. Justiça penal autoritária e consolidação do estado punitivo no Brasil. **Rev. Sociol. Polit.** Curitiba, v. 17, n. 32, p. 121-138, Feb. 2009. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782009000100008&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 01 jul 2020.

PAULO, Alexandre R.; SILVA, Valine C.; MAZIERO, Gabriel O. A iniciativa do magistrado para produção de provas no processo penal brasileiro conforme um olhar foucaultiano. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Porto Alegre, vol. 6, n. 2, p. 995-1024, mai./ago. 2020.

PEDRINHA, Roberta Duboc. Política criminal em tempos de crise: a produção de subjetividade punitiva, a sociedade do trabalho, a produção de excluídos e a prática policial. **Rev. Epos**. Rio de Janeiro, v. 2, n.1, jun. 2011. Disponível em http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2178-700X2011000100005&lng=pt&nrm=iso. Acesso em 06 jul 2020.

PELUSO, César. Constituição brasileira revela amplitude da presunção de inocência. Segunda parte do texto publicado originalmente na Revista Brasileira da Advocacia, como transcrição de palestra proferida pelo ministro Cezar Peluso no VI Encontro da Associação dos Advogados de São Paulo. **Consultor Jurídico (Conjur)**. Abr de 2018. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-abr-03/peluso-constituicao-revela-amplitude-presuncao-inocencia>. Acesso em 22 jul 2020.

PRADO, Geraldo. **Em torno da Jurisdição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. **Sistema Acusatório: A conformidade constitucional das leis processuais penais**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

RANCIÈRE, Jacques. **O Ódio à Democracia**. São Paulo: Boitempo, 2014.

Rocha, Alexandre Lobão. **A exclusão legal da população carente**. Brasília: Thesaurus, 2009.

ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. Tomo I. Madrid: Civitas, 2001.

_____. **Estudos de Direito Penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Política criminal y estructura del delito: elementos del delito en base a la política criminal**. Barcelona: Promociones e Publicaciones Universitarias (PPU), 1992.

_____. **Política criminal y sistema del derecho penal**, 2ª ed., 1ª reimpr. Buenos Aires: Hammurabi, 2002

SANZ MULAS, Nieves. **Manual de Política Criminal**. 1. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019

SARLET, Ingo Wolfgang. Valor de alçada e limitação do acesso ao duplo grau de jurisdição: problematização em nível constitucional à luz de um conceito material de direitos fundamentais. **Revista de informação legislativa**. Brasília v. 33, n. 131, p. 5-30, jul./set. 1996.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal**. 2ª ed. Natal: OWL, 2015.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A Expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. O que é isto, – livre convencimento motivado e livre apreciação da prova? In: NUNES, Dierle; LEITE, George Salomão; STRECK, Lenio Luiz (org). **O fim do livre convencimento motivado**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

VARGAS, Joana Domingues. Em Busca da "Verdade Real": Tortura e Confissão no Brasil ontem e hoje. **Sociologia & Antropologia**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 3, p. 237-265, Jun. 2012.

VON LISZT, Franz. **La idea de fin en el derecho penal**. 1ª ed., 1ª reimp. Cidado México: Universidad Nacional Autónoma de México – Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994.

WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista**. Montevideo: B DE F, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, et al. **Direito penal brasileiro**. Vol.: I. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

_____. **Doutrina Penal Nazista: a dogmática penal alemã entre 1943 a 1945**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019

_____. **Em busca das penas perdidas**. 5ª ed. 6ª reimpressão. Rio de Janeiro: Revan, 2018.

_____. Função do Direito Penal é limitar o poder punitivo. Entrevista concedida à Marina Ito. **Consultor Jurídico (Conjur)**. Jul de 2009. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2009-jul-05/entrevista-eugenio-raul-zaffaroni-ministro-argentino>>. Acesso em 10 jul 2020.