

Alberto M. Binder

Introdução ao
DIREITO PROCESSUAL PENAL

TRADUÇÃO DE
Fernando Zani

COM REVISÃO E APRESENTAÇÃO DE
Fauzi Hassan Choukr

LUMEN  JURIS | editora

LUMEN JURIS

www.lumenjuris.com.br

EDITORES

João de Almeida

João Luiz da Silva Almeida

CONSELHO EDITORIAL

Alexandre Freitas Câmara
Amilton Bueno de Carvalho
Antonio Becker
Augusto Zimmermann
Eugênio Rosa
Fauzi Hassan Choukr
Firly Nascimento Filho
Flávio Alves Martins
Francisco de Assis M. Tavares
Geraldo L. M. Prado
Gustavo Sénéchal de Goffredo
J. M. Leoni Lopes de Oliveira
Letácio Jansen
Manoel Messias Peixinho
Marcos Juruena Villela Souto
Paulo de Bessa Antunes
Salo de Carvalho

CONSELHO CONSULTIVO

Álvaro Mayrink da Costa
Aurélio Wander Bastos
Cinthia Robert
Elida Séguin
Gisele Cittadino
Humberto Dalla Bernardina
de Pinho
José dos Santos Carvalho Filho
José Fernando C. Farias
José Ribas Vieira
Marcelo Ciotola
Marcellus Polastri Lima
Omar Gama Ben Kauss
Sergio Demoro Hamilton

Rio de Janeiro

Rua da Assembléia, 36
salas 201 a 204
Rio de Janeiro, RJ – CEP 20011-000
Telefone (21) 2232-1859 / 2232-1886

São Paulo

Rua Camerino, 95, Conjunto 2
Barra Funda - São Paulo, SP
CEP 01153-030
Telefone (11) 3664-8578

Rio Grande do Sul

Rua Cap. João de Oliveira Lima, 160
Santo Antonio da Patrulha - Pitangueiras
CEP 95500-000
Telefone (51) 662-7147

Brasília

SCLN - Q. 406 - Bloco B
Subsolo 4 e 8 - Asa Norte
Telefone (61) 340-9550 / 340-0926
Fax (61) 340-2748

ALBERTO M. BINDER

**INTRODUÇÃO AO
DIREITO PROCESSUAL PENAL**

Tradução de
Fernando Zani,
com revisão e Apresentação de
Fauzi Hassan Choukr

EDITORA LUMEN JURIS

Rio de Janeiro

2003

Até agora estudamos as bases do processo penal: os princípios que o estruturam, fundamentalmente, como um processo garantidor. Sobre essas bases o processo penal organiza-se de um modo determinado. Essa organização não é um problema menor, pois em numerosas ocasiões dependerá dela – de sua estruturação correta – para que possa cumprir efetivamente os princípios que o fundamentam ou deveriam fundamentá-lo. Mesmo assim, muitas das piores distorções das garantias e princípios fundamentais provêm de uma estruturação incorreta ou das distorções que a prática gera na própria estrutura do processo penal.

A análise que faremos das fases do processo não estará sujeita a nenhum código em particular, exceto ao que consideramos a forma constitucional de processo penal, conceito sobre o qual insistimos muito nesta obra. Na realidade, porém, todo processo penal está estruturado em fases que cumprem objetivos específicos.

Normalmente, existem cinco fases principais: a primeira, de *investigação*, *preparação* ou *instrução*, cujo principal objetivo é preparar a acusação ou o julgamento; a segunda é onde se *critica* ou *analisa o resultado dessa investigação*; uma terceira etapa, principal, é o *julgamento propriamente dito*; a quarta fase é onde se controla o resultado desse julgamento, a sentença, através de diferentes meios de *impugnação* ou *recursos*; e, finalmente, a quinta fase, onde se executa a sentença que tenha sido proferida. Estas são as etapas principais em que se divide qualquer processo penal.

Nem todos os sistemas processuais organizam essas fases do mesmo modo: alguns entregam a instrução e o julgamento a um mesmo juiz; alguns realizam todo o procedimento por escrito e outros realizam uma instrução escrita e um julgamento oral. Enfim, cada código de procedimentos organiza as fases de maneira diferente, embora, como já vimos em capítulos anteriores, existam certos *modelos básicos* de estruturação dos sistemas penais (inquisitivo, acusatório, escrito, oral etc.) aos quais estão subordinados os diversos sistemas normativos.

Uma explicação básica como a que pretendemos dar tem o efeito benéfico, em nossa opinião, de permitir compreender a lógica de qualquer sistema processual. Muitas vezes se obriga aos estudantes prestarem atenção a problemas menores ou a detalhes e não lhes ensinam os conceitos fundamentais que lhes permitiriam aprofundar-se no que é necessário para realizar seu preparo universitário. Nos capítulos seguintes, propomo-nos oferecer ao estudante esses conceitos elementares que servirão para analisar com maior clareza qualquer um dos códigos processuais penais vigentes em nosso país. Esperamos, também, que possam criticá-los, descobrir suas falhas e estender o que dissemos no início desta introdução: a organização do processo não é algo diferente da vigência das garantias e dos princípios básicos; ao contrário, muitas vezes elas sucumbem diante das regras de organização processual.

A prática dos tribunais e do exercício da advocacia tendem a dar maior importância ao conhecimento dessa organização. Na verdade, é comum que se chegue ao extremo de considerar que o mais importante é conhecer os prazos, os requisitos dos documentos que devem ser apresentados, os modos de interpor recursos, enfim, todos os detalhes da efetiva estruturação dos documentos. Não é nossa intenção afirmar que esse conhecimento não tem nenhuma importância: o que desejamos destacar é que isso não garante o conhecimento do processo penal nem – muito menos – do Direito processual penal. Se o estudante deseja converter-se em um mero prático, em um “rábula” que conhece de cor os requisitos processuais, aconselharia que, seguindo este velho costume da decadência universitária, dedique-se a “ler o Código”, já que ali encontrará o “saber” que está buscando.

Entretanto, não acredite que com esse conhecimento entendeu o que seja o processo penal. Muito pelo contrário, desse modo irá anular sua capacidade de captar a essência do fenômeno processual.

Se todo processo penal tem uma organização, esta responde a uma lógica. Esta lógica não é uma simples “racionalidade”, dirigida por um princípio de eficiência administrativa. A justiça penal não é um processo de tramitação de expedientes. A “lógica” processual é de tratamentos de conflitos humanos e, como tal, está orientada para suas consequências práticas, isto é, as consequências que se produzem na solução ou na “redefinição” desse conflito.

As fases processuais nutrem-se dessa lógica e as consequências são medidas sempre em termos de intensidade do exercício do poder;

por isso, sempre estão em jogo as garantias processuais e sempre voltamos a elas.

Esta introdução serve, em minha opinião, para advertir o leitor sobre o que se falará nos próximos capítulos. Espero que eles cumpram com sua expectativa e compreenda que são apenas um guia para levar ao verdadeiro estudo dos sistemas processuais, que deverá ser, necessariamente, um trabalho de maior profundidade, de maior rigor e – por que não? – de maior compromisso pessoal.

XVIII. A Investigação Preliminar

Pode-se afirmar que no começo do processo encontra-se a vida em sociedade, que se manifesta de um modo conflituoso, penoso e também misterioso.

O processo penal começa por enfrentar um fato social ou um conflito do qual se sabe muito pouco. Entretanto, por algum motivo, as autoridades encarregadas pelo Estado de investigar os delitos – promotores ou juízes de instrução – devem-se concluir se esse fato conflitivo – que poderá ou não ser um delito – existiu na realidade.

Os canais através dos quais ingressa a primeira informação (e, por isso mesmo, podem ser considerados como os que fazem nascer o processo penal) denominam-se “atos iniciais do processo” e podem ser de classes diferentes.

O primeiro – e mais comum – é a *denúncia*, o ato pelo qual alguma pessoa que teve conhecimento do fato conflitivo inicial torna-o conhecido de algum dos órgãos estatais encarregados da persecução penal (polícia, promotores, juízes). Essa pessoa poderá ser alguém que de algum modo tenha se envolvido nesse conflito (vítima ou familiar dela, por exemplo) ou qualquer outra pessoa que tenha conhecimento do fato (testemunha, por alusão etc.).

Os cidadãos não estão obrigados a denunciar os fatos presumivelmente delituosos, embora seja desejável que o façam. Um Estado onde os cidadãos tivessem essa obrigação seria um Estado policial em que cada cidadão se converteria em um agente da ordem. Essa sociedade totalitária não é recomendável nem responderia aos princípios republicanos de nossa Constituição.

Por essa razão, é possível afirmar que os códigos processuais não podem, mesmo em nossa ordem constitucional, estabelecer uma obrigação de denunciar. Entretanto, podem estabelecer *casos particulares* de denúncia obrigatória. É comum os códigos estabelecerem essa obrigação sempre que existir uma *situação profissional ou funcional de compromisso maior com a ordem pública*. Assim, têm a obrigação de denunciar os funcionários e servidores públicos quando tiverem conhecimento do fato durante suas funções e também os médicos (e todos

aqueles que exercem a arte de curar) quando do exercício de sua profissão. Em geral, os códigos processuais têm normas a esse respeito e se poderia estender a obrigação a outras situações similares; por exemplo, os tutores com relação a delitos que afetem seus discípulos, ou as pessoas jurídicas aos delitos que são concernentes a seu patrimônio. Enfim, a obrigação de denunciar está ligada a situações particulares e isso é muito diferente de uma obrigação geral, que acabaria convertendo todos os cidadãos em suspeitos em vez de delatores.

Os códigos processuais costumam estabelecer requisitos para que as denúncias tenham validade. Em primeiro lugar, devem conter uma descrição do fato e, se possuem esses dados, da pessoa supostamente autora ou participante do fato denunciado; mesmo assim, se exige que o denunciante – na medida de suas possibilidades – demonstre as provas ou os antecedentes da ocorrência que leva até as autoridades. Ainda assim, os códigos exigem que o denunciante se identifique, o que nos leva à questão das denúncias anônimas. Poder-se-ia dar crédito a uma denúncia anônima? Sem dúvida, esse tipo de denúncia mostrou ser um instrumento eficaz para se conhecer fatos delituosos; entretanto, é totalmente inadmissível em um Estado de Direito, que protege os cidadãos, que se dê andamento a tais denúncias. A delação anônima pode converter-se facilmente em um instrumento de perseguição, inclusive política. **Acredito, portanto, que é impróprio de um Estado republicano dar curso a essas denúncias, embora as polícias iniciem suas investigações através de denúncias desse tipo, não as fazendo valer como tais, mas como meios para se iniciar uma investigação de ofício.**

O denunciante não se torna um sujeito processual nem adquire responsabilidades maiores pelo resultado final do processo penal. É comum estabelecer-se, entretanto, que é responsável (responsabilidade que se manifesta processualmente pelo pagamento das custas, por exemplo) caso sua denúncia seja de má-fé ou precipitada. O Código Penal também estabelece como delito a denúncia falsa.

Em alguns casos, quem faz a denúncia é a própria vítima, que não somente se limita a dar ciência do ocorrido mas também solicita participar do processo penal como *querelante*, sujeito processual que estudaremos em outro capítulo. Quando isto ocorre, deparamo-nos com outro dos modos tradicionais de dar início ao processo penal, que é a *querela*. Esta não é mais que uma denúncia à qual se acrescenta uma instância ou solicitação de constituição de um sujeito processual. Por essa razão, costumam ser mais severos os requisitos de admissibilidade

de de uma querela, especialmente na demonstração de todas as circunstâncias que *legitimam* a pessoa a solicitar sua participação como querelante.

Por último, o terceiro modo de se iniciar um processo penal se dá quando os órgãos de perseguição penal tomam conhecimento direto de um suposto fato delituoso. Estes são os casos de *conhecimento de ofício*. O mais comum de todos eles é a *prevenção policial*, isto é, quando a polícia tem conhecimento de um presumido delito e começa as investigações preventivas sob as ordens de alguns dos principais órgãos de perseguição (que poderão ser os promotores ou os juízes de instrução).

Após os atos iniciais, mediante os quais tem ingresso formalmente no sistema judicial uma hipótese delitiva, começa o período *preparatório*, que consiste em um conjunto de atos – fundamentalmente de investigação – orientados para determinar se existem razões para submeter uma pessoa a julgamento. O pedido do promotor, consistindo em que se inicie o julgamento de uma determinada pessoa e por um fato determinado, denomina-se *acusação*. Portanto, podemos dizer que, depois dos atos iniciais do processo, começa um conjunto de atividades processuais para *preparar a acusação*.

Esse conjunto de atividades, que pode receber o nome de *sumário*, *procedimento preparatório*, *instrução* ou *investigação preliminar ou preparatória*, pode ser organizado de diferentes maneiras, dependendo da proximidade ou da distância que o sistema processual tenha do modelo acusatório.

Por exemplo, os sistemas processuais que seguem o modelo inquisitivo encarregam o *juiz de instrução* da investigação ou andamento do sumário. Uma vez que este termine de reunir as provas, envia o sumário ao promotor, para que seja requerida por ele a abertura do julgamento (*acusação*). Nos sistemas que não seguem completamente o sistema inquisitivo, mas aquele denominado “misto” ou “inquisitivo reformado”, também entregam a investigação ao juiz para que realize uma *instrução formal* e depois, sobre a base deste sumário, o promotor requeira a abertura de um julgamento oral e público. Outros sistemas, que se aproximam muito mais do modelo acusatório, entregam a investigação preliminar ou instrução diretamente ao *promotor*, que se torna o encarregado de preparar a acusação que ele mesmo apresentará.

Essencialmente, durante o período preparatório, existem quatro tipos de atividades:

1. Atividades de investigação pura.
2. Decisões que influenciam o andamento do processo.

3. Antecipação de prova, isto é, que não pode esperar sua apresentação nos debates.

4. Decisões ou autorizações vinculadas a atos que podem afetar garantias processuais ou direitos constitucionais.

Em princípio, esta fase preliminar ou preparatória do processo penal é uma fase de *investigação*. Esta é uma atividade eminentemente criativa; trata-se de superar um estado de incerteza mediante a busca de todos os meios que possam trazer a informação que acabe com essa incerteza. Trata-se, pois, da atividade que encontra ou detecta os meios que servirão de prova. Na realidade da maioria de nossos sistemas processuais, o que deveria ser uma atividade criativa tornou-se uma atividade de rotina, em um simples acúmulo, mais ou menos mecânico, de folhas de papel com registros. Este fenômeno de burocratização da investigação – fenômeno que provoca muita impunidade – é uma consequência do processo escrito e da adoção, nesta fase, do sistema inquisitivo, o qual leva, necessariamente, a uma formalização excessiva da investigação. Mesmo os sistemas denominados “de julgamento oral”, que mantêm o modelo inquisitivo nessa fase, sofrem deste defeito e, inclusive, isto produz, depois, uma distorção do próprio julgamento oral (distorção que se origina na incorporação da “prova” do sumário simplesmente através de sua leitura ou, melhor dizendo; por sua simples menção).

Dessa maneira, quando a investigação se torna rotineira, perde-se um de seus princípios básicos, que é a necessidade da existência de “estratégias de investigação”, isto é, caminhos mais eficazes, de acordo com os casos, para obter a preparação da acusação.

Durante a evolução desse procedimento preparatório, devem ser tomadas *decisões*. Por exemplo, qualquer um dos sujeitos processuais pode causar uma exceção (quer dizer, uma defesa parcial e antecipada como, por exemplo, uma exceção de prescrição ou de falta de ação) ou qualquer outro tipo de incidente (por exemplo, os relativos à admissão ou à rejeição da constituição – participação no processo – de alguns desses sujeitos processuais). Tudo isso obriga a tomar decisões que serão resoluções ditadas durante a instrução. Uma delas, talvez a mais importante, é aquela segundo a qual se decide se um acusado deverá permanecer em prisão preventiva.

Também serão necessárias outras decisões, não por causa de razões ou incidentes, mas porque certos atos da investigação podem

afetar algumas garantias processuais, direitos ou bens protegidos pela Constituição.

Em alguns casos, por exemplo, para poder obter uma prova, torna-se necessário entrar em um domicílio ou seqüestrar algum documento ou objeto pertencente a uma terceira pessoa, ou realizar uma investigação física ou mental do acusado ou de uma testemunha. Todos estes atos da investigação afetam o âmbito da intimidade, da reserva dos documentos particulares, a propriedade ou a integridade física das pessoas. Como já vimos em outros capítulos, a proteção desses bens não é absoluta, mas se exige que, quando eles possam ser afetados, sejam tomadas *decisões formais* destinadas a causar sobre eles o menor ônus possível. Desse ponto de vista processual, significa que deverão ser expedidas ordens expressas e formais (a Constituição exige que sejam emitidas por autoridades judiciais) que permitam realizar esses atos de investigação. Esta classe de decisões podemos chamar de *autorizações jurisdicionais*.

Por último, em algumas ocasiões excepcionais, é necessário realizar uma *antecipação de prova*. Para que este conceito seja compreendido, devemos prestar algumas explicações prévias.

Quando afirmamos que esta primeira fase do processo penal é “preparatória”, queremos dizer, fundamentalmente, que os elementos de prova que ali estão reunidos não valem ainda como “prova”. Já vimos que existe uma garantia básica que consiste no julgamento prévio, ou seja, que nenhuma pessoa pode ser condenada sem um julgamento no qual seja apresentada a prova que permitirá comprovar sua culpabilidade ou sua inocência. O julgamento é, portanto, o *momento da prova*, em um sentido básico. O anterior não é senão a coleta dos elementos que servirão para provar a acusação durante o julgamento; este é, precisamente, o sentido das palavras “preparatório da acusação”, com as quais qualificamos o procedimento anterior ao julgamento.

Entretanto, em algumas ocasiões, não é possível esperar o julgamento para produzir a prova. Por exemplo, quando a vítima – cujo testemunho é necessário – ou qualquer outra testemunha esteja agonizando. Não se poderá esperar o julgamento para que testemunhem. O mesmo pode ocorrer com uma perícia que deverá ser realizada em uma substância perecível e, por isso, não se poderá esperar o julgamento para realizá-la. Nesses casos, em que existe um obstáculo insuperável para produzir a prova no momento adequado, é permitido que, mediante um dispositivo processual, antecipe-se a informação fornecida por esses elementos de prova. Esse dispositivo é a *antecipação da prova*;

consiste, basicamente, na realização jurisdicional dessa prova, de tal modo que *também sejam antecipadas as condições básicas do julgamento*, em especial a possibilidade de controle sobre a prova por parte de todos os sujeitos processuais e na presença do juiz.

Uma vez validada a prova antecipadamente – e convenientemente registrada – esta será incorporada diretamente ao julgamento. Esta incorporação é realizada por intermédio de sua leitura, isto é, lendo a ata onde está registrado o resultado da prova. Porém, repetimos, este é um dispositivo *excepcional*, já que o princípio de que somente será considerado como prova o que for produzido durante o julgamento é de importância fundamental e não deverá ser abandonado.

Apesar disso, devemos reconhecer que nossos sistemas processuais funcionam sobre a base de uma *conversão automática* em “prova” dos elementos reunidos pela investigação, mesmo que estes sejam produzidos diretamente no julgamento. Desse modo, na prática, as sentenças são proferidas quase exclusivamente com base no “sumário”, e isto *significa prescindir do julgamento prévio, ou seja, proferir sentenças inconstitucionais*.

Conforme tenha sido organizado o sistema processual, essas quatro atividades básicas, que descrevemos sucintamente, desenvolvem-se de maneiras diferentes.

Por exemplo, quando a investigação ou instrução foi confiada ao juiz de instrução, ele mesmo realiza essas quatro atividades. Investiga, toma decisões, autoriza invasões e executa a prova antecipada. Por isso, sempre foi dito que o juiz de instrução concentra uma grande parcela de poder sobre o processo penal.

Na verdade, ele realiza duas tarefas incompatíveis entre si: por um lado, deve ser investigador – e como tal, o melhor investigador possível; por outro lado, deve ser o protetor das garantias processuais e constitucionais. Definitivamente, o juiz de instrução deve ser o guardião de si mesmo e este fato provoca, em minha opinião, de um modo estrutural e irremediável, algum tipo de ineficácia. Ou o juiz de instrução é ineficaz como investigador, ou como guardião da Constituição. As tendências mais modernas são no sentido de acabar com o obstáculo do juiz de instrução, produto do sistema inquisitivo imposto pelo antigo Código de Instrução Criminal francês de 1808. Em grande parte, o fracasso dos sistemas de investigação de nossos sistemas processuais provém da obstinação em manter o sistema inquisitivo durante a instrução, mesmo depois de ter sido adotado um julgamento oral que afinal, torna-se distorcido.

Outro modo de organizar a investigação preliminar consiste em acentuar o caráter acusatório do sistema, dividindo as duas funções básicas, de modo a ser o Ministério Público o encarregado de investigar e ficando para o juiz a tarefa de autorizar ou decidir, mas nunca de investigar.

Esta norma está se impondo na maioria dos sistemas processuais (incluindo o Código de Processo Penal italiano, que exerceu tanta influência, evoluindo em sua última versão, de 1989, até essa norma) e, na prática, demonstra ser muito mais eficaz, tanto para aprofundar a investigação quanto para preservar as garantias processuais.

Os promotores, por seu turno, têm a responsabilidade da investigação e os juizes somente a responsabilidade de vigiar e controlar essa investigação. Por conseguinte, estes dois modelos são básicos, já que existem muitas maneiras de combiná-los, de fazê-los coexistir (como os sistemas que entregam ao promotor a investigação preliminar – ou “citação direta”, como também costumam ser denominados – dos delitos menores), bem como estabelecendo diversos pontos de contato.

Cabe perguntar: nossa Constituição Nacional prevê alguma forma especial para esses sistemas? Creio que não se pode dizer que preveja alguma forma direta em especial. Pareceria, pois, que o formato dos sistemas de investigação faz parte dos poderes que as províncias mantêm, segundo o art. 75, inc. 12. Entretanto, aqui também devemos levar em conta que, quando a Constituição organiza um julgamento (o julgamento político que, como já dissemos, independentemente de seu objetivo específico, conserva a estrutura de um julgamento penal), age de maneira que a *investigação do caso seja responsabilidade de quem deve acusar* (a Câmara dos Deputados). Isto demonstra que o processo penal ao qual faz referência a Constituição é um processo penal *eminentemente acusatório*, não no sentido formal de que deve existir sempre uma acusação para que possa haver um julgamento, mas também no sentido mais amplo de entregar a responsabilidade da investigação a quem deve apresentar a acusação.

Finalmente, podemos sustentar que a Constituição contém um formato básico, porém completo, do processo penal, com diferente força normativa, já que – como vimos – o julgamento oral, público e através de jurados está imposto expressamente. A Constituição é coerente, portanto, com o sistema republicano, no qual se inspirou com as fontes históricas de suas instituições. Definitivamente, o processo penal que melhor se adapta aos princípios e às normas da Constituição Nacional é aquele que estabelece o julgamento oral, público, por jura-

dos e, além disso, estabelece uma estrutura acusatória em sentido amplo, quer dizer, entregando a investigação dos delitos aos próprios promotores.

Porém, a investigação preliminar ou procedimento preparatório não é um problema somente dos juízes e promotores. Nesta fase participam também os outros sujeitos processuais. Estudaremos, a seguir, as características, poderes e limites à intervenção de cada um deles.

Por ora, destacamos que durante o procedimento preparatório, se bem que não seja uma fase eminentemente contraditória como é o julgamento, devem existir igualmente amplas possibilidades de defesa: isto pressupõe a possibilidade de propor diligências, de participar dos atos, de estabelecer circunstâncias etc.

Também significa que, embora esta fase não seja pública no mesmo sentido do julgamento oral (aberto a todos os cidadãos), não se deve deduzir que seja secreta para os diversos sujeitos processuais. Ao contrário, o defensor, o querelante, as partes civis devem ter acesso ao progresso da investigação.

Esta possibilidade estará sempre limitada, porque existem ocasiões em que a eficácia de um ato ou de uma investigação depende do segredo. Nestes casos, os códigos processuais permitem que *por um tempo limitado* seja estabelecido o segredo das atuações, mesmo para os intervenientes no processo.

Assim como o procedimento preparatório ou instrução possui atos iniciais definidos, também possui *atos conclusivos*. A instrução deve terminar de algum modo formal.

Existem diferentes modos de finalizar a investigação. O primeiro – e talvez o mais propício – é a *acusação*, que é o ato mediante o qual o Ministério Público requer a abertura de um julgamento pleno.

Porém, pode acontecer que o promotor não encontre elementos para acusar porque foi comprovado que a pessoa acusada não foi a autora do fato nem participou dele, ou – com mais razão – porque se comprovou que o fato não existiu ou, se existiu, não constitui um delito. Em todos esses casos, o promotor requer o término da investigação em definitivo, o que significa uma absolvição antecipada.

Também pode ocorrer que não atinja nenhuma dessas situações: não existem elementos suficientes para acusar nem, tampouco, a certeza necessária para pedir uma absolvição antecipada (suspensão). Nestes casos existem duas possibilidades, de acordo com os códigos: ou se estabelece um tempo-limite, dentro do qual se deve alcançar um dos estados mencionados – e, caso se não os atinja, necessariamente,

se anula – ou se permite que a investigação termine de maneira provisória, o que implica uma interrupção temporária da investigação ou do sumário, até que seja possível continuar com ela ou apareçam novos elementos de prova.

Em muitos sistemas processuais, abusa-se da suspensão provisória, e isto implica, de fato, deixar a investigação em uma espécie de “limbo”, já que a pessoa acusada não chega a saber qual é sua verdadeira situação processual ou real. É conveniente, portanto, que a suspensão provisória fique limitada àqueles casos em que existe *alguma possibilidade real e concreta* de que a investigação seja reiniciada ou apareça algum novo elemento de prova. Em caso contrário, deve-se resolver de um modo definitivo – já que existe um direito, também básico, indicando que as pessoas submetidas a processo têm de ter a certeza de sua situação e se podem chegar a uma solução definitiva em um prazo razoável.

O promotor, conseqüentemente, pedirá que o juiz tome alguma dessas decisões: que aceite sua acusação (e se inicie um julgamento) ou que declare uma suspensão provisória. Também existe a possibilidade, em alguns casos particulares – como a revelia do acusado (sua fuga) –, em que a investigação simplesmente fique arquivada até que o acusado deixe sua situação de revel.

Os pedidos ou requisitos da promotoria não são automaticamente admitidos. Ao contrário, eles iniciam um conjunto de atividades processuais que culminarão com as decisões que já mencionamos. Ao conjunto dessas atividades de análise de conteúdo e resultado da investigação denomina-se “*crítica instrutória*” e os dispositivos processuais que lhe estão ao redor constituem o que podemos denominar “*procedimento intermediário*”, a segunda fase do processo penal de que nos ocuparemos no próximo capítulo.

XIX. A Fase Intermediária, Controle da Investigação

A investigação realizada durante a instrução – ou investigação preliminar – consiste em reunir um conjunto de informações que servirá para determinar se é possível submeter uma pessoa a julgamento.

Entretanto, os diversos sistemas processuais não passam automaticamente da instrução ao julgamento. Existe entre ambos uma fase intermediária que, como veremos a seguir, cumpre diversas funções.

Esta fase intermediária baseia-se no conceito de que os julgamentos devem ser convenientemente preparados e deve-se chegar a eles depois de uma atividade de responsabilidade. O julgamento é público e isso significa que o acusado deverá defender-se em um processo aberto, que pode ser do conhecimento de qualquer cidadão.

Assim como a publicidade implica uma garantia na estruturação do processo penal, também tem um custo: mesmo que a pessoa seja absolvida e seja comprovada sua inocência, o fato de ter sido submetida a julgamento sempre irá significar uma cota considerável de sofrimento, gastos e de descrédito público. Por essas razões, um processo corretamente estruturado tem que garantir, também, que a decisão de submeter o acusado a julgamento não seja precipitada, superficial ou arbitrária.

Imaginemos os efeitos sociais de um processo penal em que a simples denúncia basta para que as pessoas sejam submetidas a um julgamento público; tal processo serviria mais para a perseguição e o descrédito das pessoas do que um preceito institucionalizado para resolver os conflitos penais.

A investigação é concluída com um pedido normalmente feito pelo promotor. Essa exigência, como também já vimos, poderá constituir-se no pedido de abertura de um julgamento, ou seja, em uma acusação; ou poderá consistir em uma suspensão, isto é, que a pessoa acusada seja absolvida sem julgamento, porque da simples investigação preliminar surge a certeza de que não foi a autora do fato punível, ou que tal fato não existiu. Também podem haver outros pedidos, tais como o arquivamento ou a suspensão provisória, porém as duas maneiras es-

senciais de concluir a investigação são – ou deveriam ser – a acusação e a suspensão.

Esses pedidos devem ser controlados em dois sentidos: por um controle *formal* e por um controle *fundamental* das exigências ou dos atos judiciais conclusivos.

Este controle, por sua vez, pode ser *necessário* ou *optativo*, se a fase intermediária for obrigatória do processo ou somente exista quando algum dos sujeitos processuais objete a exigência da promotoria.

Para simplificar a explicação, suponhamos que a exigência seja uma suspensão ou uma acusação. Nesses casos, a exigência deve cumprir certas formalidades cujo sentido está baseado na busca pela precisão da decisão judicial. Por exemplo, deve-se identificar corretamente o acusado, descrever o fato pelo qual se pede a absolvição ou a abertura do julgamento e qualificar juridicamente o fato. Em qualquer desses campos, a exigência pode conter vícios ou “erros” que devem ser corrigidos para que a decisão judicial não seja inválida. Por exemplo, a denúncia ou a suspensão podem identificar mal o acusado, o que poderia causar a condenação ou absolvição da pessoa errada; pode descrever o fato de maneira incorreta – seja por excesso ou por falta, isto é, porque inclui circunstâncias que de fato não fizeram parte da investigação ou, ao contrário, porque omite circunstâncias de fato relevantes para o caso.

Os diferentes sujeitos processuais terão interesse em corrigir esses erros. O acusado, o defensor ou o querelante irão querer que a decisão judicial seja correta e não possa ser invalidada. Cada um, obviamente, do ponto de vista de seus interesses particulares. Também o juiz terá interesse em que a decisão judicial não contenha erros ou que estes não passem para a fase do julgamento, onde podem gerar prejuízos maiores ou invalidar totalmente o próprio julgamento.

Em síntese, deste ponto de vista, a fase intermediária constitui o conjunto de atos processuais cujo objetivo consiste na correção ou saneamento formal dos requisitos ou atos conclusivos da investigação.

Porém, a fase intermediária não esgota sua função no controle formal. Serve – também e principalmente – para realizar um controle substancial sobre os atos conclusivos.

Os atos que põem fim à investigação (sejam requerimentos da promotoria ou decisões judiciais, segundo os diferentes sistemas) implicam, como já vimos, um determinado grau de acúmulo de informações. O grau de informações ou de conhecimentos necessários varia segun-

do os diversos tipos de ato conclusivo, porém, sempre requerem a aquisição um determinado grau de conhecimento sobre o fato e seu autor.

Por exemplo: caso se trate de uma acusação, terá de ser uma acusação fundamentada; isto não significa que o fato já tenha de estar provado, pois significaria uma distorção de todo o sistema processual. A acusação é um pedido de abertura de julgamento para um determinado fato e contra uma determinada pessoa, e contém *uma promessa*, que deverá ter fundamento, de que o fato *será provado* durante o julgamento.

Suponhamos que o promotor acusa; porém, não oferece nenhuma prova ou apresenta prova notoriamente insuficiente, inútil ou não pertinente. Essa acusação carecerá de fundamento e terá um vício *substancial*, já que não se refere a nenhum dos requisitos de forma, senão às condições de fundo necessárias para que a acusação seja admissível.

O mesmo pode ocorrer com a suspensão, medida que implica um grau de certeza total ou, pelo menos e em princípio, o mesmo grau de certeza necessário para uma sentença absolutória. Se o requisito de suspensão não demonstrar a existência desse grau de certeza, terá um vício substancial, que não se relaciona com o cumprimento das formas necessárias para que esse pedido seja válido.

Se o objetivo do sistema processual é que os julgamentos sejam corretos, fundamentados e que não sejam feitos esforços para que se realize um julgamento sem que existam as condições mínimas para que este possa desenvolver-se com normalidade – ou para que o debate de fundo tenha conteúdo –, deve ser estabelecido um dispositivo para “discutir” previamente se essas questões “de fundo” estão presentes.

A fase intermediária cumpre a função de *discussão* ou *debate preliminar* sobre os atos ou exigências conclusivas da investigação. O acusado e seu defensor poderão objetar a acusação que pretenda submeter uma pessoa a julgamento sem contar com os elementos necessários para poder provar essa acusação. Também podem objetar que o fato descrito na acusação não constitui um delito, ou que é um delito distinto daquele considerado no requerimento.

O querelante poderá objetar o pedido de suspensão porque no seu entender existem fundamentos suficientes para submeter o acusado a julgamento ou, nos sistemas que admitem conclusões provisórias da investigação, esta é a solução adequada, e não uma solução definitiva.

Este debate preliminar pode incluir várias exceções que dizem respeito a aspectos fundamentais do exercício da ação e também considerações formais.

A exceção é o modo processual de incluir no debate uma defesa parcial ou circunscrita de modo a provocar uma decisão direta sobre esta defesa. Por exemplo, o acusado pode considerar que a ação esteja prescrita ou que o promotor não pode executar a ação porque se trata de um delito de instância particular, e essa instância não foi produzida.

Em síntese, do ponto de vista dos fundamentos, a fase intermediária consiste em um debate preliminar sobre as condições de fundo de cada um dos atos ou requisitos conclusivos.

Se reunirmos ambas as perspectivas, notaremos que a fase intermediária é um período de debates bastante amplo e importante dentro da estrutura geral do processo.

Entretanto, nem todos os sistemas têm claramente definida esta fase. Alguns a dividem entre os atos finais da instrução formal (atos que cercam o “encerramento do sumário”) e os atos preparatórios do julgamento, de modo que esta fase não é claramente distinguida, embora exista conceitualmente. Outra maneira de estruturar o processo consiste em evidenciar a fase intermediária de modo a constituir um conjunto de atos relativamente autônomos ou, ao menos, que assumam claramente a crítica dos resultados da investigação.

O que deve ficar claro é que em todo o sistema processual existe essa fase intermediária, mesmo que esteja oculta devido ao modo como a crítica introdutória foi estruturada.

Ainda assim, existe a possibilidade de que essa fase seja uma etapa *necessária* do procedimento, ou uma fase *optativa*, se algum dos sujeitos processuais realizar uma objeção aos atos ou requisitos conclusivos, pleiteie, nesse momento, uma exceção ou considere oportuno realizar um debate antecipado. Não existem razões determinantes para optar por um sistema ou outro. O primeiro – quando for necessário – permite que essa etapa intermediária cumpra alguma outra função. O outro – como etapa optativa – permite evitar essa fase, quando não existir nenhuma objeção e, portanto, economizar o precioso tempo do processo.

Por exemplo: quando a fase intermediária se configura de um modo notório e necessário, pode-se converter em um mecanismo efetivo para evitar ou restringir o uso do recurso da apelação durante a fase preparatória ou de instrução. A utilização desse recurso nessa etapa – sobretudo sua má utilização – é uma das principais causas de atraso da investigação. Por essa razão, pode-se usar a fase intermediária para dar uma oportunidade de revisão das decisões tomadas durante a instrução e limitar, assim, a possibilidade de apelação.

O modelo baseado na apelação das decisões tomadas durante a instrução é uma forma de *controle vertical*; o outro, que limita as possibilidades de apelação, mas oferece uma nova possibilidade de questionamento das petições recusadas ou permite a revisão, na fase intermediária, de decisões tomadas durante a instrução, é um modelo de *controle horizontal* que permite salvar o princípio de *progressividade do processo penal*.

Este princípio indica ser conveniente que o processo penal não tenha marchas e contramarchas, avanços e retrocessos, mas um desenvolvimento linear, adquirindo sua plenitude, por concentração, durante o julgamento.

Os mecanismos processuais que permitem essa crítica do trabalho de instrução irão variar de acordo com os sistemas processuais e com a intensidade dessa fase intermediária.

Sempre após esse debate preliminar se produz uma decisão judicial. Se o juiz ou o tribunal decide acatar a acusação, será proferido o *auto de abertura de julgamento*, que é a decisão própria dessa fase. Se a acusação não for acatada, poderá ser proferida uma *suspensão* (que, segundo os sistemas, poderá ser definitiva ou provisória, embora seja mais correto utilizar a palavra “suspensão” para o que tenha caráter definitivo, porque assim é utilizada nos códigos processuais modernos e, além disso, a “suspensão provisória” não deixa de ser um modo anormal de finalização do processo). Também poderão ser tomadas outras decisões não tão freqüentes, como o *arquivamento* (baseado na revelia do acusado, por exemplo).

O *auto de abertura de julgamento* é a decisão judicial por meio da qual se acata a acusação: aceita-se o pedido da promotoria para que o acusado seja submetido a um julgamento público.

Como decisão judicial, o auto de abertura de julgamento cumpre uma função de grande importância. Deve determinar o conteúdo preciso do julgamento, delimitando *qual será seu objeto*. Por essa razão, o ato de abertura também deve descrever com precisão ou prolixidade qual será o “fato justificável”. Esta determinação não é exigida somente por motivos de precisão ou prolixidade, mas porque existe um princípio garantidor, ligado ao princípio de defesa, segundo o qual a sentença proferida após o julgamento somente poderá referir-se aos fatos pelos quais foi aberto o julgamento. A delimitação do fato que será objeto de julgamento cumpre uma função garantidora, porque evita acusações de surpresa e permite uma defesa adequada. Este princípio denomina-se *princípio de congruência* entre a acusação e a sentença,

embora seu conteúdo específico possa ser descrito como o *caráter intangível do objeto do julgamento* (existe uma exceção ou, se preferirmos, um limite a este princípio: a ampliação da acusação durante o julgamento, que estudaremos depois).

Além dessa função, o auto de abertura costuma cumprir outras funções não menos importantes: por exemplo, identifica com absoluta precisão o acusado; qualifica o fato (embora essa qualificação jurídica continue sendo provisória, porque o juiz, na sentença, tem liberdade para qualificar o fato de maneira diferente); determina o tribunal competente para o julgamento, identifica quais serão as partes no debate e pode conter o que se denomina a *citação em juízo*, isto é, a citação para que as partes apresentem ao tribunal a prova de que pretendem valer-se no julgamento. Em maior ou menor medida, esses serão os conteúdos normais de um auto de abertura de julgamento.

Existem relações diferentes entre a decisão judicial e a acusação, de acordo com a intensidade do caráter acusatório do sistema processual. Se é acusatório em um sentido extremo, a acusação obrigará a abertura do julgamento e a decisão judicial se limitará ao controle formal que assegure o andamento normal do julgamento. Se o sistema é acusatório, porém de um modo brando, o juiz poderá acatar ou rejeitar a acusação quando esta não tenha fundamento suficiente. Se é acusatório em um sentido restrito, o juiz poderá, inclusive, obrigar o promotor a apresentar uma acusação quando considerar que existem razões para que a pessoa seja acusada e o promotor não tenha feito a acusação. Ainda mais: se o sistema é acusatório em um sentido mais amplo – incorpora-se ativamente a vítima – o juiz poderá decidir se esta acusará no lugar do promotor ou acatará a acusação da vítima, mesmo quando o promotor não tiver acusado.

Todas essas são variantes que permitem estruturar o processo de diferentes maneiras.

Depois dessa fase intermediária, o juiz ou o tribunal poderá proferir uma *suspensão* (este não é o único momento processual em que isso pode ser feito, mas é o mais oportuno). Como já dissemos, a suspensão é uma absolvição antecipada: uma decisão fundamentada na certeza que o suposto fato punível não existiu ou, se existiu como fato, não era punível, ou que o acusado não teve nenhuma participação no mesmo. Todos esses pressupostos implicam um grau de certeza equiparável ao de uma sentença absolutória, e seus efeitos podem ser equivalentes, já que a suspensão definitiva encerra irrevogavelmente o processo.

Se houverem dúvidas ou controvérsias acerca de qual é a resolução adequada quando não se chegou ao grau de certeza requerido pela suspensão, tampouco existem razões suficientes para fundamentar uma acusação e a investigação torna-se vazia. Podemos dizer, pois, que nos encontramos diante de um estado de *incerteza insuperável*.

Há quem argumente que nesses casos se deve chegar a uma decisão provisória, porque em teoria nunca se pode afirmar que a incerteza seja insuperável. Entretanto, isto não é correto. Suponhamos o caso de um marido que bateu em sua esposa dentro de seu quarto e sem outras testemunhas senão eles. A esposa dirá que seu marido a lesionou e o marido dirá que bateu acidentalmente. Não existem outros indícios nem provas indiretas: somente a palavra de um contra o outro. Qual será a solução adequada?

É evidente que estamos diante de uma incerteza insuperável. Como os casos deste tipo são bastante freqüentes e muitas vezes existe a convicção íntima de que o acusado é culpado, utiliza-se uma solução provisória (a suspensão provisória) como um modo de *castigo indireto*. Não é necessária uma análise cuidadosa da afirmação de que essa é uma utilização totalmente inconstitucional do processo, e a pertinência do que se denomina “penas extraordinárias”, isto é, a possibilidade de aplicar *ex post* penas não previstas, que surgem da discricionariedade do juiz.

A decisão correta para os casos de incerteza insuperável é também a suspensão. Não somente por derivação da regra de *in dubio pro reo*, mas porque existe um direito das pessoas a que sua situação processual adquira, em um tempo razoável, um caráter definitivo. Um processo é sempre um prejuízo e este não pode se prolongar por um tempo além do razoável. Menos ainda quando não existe nenhuma esperança de que a situação de incerteza possa mudar.

Ao contrário, quando existe uma esperança concreta de que a incerteza poderá ser superada, a solução adequada deverá ser de caráter provisório.

Vimos, portanto, como essa fase intermediária cumpre um papel importante na totalidade do processo. Explicamos de um modo geral, para que o aluno possa identificá-la por suas características essenciais, sem dar importância a como foi estruturada nos diversos códigos processuais.

A experiência demonstra que são poucos os casos que chegam a julgamento. O maior peso ou carga de trabalho dos sistemas processuais recai sobre essa fase intermediária, que muitas vezes é conside-

rada com pouca atenção. Em grande parte, além disso, os efeitos distorcidos do processo – sua utilização como meio de coerção, por exemplo – são produzidos durante essa fase, ou ao seu redor, e das decisões que lhe são próprias.

Espero haver destacado suficientemente sua importância: ela é a antecedente imediata do julgamento e, como já repetimos diversas vezes, é aí que o processo penal adquire sua máxima intensidade, sua plenitude. A transição da instrução – com suas características especiais e seus próprios princípios – para o julgamento é talvez a parte mais delicada do processo. O fato circunstancial de que a maioria de nossos códigos processuais não a destacou suficientemente fez com que não lhe prestem a devida atenção. Entretanto, muitas das grandes decisões de política processual que dão caráter ao processo penal passam por essa fase intermediária e pela maneira concreta como se controla o resultado da instrução.

Além disso, o caráter pouco contraditório da instrução é corrigido com este debate preliminar, de modo que as garantias processuais, a possibilidade de defesa, o princípio de inocência etc. não cumpram sua função somente no julgamento, mas estendam seu poder benéfico por todo o processo penal, resguardando o valor intangível da pessoa humana.

XX. O Julgamento Penal Ordinário ou Comum

Já nos referimos – no Capítulo VI – às características básicas do julgamento penal, segundo a Constituição Nacional. Ali destacamos a importância e o sentido dos princípios fundamentais do julgamento (oralidade, mediação, publicidade e concentração), bem como as finalidades sociais que eles cumprem.

O presente capítulo será dedicado à organização do julgamento penal e seu produto final: a sentença. Entretanto, devemos ter em conta certas características gerais.

Em primeiro lugar, devemos destacar sua importância: esta é a etapa plena e principal do processo penal; na realidade, todo o sistema processual penal gira em torno do conceito e da organização do julgamento. Mesmo assim, somente é possível entender completamente um sistema processual se o olharmos da perspectiva ou do ponto de vista do julgamento penal.

Isto, que parece ser uma “verdade de Perogrullo”, na realidade de nossos sistemas não é verídico, inclusive em muitos sistemas de compreensão que desembocam nos científicos. A “força” do sumário ou da investigação preliminar é tão grande que tende a ocupar o centro da cena processual; essa é uma perspectiva profundamente errônea e, por conseguinte, não é a perspectiva constitucional.

O julgamento penal é a etapa principal do processo penal porque é onde se “resolve” ou “define”, de um modo definitivo – embora passível de revisão –, o conflito social que forma a base e é a origem do processo penal. Este caráter definitivo é muito importante para compreender a lógica do julgamento oral. Aqueles que defendem o sistema escrito não costumam compreender este caráter do julgamento penal, precisamente porque os julgamentos escritos não possuem esta característica; ao contrário, são intrinsecamente revisáveis, provisórios, pelos efeitos do recurso da apelação e seu uso indiscriminado.

Como o julgamento oral tem caráter definitivo, que se expressa na instância única que lhe é própria – discutiremos esta questão no capítulo sobre os recursos –, toda a organização do julgamento reflete esta

característica. Concretamente, isso significa que o julgamento oral é muito mais estrito e muito mais preciso nas regras de produção de provas que um sistema escrito; por outro lado, requer maior preparação.

Em conseqüência, a primeira etapa de todo julgamento oral é a *preparação do julgamento*. No julgamento oral devem coincidir, tanto no tempo (simultaneidade) quanto no espaço (contigüidade), uma série de pessoas e de coisas que darão conteúdo e vida a esse julgamento. Por exemplo: é absolutamente imprescindível que todos os sujeitos processuais e o juiz estejam presentes no mesmo momento, pois, pelo princípio de imediação, não podem delegar suas funções. Mesmo assim, a prova que valerá será somente aquela produzida no julgamento e que se incorpore a ele, segundo os diferentes dispositivos previstos para isso. Dessa maneira, juízes, promotores, defensores, testemunhas, peritos, documentos, coisas etc. deverão coincidir temporal e espacialmente em um *ambiente*, que é a *sala de audiências*.

Sempre se destacou a importância e as vantagens dessa coincidência temporal como um modo de se obter, em um sentido aproximado, que seja reproduzido o conflito inicial com alguns de seus "protagonistas iniciais". Entretanto, poucas vezes se destacou – e menos ainda estudou – a importância do espaço na aplicação da justiça penal. Se ela também é um sistema de administração de símbolos sociais, o espaço atua como um desses símbolos. A sala de audiências não é somente um *espaço-cenário*; é também um *espaço-símbolo*.

A preparação do julgamento é, portanto, a primeira fase do julgamento oral, cuja obrigação consiste na preparação de todos os elementos do debate, de excluir todas as circunstâncias que poderiam anulá-lo ou torná-lo inútil; é o momento de integração do tribunal, do oferecimento da prova; enfim, é a fase de organização do julgamento.

A importância ou o conteúdo precisos dessa fase têm uma relação estreita com a fase intermediária do processo penal. Se houver uma fase intermediária claramente demarcada, a preparação do julgamento se converterá em algo como a "sintonia fina" do controle sobre o processo. Por outro lado, se a fase intermediária ou de controle da acusação não estiver suficientemente desenvolvida, a fase de preparação do julgamento irá contribuir para o controle formal ou substancial da acusação.

Os diversos códigos processuais estabelecem formas diferentes de conexão entre a fase intermediária e a preparação do julgamento e, embora existam duas atividades perfeitamente diferenciáveis – de um lado, o controle da investigação e da acusação; de outro, a preparação

do debate –, a fase de preparação geralmente abrange, com diferentes intensidades, estas duas atividades.

A primeira consiste na *integração do tribunal*, isto é, na determinação concreta e antecipada dos juízes que resolverão o caso. De acordo com a organização judicial, esta atividade terá maior ou menor importância, pois, se a organização for de um tipo rígido, os juízes estarão determinados na adjudicação do caso a um tribunal ou a uma câmara. Porém, se a organização judicial segue um modelo mais dinâmico (por exemplo, se um tribunal – em sentido amplo – é formado por todos os juízes com determinada competência territorial, ou se é integrado com juízes leigos – escabinos), a atividade de integração será mais importante, já que somente nesse momento se conhecerá o nome dos juízes encarregados do caso. Conseqüentemente, sempre existe a limitação do princípio de juiz natural que, como já vimos, significa que a pessoa do juiz, ou sua designação para um caso, não pode ser manipulada de um modo arbitrário.

Do ponto de vista dos sujeitos processuais, a integração do tribunal implica a possibilidade de pleitear impedimentos, isto é, incidentes de separação de todos ou de alguns dos juízes do caso, fundamentadas no "temor de parcialidade". Os diversos casos de impedimento (parentesco, amizade, inimizade, interesse etc.) fundam-se no risco de que o juiz não atue imparcialmente no caso.

A segunda atividade de preparação de grande importância é o *oferecimento de prova*. Este consiste na indicação efetiva dos meios de prova que serão utilizados pelas partes para corroborar suas hipóteses. Oferecer prova significa indicar os elementos ou meios de prova que se utilizará no debate. O tribunal analisa esse oferecimento e prepara sua futura produção (ordena citações, perícias, organiza a transferência de elementos materiais etc.). Em determinadas ocasiões, se a prova não for suscetível de ser levada a cabo no debate, o tribunal pode ordenar sua produção antecipada, seguindo as mesmas regras de antecipação de prova da investigação preliminar. Mesmo assim, o tribunal tem um poder de polícia sobre o oferecimento de prova. Se for oferecida prova *inútil* (que não contém informação que sirva para provar as diversas hipóteses), *impertinente* (que contém informação que não se refere às hipóteses de prova), *superabundante* (quando se satura de informações sobre uma mesma hipótese ou tema) ou *ilegal* (quando se pretende incluir informação advinda de uma fonte ilícita ou de um modo proibido), o tribunal tem a faculdade de impedir que essa prova seja produzida. Esse poder de polícia sobre a prova deve ser utilizado com muita

cautela, porque está em jogo a garantia de defesa em juízo e uma de suas conseqüências mais importantes, que é a amplitude da prova.

Geralmente também se outorga ao tribunal a faculdade de programar *prova de ofício*, quando for considerado que não foi oferecido um meio de prova importante para o julgamento.

Uma terceira atividade de organização do julgamento, que normalmente é deixada para esta parte do processo, consiste na possibilidade de *unir, separar ou dividir o julgamento*, segundo as modalidades do caso. A acusação pode versar sobre diversos fatos ou pode conter imputações contra várias pessoas. Também pode se tratar de vários casos relacionados com o mesmo imputado ou outras formas de conexidade (relação existente entre casos). Nessas circunstâncias, também pode ordenar o debate, ampliando-o para casos conexos, ou dividindo-o de acordo com os fatos separáveis.

Também existe outra forma de dividir o debate, conhecida como *cesura do julgamento penal*. A cesura é um dispositivo processual que permite dividir o debate em duas partes: uma dedicada à análise da existência do fato e a apreciação da culpabilidade, e a outra dedicada à determinação ou individualização da pena.

O dispositivo de cesura permite ordenar o debate tendo em conta a importância – cada dia mais reconhecida – da efetiva aplicação da pena. Dessa maneira, na primeira parte do debate será determinado se o acusado cometeu a ação a ele imputada e se é culpado. Finalizada essa etapa, profere-se o que é denominado de *interlocutório de culpabilidade*, isto é, uma sentença fracionada que somente decide sobre a existência do fato e a culpabilidade do acusado. Depois do interlocutório de culpabilidade, continua o debate sobre a pena (é oferecida prova relativa à individualização da pena) e é proferida uma decisão formal sobre as penas, que integram, juntamente com o interlocutório de culpabilidade, a sentença completa. Esta forma de dividir um julgamento penal adapta-se muito mais a um Direito penal que dá maior importância às conseqüências concretas das decisões judiciais. A aplicação de uma pena é a conseqüência mais concreta da decisão judicial penal e muitas vezes tem sido tratada de um modo superficial ou matemático, como se impor oito, quinze ou vinte anos de prisão não fosse um assunto de suma importância (do ponto de vista de quem deve sofrer esses anos de prisão, talvez o mais importante).

Por último, o tribunal tem que marcar efetivamente a data do debate, da realização da audiência principal.

Todas essas são atividades próprias da organização do debate que, com maior ou menor clareza, estarão presentes na fase de preparação do julgamento.

Nesta fase também existe uma última sintonia fina sobre as condições de validade do debate ou sobre sua utilidade. Por exemplo: segundo os códigos, pode existir a possibilidade de pleitear uma exceção (falta de ação, prescrição etc.), ou o tribunal pode comprovar uma causa que impeça a realização do debate, ou o caso pode ser encerrado sem debate (por exemplo, se o acusado de violação casou-se com a ofendida). Essa atividade circunscrita e excepcional está reservada para casos claros, que tornariam inútil ou inválida a realização do debate.

Antes da data da audiência é normal que exista um período de vacância obrigatória, para que todos os sujeitos possam preparar-se para o debate. Isto significa que a audiência não pode ser marcada imediatamente e costuma-se estabelecer um prazo mínimo que varia segundo os códigos. Uma vez fixada a data, os diversos sujeitos processuais e o tribunal já sabem a que se aterem. Sabem exatamente qual o dia, hora e local em que deverão apresentar-se para realizar o julgamento.

Nesse dia começa o debate principal, momento central do processo penal, após o qual se chegará à sentença.

Como já vimos, o debate é um ponto de encontro. Na dinâmica do processo penal, é feito o jogo entre a diferenciação, produto da cessão de diferentes funções a cada um dos sujeitos processuais, e o encontro de todos esses sujeitos no debate ou vista principal. Este jogo – nem sempre respeitado nos sistemas processuais concretos – é o que assegura, em grande parte, que a verdade ou a construção da solução do caso será o produto do diálogo, de um processo dialético.

A primeira atividade própria do debate consiste na constatação da presença de todas as pessoas cuja presença é obrigatória. Não devemos esquecer que existe um princípio básico – já analisado – que é o da *imedição*: este princípio exige a presença pessoal em juízo dos sujeitos processuais e, por conseguinte, do tribunal. Por esta razão, uma vez que o tribunal tenha sido constituído na sala de audiências, caberá ao presidente (ou secretário, segundo o sistema) constatar a presença do imputado, do Ministério Público, dos defensores, do querelante e das partes civis, se for exercida a ação civil no processo penal.

A ausência dos sujeitos processuais ou do tribunal produz efeitos diferentes. Por exemplo, se falta algum dos juizes, se não se acham presentes o Ministério Público, o defensor ou o imputado, o debate não terá valor e será necessário suspender a convocação até que estejam

presentes. Ao contrário, se o querelante ou o autor civil não estão presentes, consideram-se abandonadas suas pretensões. No caso específico do demandado civil, sua presença não é imprescindível, já que aqui regem normas próprias dos procedimentos civis, segundo as quais é possível o julgamento em ausência, o qual – como já vimos – não é possível no julgamento penal.

A presença do imputado é fundamental porque ele tem o direito essencial de defesa. Por esta razão, é comum que os códigos estabeleçam que ele deve participar do debate “pessoalmente livre”, embora, para evitar sua fuga ou assegurar a realização do debate, seja possível proferir alguma medida de coerção ou custódia, sempre, é claro, que essas medidas não restrinjam seu direito de defesa.

Como também já vimos, o encontro entre os sujeitos processuais e o tribunal é *público*, para assegurar o controle popular sobre a maneira de administrar a justiça. Existem, entretanto, algumas exceções à publicidade, com fundamentos em razões de conveniência (por exemplo, se a publicidade puder afetar o decoro de algum dos intervenientes), por motivo de segurança (se a publicidade puder gerar perigo para a integridade física de algum dos intervenientes ou existirem razões de ordem pública) ou por motivos de disciplina (que permitem ao presidente do tribunal restringir o acesso de pessoas que perturbariam o andamento do debate, menores desacompanhados etc.). Entretanto, deve ficar bem claro que as restrições de acesso ou a limitação da publicidade devem ser excepcionais e, a decisão que as estabelece, fundamentada, já que se encontra em jogo um princípio – o controle cívico – de suma importância.

Uma vez reunidas as pessoas indicadas em condições válidas (imedição, publicidade), começa a se desenvolver o debate. Este desenvolvimento tem diversas fases:

- a) abertura e constituição do objeto de debate;
- b) produção da prova;
- c) discussão sobre a prova ou argumentos;
- d) encerramento do debate.

A *abertura* consiste, fundamentalmente, na constatação das condições mínimas de validade e no estabelecimento preciso de seu objetivo. Por este motivo, um dos atos iniciais é a leitura da acusação e do auto de abertura do julgamento. Estes são os instrumentos que “fixam” sobre o que se vai discutir. A fixação não é simplesmente informativa; ao contrário – como já vimos –, cumpre uma função principal, li-

gada ao que se denomina “princípio de congruência”: a sentença somente poderá versar sobre os pontos do fato fixados na acusação e no auto de abertura do julgamento.

Por outro lado, embora a acusação ou o auto de abertura do julgamento sejam, em princípio, limites não-franqueáveis, existe *uma* exceção que se denomina “*ampliação da acusação*”: esta consiste na possibilidade de o promotor incluir um fato novo, que não havia sido considerado na acusação ou no auto de abertura do julgamento. Entretanto, esse poder também está limitado: somente poderão ser incluídos fatos que estejam estritamente ligados com aquele básico e que ampliem o objeto do debate, porém não o modifiquem totalmente. Tais fatos poderiam, por exemplo, integrar um delito continuado, ou influir em um agravante ou um atenuante que até aquele momento não havia sido considerado. Porém, de nenhuma maneira a acusação poderá ser ampliada com a inclusão de fatos que *não tenham um vínculo essencial* com o fato básico fixado na acusação ou no auto de abertura.

Com a leitura da acusação e o auto de abertura do julgamento determina-se com clareza a imputação; todavia, não foi totalmente fixado o “objeto de debate”. Para isso é necessário ouvir o imputado, que é o titular do direito de defesa em sentido primigênio (o que também se denomina “direito de defesa material”, com referência ao direito de defesa “técnico”, exercido pelo advogado defensor). O certo é que não se pode saber com precisão sobre o que se vai debater até que a controvérsia esteja determinada, e esta controvérsia se estabelece entre a acusação e a defesa. A declaração do imputado converte-se, pois, em um dos elementos principais de conformação do objeto de debate e, por esse motivo, deve-se garantir que nos momentos iniciais o imputado tenha ampla possibilidade de depor para defender-se. Isto não quer dizer que este seja o único momento em que o imputado deponha, mas que é um momento imprescindível.

O depoimento do imputado é, portanto, um momento essencial do debate e é este depoimento – e não os anteriores que tenha prestado durante a investigação preliminar – o que terá maior potencialidade. Durante todo o desenrolar do debate, o imputado poderá ampliar seu depoimento ou prestar os esclarecimentos que considerar oportunos. Também é conveniente que o defensor técnico faça a exposição básica de sua defesa, para que fiquem claros o objeto e os limites da controvérsia. Desse modo, desde a leitura da acusação até o depoimento do imputado, fica estabelecido o objeto de debate. Como se pode notar, o julgamento oral responde por uma lógica muito simples e foi isto que o

converteu no modelo dominante de justiça penal. Em qualquer conflito, de qualquer natureza, procederíamos da mesma maneira: ouvir os termos do conflito para saber qual é o objeto da controvérsia.

Depois de fixado o objeto de discussão, começa a produção da prova. Esta segunda fase tratará de incorporar a informação que servirá para comprovar cada uma das hipóteses. Os diferentes sujeitos processuais propõem ao tribunal diversas hipóteses, algumas incriminatórias, outras absolutórias, algumas referentes à responsabilidade civil etc. Estas hipóteses deverão ser confirmadas ou rejeitadas pelo tribunal, que para isso necessita de informação. A confirmação de cada uma das hipóteses processuais está em relação direta com a intensidade da informação vinculada com essa proposição hipotética.

A informação ingressa no julgamento por diversos canais, que são os meios de prova: testemunhas, peritos, documentos, coisas confiscadas etc. A informação pode também dar entrada através de uma observação direta feita pelo tribunal (inspeção do local do fato etc.). Portanto, a informação pode dar entrada por via direta (comprovação imediata) ou através de um canal diferente daquele do tribunal.

As formas mais comuns para dar entrada são as seguintes: através de *testemunhas* (pessoas que obtiveram sua informação mediante sua observação direta), de *peritos* (pessoas especialmente qualificadas com relação a um conhecimento em particular, que explicam um fenômeno que não é acessível ao tribunal de acordo com sua capacidade comum de análise), de *documentos* (qualquer tipo de suporte material – papel, gravação eletrônica, vídeo etc. – que contenha informação) ou *coisas* (elementos materiais que tenham tido alguma vinculação com os fatos que se pretende comprovar). Em princípio é admissível qualquer outro canal de informação que não seja ilícito, que seja suscetível de controle por parte dos sujeitos processuais e não afete a dignidade das pessoas.

No debate principal organiza-se a *produção da prova*. Produzir a prova significa que os diferentes canais mostram sua informação específica, na presença de todos os participantes do debate. A organização da produção da prova guia-se por princípios de ordem e eficiência. Todos os sujeitos processuais e o próprio tribunal têm amplos poderes para extrair qualquer informação que acreditam ser necessária para comprovar as diversas hipóteses. Essa extração de informação é realizada por métodos específicos: por exemplo, através de interrogatórios, de laudos dos peritos, exibição e análise dos documentos etc. Ainda assim, se for necessário, serão realizadas comprovações imediatas

através da constituição do tribunal no local do fato para inspecioná-lo, confiscar a correspondência etc.

Dessa maneira, através da produção da prova, é incluída toda informação disponível. Um princípio básico, vinculado aos princípios de imediação e à idéia do julgamento prévio, é que a informação utilizada para atingir a condenação final somente poderá ter sido validamente incluída no debate principal. “Prova” significa a *prova incorporada ao julgamento*. Muitos sistemas escritos – incluindo alguns que incorporam o julgamento oral – desconhecem essa idéia básica e, portanto, a informação principal continua sendo aquela incorporada durante a instrução (o sumário). Este dispositivo, que já analisamos, causa uma grave distorção do julgamento penal.

Com todas as informações disponíveis, começa a terceira fase do debate, que são as *alegações finais* ou *discussão final*. Esta é a fase mais estritamente ligada à idéia de debate ou discussão. Aqui, os sujeitos processuais deverão apresentar ao tribunal a solução proposta por cada um para o caso, mediante análise da prova que tenha sido produzida (a informação disponível) e das normas aplicáveis ao caso, da maneira como cada um deles entende que ficou comprovado. Esta é uma fase de discussão e, portanto, deve ser permitido que os diversos sujeitos processuais discutam (entretanto, dentro de um quadro de ordem e disciplina).

Finalmente, será concedida a palavra ao imputado para que realize sua última defesa e, eventualmente, pode ser concedida a palavra à vítima, de modo a finalizar o debate com o ponto de vista daqueles que são os verdadeiros protagonistas do conflito que se está tentando solucionar. Assim encerra-se o debate; e o tribunal, imediatamente, sem que haja um prazo – que violaria o conceito de observação direta e imediata da prova e da discussão – entra em um recinto para deliberar.

Começa, então, a terceira parte principal do julgamento penal, que é a *produção da sentença*.

O período de produção da sentença começa com a *deliberação*, da qual também já falamos. A deliberação é a discussão e a análise de todos os elementos que permitirão construir a solução do caso. A deliberação deve ser – insisto – um procedimento de discussão e análise, e por essa razão os códigos processuais costumam dar aos juízes indicações sobre os passos necessários para aprofundar essa análise. Não obstante, o importante é que a deliberação seja exaustiva e profunda, orientada em dois sentidos: a formulação da norma aplicável ao caso e a análise da informação reunida com relação às diferentes hipóteses

em questão. O primeiro nível é o da *análise jurídica* e o segundo é o da *valoração da prova*.

A solução de um caso nunca termina com a aplicação automática da lei. Ao contrário, a partir do conjunto do sistema normativo os juízes devem encontrar a norma específica que irá solucionar o caso, também específico. Essa norma específica surge da conjunção de diversas normas que interagem e se modificam mutuamente. O sistema jurídico é dinâmico, com a capacidade de convergir, por meio da atividade judicial, em uma solução individual.

A outra atividade principal consiste na valoração da prova, isto é, na atividade intelectual capaz de combinar a informação com as diversas hipóteses. Esta atividade foi realizada, através da história, de diferentes maneiras. Pode-se dizer que existiram sistemas que deixavam essa combinação a cargo do juiz, e outros que, ao contrário, estabeleciam nexos obrigatórios entre a prova e a conclusão a que se deve chegar. Estes sistemas transmitem, no fundo, uma maior ou menor confiança no juiz, embora os poucos sistemas que ainda conservam um sistema "taxado" ou de "conexão fixa" sejam caracterizados por uma rigidez e um formalismo que não servem para controlar o juiz, nem para uma adequada valoração da prova.

Os primeiros denominam-se *sistemas de livre valoração da prova*; os segundos, *sistemas de prova legal* ou *taxada*. Aqueles estão ligados indissolavelmente ao julgamento oral; estes, aos sistemas inquisitivos ou escritos. Em um sistema de prova legal, são utilizadas fórmulas tais como "duas testemunhas fazem plena prova" e outros semelhantes, de modo que é estabelecida uma tabela *ex ante* do valor da prova.

O sistema de livre valoração da prova deixa liberada para o raciocínio do juiz a elaboração das conexões entre as hipóteses e a informação. Existem duas maneiras de estabelecer um sistema de livre valoração da prova: os chamados sistemas de *íntima convicção* (em alguns casos também chamados "de livre convicção"), nos quais *não é pedido* ao juiz que demonstre o modo ou o caminho através do qual constituiu sua convicção e o explique – porque estes sistemas de íntima convicção não requerem a fundamentação da sentença – e o sistema de *crítica saudável racional* ou *crítica racional*, onde se pede ao juiz que justifique sua decisão.

A diferença entre um e outro não reside no fato de um ser racional e o outro emocional, mas, simplesmente, que no primeiro não é exigida a fundamentação e, no segundo, é necessária a exteriorização das razões do juiz; por isso, muitas vezes é firmado que o sistema de crí-

ca saudável racional é um sistema intermediário entre a prova legal e a íntima convicção. O primeiro sugere a idéia de controle (manifestada na exigência de fundamentação); o segundo, a idéia de liberdade, manifestada na ausência de regras de fixação da prova, sendo submetido somente aos princípios lógicos de um raciocínio comum.

Sem dúvida nenhuma, o sistema de crítica racional ou de crítica saudável é o que oferece maiores garantias e se adapta melhor aos postulados de uma justiça democrática.

A deliberação, então, é o conjunto de operações intelectuais ou espirituais do tribunal, mediante as quais é construída a solução jurídica do caso e se elege uma das hipóteses prováveis de fato, por intermédio da valoração da prova. O terceiro passo consiste na *subsunção dos fatos ao Direito*, processo dialético que é o produto genuíno e essencial do processo penal: a sentença.

A sentença é o ato que materializa a decisão do tribunal. Como tal, é um ato formal, já que sua missão é estabelecer a "solução" que a ordem jurídica, através da instituição judicial, encontrou para o caso que motivou o processo. A sentença penal ou é uma sentença de condenação ou é uma sentença de absolvição, já que nessa etapa do processo não existe outra possibilidade e o caso, obrigatoriamente, deverá chegar a uma dessas duas opções.

A sentença de condenação significa o reconhecimento da existência de todos os pressupostos que habilitam a imposição de uma pena e sua determinação. A absolvição, ao contrário, significa que o fato não ficou comprovado, comprovou-se que não existiu, que não era ilícito, foi comprovada a existência de pressupostos que inibem a aplicação da pena (justificante, causas de inculpabilidade etc.) ou, por último, não se comprovou a participação do acusado nos fatos imputados. O momento da sentença é, portanto, um momento alternativo, já que se absolve ou se condena. Por essa razão, é aqui onde tem maior possibilidade o princípio de favorecimento para o réu (*in dubio pro reo*).

Este princípio, dentro do momento alternativo, mostra-nos uma orientação clara da política criminal, relativa ao modo de solucionar o conflito provocado pela dúvida, especialmente a de valoração da prova. Na realidade, este princípio também pode ser formulado ao se declarar que, para ser proferida uma condenação, é necessária a certeza ou uma segurança apoiada na certeza e que, se não existe essa convicção, necessariamente se deve optar por uma absolvição.

A sentença é um produto formal, não só pela importância que ela tem a respeito da solução do caso, mas porque constitui o objeto principal dos recursos e o resultado para o qual tende todo o processo.

Por essa razão, costuma-se estabelecer requisitos formais ligados à correta identificação do tribunal, do imputado e dos demais sujeitos processuais; a correta e precisa descrição do fato que foi julgado (lembre-se do princípio de congruência); a explicação das razões que levaram o tribunal a estruturar o fato justificável em um determinado sentido; as razões jurídicas que o levaram a formular a norma jurídica aplicável ao caso (fundamentação ou motivação); finalmente, a decisão efetiva (veredicto), isto é, o núcleo da decisão (condenação ou absolvição), com todas as suas conseqüências legais – pena, reparações civis, responsabilidade por gastos (custas), cômputo da pena etc.

Esta sentença deve ser lida perante os sujeitos processuais e o público, ficando, assim, notificada (notificação através de sua leitura). É de vital importância que entre o desenrolar do debate, a deliberação e a sentença seja respeitado o princípio da continuidade, de modo que todas etapas estejam relacionadas pela imediação. Seria contrário aos princípios que formam o julgamento oral o fato de os juízes acompanharem o debate e somente depois de vários dias (que poderiam ter diversos tipos de interferências) proferirem a sentença. O correto, pelo princípio de imediação, é que não deve existir solução de continuidade entre o debate e a prolatação da sentença, caso contrário se descaracteriza o próprio julgamento oral.

Algo muito diferente é a exceção que aparece em diversos códigos no sentido de que os *fundamentos* da sentença podem ser escritos vários dias depois; isso não significa de modo algum que o veredicto, a decisão que é o núcleo da sentença, possa ser postergado.

A sentença, juntamente com a ata do debate (breve síntese do ocorrido), integra-se para formar a documentação do debate.

Aqui também deve ficar clara outra conseqüência direta do princípio de imediação. Este princípio exige que o juiz tenha um conhecimento direto dos sujeitos e da prova. O julgamento oral não ganharia nada se fosse totalmente documentado, por mais moderno que seja o registro. A passagem de um julgamento escrito (ou por registros) para um oral não é um problema de técnicas ou de meios tecnológicos: trata-se, antes, de um modo cultural de se aplicar a justiça, que se deve preservar na integridade de seus princípios básicos: a oralidade como instrumento a serviço da imediação e da publicidade, a continuidade do

debate e sua contigüidade com a sentença, a concentração e um sistema livre, porém controlado, de valoração da prova.

A vigência desses princípios é o que faz, pelo menos em nosso horizonte cultural, ser o julgamento oral a forma mais idônea de aplicar a justiça.

XXI. Julgamentos Especiais

Normalmente, os códigos processuais estruturam um modelo de procedimento comum ou ordinário aplicável à grande maioria dos casos. Intenta-se, assim, uma normatização do trabalho sob padrões comuns que permitam disciplinar o trabalho de cada um e de todos os intervenientes no processo penal.

Entretanto, este desejo de normatizar nem sempre pode ser satisfeito, porque existem situações que exigem uma resposta particular do processo penal.

Essas situações particulares surgem da realidade caracterizada, precisamente, pela multiplicidade de situações específicas. O que faz o processo penal responder de maneira diferenciada a cada uma delas é a existência de decisões político-criminais que transformam ou condicionam a persecução penal ou todo o processo.

Em alguns casos, a decisão básica é a de simplificar a resposta do Estado, seja porque a sociedade exija uma resposta muito mais rápida, ou porque a transcendência da infração não justifica a utilização de maiores recursos. Outras vezes, a decisão básica refere-se à própria participação do Estado na persecução penal, como ocorre nos delitos de ação privada. Existem outros casos em que o importante é dotar de maiores garantias o processo penal.

Podemos distinguir dois tipos diferentes de resposta processual especial:

- a) *procedimentos especiais*, quando existe uma estruturação especial que influi em todo o procedimento;
- b) *julgamentos especiais*, quando o que adquire características especiais é somente a estrutura do julgamento.

São três as razões fundamentais que nos permitem classificar esses processos:

- a) a idéia de simplificação;
- b) a menor intervenção do Estado;
- c) o aumento das garantias.

1. Julgamentos e procedimentos especiais vinculados à idéia de simplificação do processo

O processo penal pressupõe uma conjugação de recursos humanos e materiais. Isto tem um custo que predominantemente é absorvido pelo Estado, como um serviço público. Ocorre, muitas vezes, que o delito de que deve ocupar-se o processo é um delito de menor importância, medido em termos objetivos – tais como o total da pena máxima ou do prejuízo econômico causado, e não pelo grau de culpabilidade.

Em circunstâncias desse tipo, o Estado toma a decisão de não destinar ao caso os mesmos recursos que seriam dedicados a um delito de maior importância. Deste modo procura-se simplificar o procedimento em sua totalidade, para que o custo do serviço judicial seja menor.

Por outro lado, a satisfação dada às vítimas (e a resposta do Estado é também uma satisfação às suas reivindicações) deve ser mais rápida e simples, já que ninguém compreenderia como uma solução justa para um pequeno delito um julgamento longo e complicado.

Para situações como estas, os códigos processuais costumam prever processos e julgamentos especiais que, geralmente, são chamados de correccionais. O procedimento ou julgamento correccional é, então, um modo de resposta simplificado perante delitos de menor importância.

Algumas das principais simplificações desta resposta particular são as seguintes:

1. *A simplificação dos processos de investigação.* Alguns códigos, inclusive, chegam a modificar totalmente o sistema de investigação nesses casos. Por exemplo, mantém-se a instrução jurisdicional para os casos de delitos maiores e se entrega a investigação preparatória aos promotores (citação direta) nos casos de delitos correccionais. Outros códigos, embora mantendo o sistema de instrução jurisdicional em todos os casos, executam uma forma simplificada do sumário (inclusive com prazos curtos) para os casos correccionais.

2. *A redução dos prazos.* Outra das características comuns a este tipo de resposta particular consiste na redução de muitos dos prazos (para apresentação de provas, para contestar vistas ou transcrições etc.).

3. *O tribunal unipessoal.* Os sistemas que julgam através de tribunais colegiados costumam deixar que os casos correccionais sejam julgados por tribunais integrados por um só juiz.

4. *Limitações aos recursos.* Muitas vezes são estabelecidas limitações para recorrer dos veredictos. Por exemplo, é permitido o recurso de apelação, porém não o de cassação e, em alguns casos, existem limitações ao recurso de apelação.

5. *Simplificação dos trâmites.* Geralmente, pode-se dizer que existe uma simplificação dos trâmites: menos requisitos formais para a composição das atas; no contexto dos processos escritos, uma atuação mais próxima da oralidade etc.

Outros casos de simplificação do procedimento são os vinculados aos denominados *julgamentos de faltas*.

Já vimos em outra parte deste curso que as faltas ou contravenções fazem parte do poder penal do Estado. Elas procuram captar aquelas condutas que afetem bens jurídicos, porém, ou tais bens não merecem uma proteção tão efetiva (como, por exemplo, a tranqüilidade dos vizinhos), ou afetar esses bens jurídicos não têm maior intensidade.

Regularmente, os códigos processuais estabelecem um procedimento e um julgamento especial para esses casos. Em primeiro lugar, não se pode dizer que exista uma verdadeira instrução preliminar ou, pelo menos, não existe do mesmo modo que a conhecemos para o caso de delitos. Essa atividade prévia costuma ser substituída por uma "ata de constatação" ou outras formas de documentação direta, mediante a qual um funcionário – geralmente policial – dá ciência de ter observado a infração. É, na realidade, um testemunho privilegiado e formalizado.

A ata, geralmente, deve conter uma descrição da infração constatada, o nome do infrator ou imputado, seu endereço etc. e o nome do funcionário que realizou a constatação. Dessa maneira, a ata serve de base para o julgamento, cumprindo, inclusive, a função de acusação. Por essa razão, costuma-se estabelecer, também, que deve ser entregue uma cópia da ata ao infrator, para que tome conhecimento da imputação que lhe está sendo feita.

A realização do julgamento – oral nos sistemas mais modernos, ou com tendências à oralidade nos velhos sistemas inquisitivos – guia-se por normas simplificadas: a audiência é menos formal, pode-se prescindir da existência de um defensor técnico, não é necessária a presença

do funcionário que constatou a infração e, fundamentalmente, os requisitos para o proferimento da sentença são simplificados, já que, praticamente, essa pode se limitar ao veredicto ou incluir apenas uma fundamentação sucinta. Este tipo abreviado de sentença, proferida de maneira imediata à realização do julgamento e sem maiores formalidades, é chamada de *decreto penal*; os julgamentos simplificados denominam-se *julgamentos por decreto penal*.

Também é comum que se entregue a realização do julgamento de faltas a juízes especiais, formando tribunais unipessoais, ou então a juízes de paz. Uma forma *inadmissível* de realizar esse tipo de julgamento é ser ele realizado por funcionários policiais. Repetimos: as faltas ou contravenções são exercício do poder penal do Estado e, portanto, seu julgamento deve ser regido pelas mesmas condições e garantias pensadas para os casos de delito. *De nenhum modo, neste ou em qualquer outro caso, simplificação do processo pode significar depreciação das garantias judiciais.*

Uma terceira forma de abreviar o processo ocorre nos casos em que a admissão dos fatos pelo imputado torna desnecessária a realização do debate. Entretanto, isto requer explicações. Não se trata de que, se o imputado tiver “confessado”, possamos prescindir do julgamento ou que os juízes possam proferir sua sentença somente com base nessa confissão. A realização do julgamento não é só um método para adquirir uma certeza, mas o modo democrático e republicano de aplicar justiça; e, mesmo no caso da confissão mais clara e precisa, esse imputado *continua tendo o direito a um julgamento prévio*, realizado com todas as garantias judiciais; e a sociedade, por seu turno, necessita e exige que a justiça continue sendo feita através de juízes independentes e julgamentos públicos.

Existem, entretanto, casos em que o próprio imputado manifesta seu consentimento expresso, nunca presumido, e sua conveniência de evitar o julgamento.

As razões desse consentimento e sua conveniência podem ser muitas. Pode acontecer que o imputado deseje evitar o trâmite do processo e a realização do julgamento, com o conseqüente desgaste que isso acarreta. Ou, nos sistemas processuais que incorporaram métodos de disponibilidade da ação ou critérios de oportunidade (casos legais em que pode haver renúncia total ou parcial da persecução penal), o imputado pode obter vantagens claras, que diminuam sua pena.

Explicaremos este ponto com um exemplo. Os sistemas processuais modernos tendem a abandonar uma versão estrita do princípio

de legalidade processual, segundo o qual todas e cada uma das infrações penais cometidas na sociedade devem ser perseguidas e punidas. A vigência irrestrita deste princípio causou não somente a sobrecarga dos tribunais penais, além de produzir um efeito de impunidade seletiva, que funciona de fato e geralmente em detrimento dos setores mais humildes da sociedade, já que os tribunais se ocupam somente dos furtos e roubos ou de algum homicídio.

Para resolver este problema, foram criados *critérios de oportunidade*, isto é, casos legais em que o Estado pode prescindir da persecução penal. Esses casos normalmente se baseiam em critérios quantitativos (insignificância do fato, escassa culpabilidade), qualitativos (determinados tipos de delito ou condições especiais do caso), de economia (multiplicidade de fatos impossíveis de investigar ou cuja investigação não produzirá a pena provável) ou de interesse maior (colaboracionismo). Pode-se tomar a decisão de não perseguir os pequenos furtos em um supermercado (insignificância) ou os furtos cometidos por pessoas que, sem estar em um estado de justificada necessidade, encontram-se em uma situação de pobreza angustiante (escassa culpabilidade) ou os delitos cometidos durante alguma manifestação pública na qual, por exemplo, tenha havido algum tipo de provocação policial (critério qualitativo), ou pode-se prescindir de alguns tipos de fraude quando se tratar de “fraude de massa”, quando devem ser investigadas centenas de vendas fraudulentas realizadas por uma mesma pessoa e as regras de acumulação de penas têm um limite que já foi atingido com uns quantos casos (critério de economia); por último, por exemplo, algum caso onde é preferível prescindir a persecução penal de algum pequeno vendedor de drogas para utilizar seu testemunho para incriminar o grande traficante de entorpecentes.

Os sistemas de investigação modernos tendem a basear-se cada vez mais nesses critérios de persecução seletiva como resposta à sobrecarga de trabalho da justiça penal, manifestada durante muitos anos e que é uma das causas mais diretas da impunidade.

A resposta processual a esta necessidade costuma ser o estabelecimento de mecanismos simplificados para chegar à sentença (processos monitorios ou abreviados). O conceito básico consiste em que, se o imputado admitiu os fatos e, além disso, manifestou seu consentimento para a realização desse tipo de procedimento, possa prescindir-se de toda a formalidade do debate e proferir a sentença de um modo simplificado.

Esses dispositivos são muito úteis, porém devem ser legislados e observados com cuidado, para que não se convertam em uma forma de

acabar com esse conjunto de garantias que significa o julgamento oral e público. Por esse motivo, sempre é conveniente estabelecer salvaguardas claras para preservar um consentimento livre e seguro por parte do imputado, inclusive prevendo que este conte com suficientes assessoramento e informação para tomar sua decisão. Por outro lado, os tribunais não devem aplicar esses dispositivos de um modo automático, mas devem sempre controlar que sua prática seja cumprida, que as garantias sejam respeitadas e, inclusive, quando existe alguma dúvida, deve-se preferir a realização do julgamento oral, mesmo se não for a vontade manifestada pelo imputado.

A aplicação da justiça através de métodos democráticos e republicanos não somente se fundamenta em razões de interesse individual, mas é a maneira pela qual a sociedade admitiu que seja exercido o poder penal, o qual, como não nos cansaremos de repetir através deste trabalho, é sempre um poder de alta intensidade.

2. Julgamentos e procedimentos fundamentados na mínima intervenção do Estado

A relação do Estado referente ao conjunto de conflitos de caráter penal não é uniforme porque eles não têm o mesmo valor ou intensidade.

Alguns conflitos penais – isto é, aqueles sociais que são compreendidos pelo Direito penal – somente afetam interesses pessoais que precisam ser protegidos pelo Estado, mas que passam de ônus a bens jurídicos estritamente pessoais. Por exemplo, ao Estado interessa proteger a dignidade das pessoas, mas que disso não se deduza que os delitos contra a honra afetem outro interesse que não seja rigorosamente pessoal.

Os delitos que possuem esta característica geram efeitos processuais particulares. Normalmente, são conhecidos como “delitos de ação privada”, porque a intervenção do Estado através do processo penal está limitada.

Nos delitos de ação privada – por exemplo, os delitos contra a honra –, o Estado não costuma tomar sob sua responsabilidade promover a ação, porque deixa essa atividade nas mãos da vítima. A ela caberá preparar sua ação e apresentar a acusação. Neste sentido, o processo nos delitos de ação privada assemelha-se muito mais a um processo civil – embora não se possa dizer que seja semelhante –, onde o princípio disposto tem uma intensidade maior.

A vítima deverá reunir as provas, realizar por sua conta a investigação preliminar e, sobre essa base, apresentar sua *acusação*. Entretanto, é comum que os códigos estabeleçam alguns casos de *auxílio à vítima*, por esta não ter a possibilidade de reunir alguma prova ou conseguir alguma informação. Por exemplo, não tem condições materiais para obter a identidade do imputado e necessita de auxílio dos juízes. Esses dispositivos costumam ser denominados *atos preparatórios da querela* e sua intensidade e alcance variam segundo os códigos, embora todos sejam baseados no princípio de um auxílio indispensável, sem o qual não é possível apresentar a acusação, frustrando-se de um modo absoluto o direito de querelar concedido à vítima.

Uma vez que a querela tenha sido apresentada (com todos os requisitos formais e substanciais, em especial os referentes à correta identificação do fato e do imputado), inicia-se o que é denominado normalmente de *julgamento para delitos de ação privada* e que comporta, basicamente, certas modificações em relação à estrutura do julgamento comum. Em primeiro lugar, é costume que este tipo de julgamento seja acompanhado de uma primeira etapa, preliminar, de caráter *conciliatório*. O Estado tem o maior interesse em obter um acordo entre as partes e evitar o desgaste de um processo penal.

Normalmente, essa etapa de conciliação gira em torno de uma *audiência de conciliação* na qual o juiz (poderia ser outro funcionário conciliador) tenta obter uma finalização do pleito, fundamentalmente através de dois caminhos. O primeiro consiste em um reconhecimento do fato e a admissão de culpa por parte do ofensor. Na realidade, uma espécie de “confissão de erro”, após a qual fica mais simples proferir a sentença. Nos casos específicos dos delitos contra a honra, essa confissão recebe o nome de “*retratação*” e produz efeitos específicos – como, por exemplo, a publicação da sentença. O segundo caminho possível consiste em alguma forma de transação cujo resultado seja a finalização da ação penal empreendida pelo ofendido.

Cabe esclarecer que no regime dos delitos de ação privada a vítima possui o poder absoluto de renunciar à sua ação e ao seu direito de acionar. Na verdade, uma vez que ela tenha interposto a ação penal, sua renúncia causa necessariamente efeitos substanciais em relação a seu direito de estabelecer essa ação. É o que se conhece como *renúncia* ou *abandono de querela* e seu efeito é o de pleitear novamente essa ação. Como vemos, trata-se de uma ação em que o princípio dispositivo tem uma vigência muito mais ampla.

A etapa conciliatória busca, portanto, chegar a uma solução antecipada do caso por meio de um desses caminhos.

Superada essa etapa de um modo negativo, deve-se realizar o julgamento. O julgamento penal em si mesmo não difere muito do julgamento comum. A principal diferença é que a vítima continua tendo a responsabilidade total da acusação e da apresentação de provas e sua inatividade produz efeitos importantes sobre a própria ação (abandono). Em alguns casos, por exemplo, nas legislações onde ainda é vigente o delito de adultério – que tradicionalmente é de ação privada –, são, normalmente, estabelecidas limitações à publicidade do julgamento, para proteger a intimidade das pessoas.

No que concerne ao proferimento da sentença e ao requerimento dos recursos, não costumam haver maiores diferenças entre este julgamento especial e o julgamento comum.

Como já vimos, existe uma correspondência entre o caráter eminentemente pessoal dos delitos de ação privada e a estrutura do processo. Isso não quer dizer que o Estado ignora a “solução” do conflito, como faz com outros inumeráveis conflitos de caráter pessoal; significa, porém, que sua participação no processo de redefinição institucional desse conflito-base estará limitada por esse mesmo caráter pessoal. A atividade direta da vítima é que deverá dar prosseguimento ao processo e permitirá chegar a uma sentença.

Cabe perguntar se esse tipo de estrutura do processo não continuará evoluindo no futuro – como aconteceu em tempos passados – até uma vigência maior do princípio dispositivo. Existe uma tendência universal de dar maior participação à vítima no processo penal e aumentar o círculo de delitos de ação privada, na convicção de que, muitas vezes, o Estado apropria-se dos direitos e deveres das vítimas e depois não satisfaz seus próprios interesses estatais nem dá satisfação alguma a quem foi diretamente ofendido pelo delito.

Essa tendência existe e deve ser estimulada. Por exemplo, é necessário explorar novos mecanismos processuais ou adaptar esquemas como a arbitragem ou os processos puramente privados. Boa parte das observações modernas da ciência processual avançam nesse sentido. O fundamental é encontrar o ponto de equilíbrio entre as necessidades de paz social e a restauração dos interesses pessoais. Um Estado omissivo também pode gerar situações de injustiça, já que, dessa maneira, as relações básicas de poder existentes na sociedade continuam se manifestando livremente em campos como o da solução de conflitos, com a

possibilidade de reproduzir as grandes desigualdades próprias dessa mesma base social.

Existe outra classe de delitos nos quais, embora continue existindo um grande interesse do Estado – porque se trata de condutas graves –, é reconhecido o interesse preponderante da vítima. Esse tipo de delito está normalmente vinculado às agressões de caráter sexual, que contêm uma grande cota de violência, mas afetam bens jurídicos diretamente vinculados à intimidade das pessoas.

Esses casos, que costumam ser denominados “delitos de instância privada”, necessitam de algumas modificações no procedimento. Por exemplo, a investigação desses delitos, embora fique a cargo dos órgãos públicos de investigação (promotores ou juízes de instrução), está subordinada a uma “autorização da vítima” (ou seus representantes legais, se for menor ou incapaz), sem a qual o Estado não pode realizar nenhuma atividade processual. Se a vítima não “solicita” a ação, não é possível promover a persecução desse delito. Desse modo, é delegada à vítima a determinação para essa investigação. Muitas vezes, as vítimas não querem somar à dor da ofensa o sofrimento ou os danos colaterais da tramitação de um processo, e preferem que o caso fique esquecido. Portanto, prevalece o interesse particular.

Variam as soluções possíveis quanto aos privilégios das vítimas nesses casos, uma vez que elas darão esta autorização. Por exemplo, qual o efeito da renúncia da vítima, já que ela deu sua autorização para a persecução do delito? De maneira geral, a solução costuma ser negativa, pois, uma vez autorizada a persecução, não se reconhece à vítima o direito de deter a investigação. Esta solução é discutível, porque, se existiu no início um interesse preponderante da vítima, não se evidencia o motivo pelo qual esse interesse pessoal não deva continuar existindo posteriormente ao início da investigação. Por outro lado, normalmente a vítima não se encontra em condições de resolver adequadamente o conflito de interesses (por exemplo, entre seu óbvio interesse na persecução penal e em não aumentar seu sofrimento pessoal) enquanto não for iniciado o processo penal e puder calcular os efeitos desse processo. O certo, portanto, é reconhecer efeitos fundamentais na renúncia da vítima nos delitos de instância privada sempre que ela manifeste essa renúncia dentro de um prazo razoável. Não poderia, assim, renunciar depois de iniciado o julgamento, pois submeteria todo o andamento do processo a uma dúvida inadmissível.

Existem outros delitos que provocam um funcionamento análogo do processo penal, embora nesses não esteja em jogo um conflito de

interesses pessoais, mas um de caráter público. Trata-se dos delitos que afetam alguma área do funcionamento do Estado que poderia ser atingida pelo desenrolar do processo. São normalmente denominados *delitos sujeitos à autorização do Estado*, e seguem o mesmo princípio de subordinar a persecução penal pública, neste caso à autorização do responsável pela área específica do Estado.

3. Julgamentos e procedimentos fundamentados no aumento das garantias

Em alguns casos, o Estado tem interesse em dar maiores garantias ao processo penal, seja porque a pessoa se encontre em uma situação potencial de maior indefinição, ou porque os efeitos do processo penal podem ser, por si só, mais danosos.

Um caso-padrão deste tipo de processo é o que se costuma denominar de *"processo penal de menores"*. Geralmente, não existe uma concordância entre a maioria civil (18,21 etc.) e a idade-limite a partir da qual os menores podem ser responsabilizados por delitos (14, 16, 18 etc.). Os Estados modificam sua política criminal neste campo de acordo com políticas sociais mais abrangentes ou critérios de proteção da minoridade.

É comum que menores de idade civil sejam envolvidos como imputados no processo penal. Encontramos aqui uma situação que reúne as duas características assinaladas no início – maior indefinição potencial e maior capacidade danosa do processo penal. A resposta a esta situação é o aperfeiçoamento de um processo penal específico para menores, com maiores garantias.

Este é o problema específico, em minha opinião, do que às vezes é chamado de Direito processual penal juvenil. Muitas vezes – e isto é evidente na prática de nossos países – pretende-se ajudar o menor criando um processo penal (e um Direito penal) paternalista, tutelar, orientado para a formação e o cuidado do menor, no qual o juiz deve ser, antes de tudo, o bom pai que esse menor seguramente não teve. Essa posição, benéfica em sua formulação, não tem produzido todos os efeitos desejados – muitas vezes se depara com a complexidade do problema ou com a falta de recursos – e produz, como efeito negativo, a negligência às garantias processuais dos menores.

Por isso, considero importante ressaltar uma idéia simples, óbvia inclusive, que tem sido abandonada, porém, na prática do processo

penal de menores: *todas as garantias e direitos pensados para os adultos* (princípio de inocência, julgamento prévio, defesa em juízo etc.) *devem ter vigência absoluta e mais rigorosa no processo penal de menores*. Toda a estruturação especial do processo deve gerar uma proteção maior sobre essas garantias formais e nunca corrompê-las ou abandoná-las. O mesmo ocorre com as grandes garantias do Direito penal, tais como o princípio de legalidade, culpabilidade e tudo que costumamos englobar dentro de um Direito penal “de ato” e não “de autor”.

Então, a primeira característica de um processo penal de menores deve ser *uma vigilância mais rigorosa da vigência das garantias judiciais*. Isto se manifesta, primeiramente, em um controle mais rígido do juiz e do promotor.

Em segundo lugar, devem ser aumentadas as possibilidades reais de defesa do menor. Para isso, é preciso permitir que os pais ou tutores participem do processo, exercendo um tipo de defesa material de seu filho ou tutelado.

Em terceiro lugar, estabelecer uma limitação maior sobre as medidas de coerção no processo penal (praticamente são abolidas, embora, de fato, não ocorra assim). Muitas vezes, entretanto, através de supostas “medidas tutelares” – sempre na crença desastrosa de que a mudança de nome significa mudança de natureza – passam medidas de coerção piores que as aplicadas aos maiores, e sem nenhum controle. Por exemplo, os códigos estabelecem que não se pode prender provisoriamente o menor, mas depois são promulgadas medidas tutelares que, na prática, significam prendê-lo em um cárcere ou em uma “instituição educacional” pior que uma prisão.

Por último, também existem salvaguardas especiais durante o desenrolar do processo, como limitações à publicidade, maior empenho na prova relacionada com a personalidade do menor e, em alguns casos, estabelecendo uma *cesura obrigatória do debate*, proferindo em primeiro lugar o interlocutório de culpabilidade e postergando o proferimento da sentença, após um período de observação da personalidade do menor. Também é comum aumentarem-se as possibilidades de perdão judicial.

Em uma situação diferente, porém análoga, encontram-se os inimputáveis. Estes se encontram em uma situação de maior indefinição; entretanto, o processo penal tem atuado tradicionalmente ao contrário: em vez de aumentar as garantias, responde ao problema de um modo automático e formal.

É comum ocorrer que a declaração de inimizabilidade não esteja cercada por suficientes garantias. Não podemos esquecer que para poder declarar uma pessoa inimizável – com os efeitos que isso produz – devemos antes comprovar que cometeu um ato típico e antijurídico. Assim, a inimizabilidade é a *declaração de irresponsabilidade com relação a um delito penal suficientemente comprovado*. Por outro lado, na prática de nossos sistemas, costuma-se realizar uma simples comprovação de alguma deficiência psíquica, sem abordar os pressupostos essenciais (ilicitude) ou a existência de periculosidade, que permitiria aplicar uma medida de segurança. Tampouco devemos esquecer que, por mais que mudemos o nome, a medida de segurança é uma enorme restrição à liberdade das pessoas e que se assemelha muito – se não for igual – a uma pena.

O correto é que o processo penal aumente as garantias, caso se encontre envolvido um suposto inimizável. Trata-se, pois, de formular um juízo especial que aumente as garantias, e não as diminua com o pretexto – uma vez mais – de um suposto paternalismo. Por exemplo, também podem ser estabelecidas restrições à publicidade, exigir um estudo profundo da personalidade e um debate acerca disso, assim como da periculosidade, a participação obrigatória do curador ou tutor do incapaz, de seus familiares e uma comprovação dos pressupostos anteriores à inimizabilidade, que fundamentam a ilicitude.

Portanto, vimos como o processo penal é altamente receptivo às decisões de política criminal. Este, precisamente, é um tema de investigação constante: como as decisões de política criminal são transformadas ou influem na vida cotidiana de nossa justiça penal. Em especial, os sistemas escritos ou inquisitivos desenvolveram uma espécie de “esclerose” processual que os impede de se adaptarem às circunstâncias mutantes da sociedade e da política. Não obstante, o processo penal possui uma parte que deve ser rígida porque está vinculada a uma de suas missões básicas: nenhuma decisão de política criminal deve transformar-se em uma maior indefinição das pessoas. Quando isso ocorre, o processo penal abandona sua missão principal e se transforma em um grande método de perseguição.

XXII. Impugnação da Sentença

Já vimos que, através do procedimento comum ou ordinário, ou por meio de procedimentos especiais que respondem a situações particulares e a decisões efetivas de política criminal, o processo penal atinge seu produto central e básico: a sentença. Esta é o ato judicial por excelência, que determina ou constrói os fatos, uma vez que constrói a solução jurídica para esses mesmos fatos, “solucionando”, ou, melhor dizendo, “redefinindo” o conflito social de base, que é reinstalado de um modo novo no seio da sociedade.

A sentença é, portanto, o ato processual que produz os maiores efeitos jurídicos. Por essa razão, deve ser controlada ou revista. Este controle do legítimo produto do juiz é realizado por intermédio de certos dispositivos processuais que podem provocar uma revisão total ou parcial dessa sentença e, por extensão, também de outros atos processuais que produzem efeitos jurídicos eventualmente gravosos para algum dos sujeitos processuais.

Esses dispositivos processuais são os *recursos*; estes são os *meios de impugnação da sentença* e outras resoluções onde, por seu intermédio, é cumprido o exercício de controle.

O conceito de controle também é um princípio central na estruturação do processo e de todo o sistema de justiça penal. Esse conceito de controle é fundamentado em quatro pilares:

1. A sociedade deve fiscalizar a maneira pela qual seus juízes administram a justiça.
2. O sistema de justiça penal deve desenvolver mecanismos de controle para permitir o planejamento institucional.
3. Os sujeitos processuais têm interesse em que a decisão judicial seja fiscalizada.
4. Ao Estado interessa fiscalizar como seus juízes aplicam o Direito.

Esses quatro princípios materializam-se em diversas formas de controle. Por exemplo, o princípio 1. está especialmente ligado ao conceito de publicidade do julgamento. O princípio 2. está relacionado com

o tema do controle da gestão judicial, particularmente com a questão do monitoramento estatístico. Os princípios 3. e 4. estão relacionados mais estreitamente com o conceito dos mecanismos processuais de impugnação das decisões judiciais.

Entretanto, não devemos acreditar que cada um desses princípios se relaciona “exclusivamente” com o tema mencionado. Eles demonstram quatro interesses ou forças básicas que influem sobre diferentes instituições. Assim, o princípio de publicidade também influencia os interesses dos sujeitos processuais e o monitoramento estatístico também tem a ver com o controle social ou popular.

O mesmo acontece com os recursos, porque neles se materializa, principalmente, o empenho de controle dos sujeitos processuais; também influem o interesse social ou público ao uniformizarem a aplicação do Direito.

Por esta razão, poderemos analisar os meios de impugnação a partir de duas perspectivas fundamentais: uma, como um direito de impugnação ligado ao valor de “segurança jurídica” e como um meio de evitar os erros judiciais concretamente; a outra está baseada na necessidade social de que as decisões judiciais sejam corretas (ou cumpram sua função pacificadora) e o Direito seja aplicado de um modo uniforme e equitativo.

O conceito do recurso como um direito aparece na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) que, em seu art. 8º, sobre as Garantias Judiciais, declara: “Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...) h) direito de recorrer do veredicto perante o juiz ou o tribunal superior”; será esta a perspectiva que levaremos em conta principalmente, embora disso não se deve inferir que as outras perspectivas possíveis sejam menos importantes.

Dessa maneira, a “impugnação” da sentença e de outros veredictos importantes vincula-se às garantias judiciais mínimas e um processo penal garantidor deve estabelecer o direito ou o privilégio de recorrer do veredicto.

Porém, o que significa “direito de recorrer do veredicto perante um juiz ou tribunal superior”? Basicamente, deve ser entendido como o estabelecimento de um dispositivo de controle real sobre o veredicto. Não quer dizer que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos tenha optado por algum tipo de recurso em particular ou – como alguns têm sustentado – que a “dupla instância”, entendida como um duplo julgamento integral do caso, tenha-se convertido em um direito huma-

no fundamental. A interpretação correta é a que indica – como foi enunciado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos – que o direito fundamental consiste no privilégio de desencadear um dispositivo real e cuidadoso de controle do veredicto, por meio de um funcionário diferente daquele que o tenha proferido e com poderes para revisar o veredicto anterior, isto é, que sua revisão não seja meramente declaratória, mas que possua efeitos substanciais sobre o veredicto. Este é o sentido, na minha opinião, da exigência de um juiz ou tribunal superior: nem tanto por uma questão de hierarquia do tribunal, mas de poder. É solicitado um tribunal ou juiz com poder real de revisar o veredicto.

A concessão desse privilégio deve ser ampla, tanto em relação às pessoas a quem é dado (*impugnação subjetiva*), como às relações judiciais que podem ser recorridas (*impugnação objetiva*). Podemos dizer, portanto, que, no espírito do Pacto de San José, que concebe as garantias básicas de um processo penal, encontra-se o critério de que todas as resoluções judiciais que produzem alguma injustiça devem poder ser impugnadas por todas as pessoas envolvidas nesse processo penal.

Disto não se deve deduzir que qualquer resolução pode ser recorrida imediatamente, nem que qualquer sujeito do processo possa recorrer de qualquer resolução. A organização do sistema de recursos é algo que depende de cada sistema processual e deve ser analisado com relação à totalidade do processo penal. Houve um tipo de “essencialismo” dos recursos – o recurso de apelação é este; o recurso de cassação é aquele... – que em grande parte obscureceu o tratamento moderno dos recursos, necessariamente *funcional*.

Cada sistema processual organiza seu sistema de recursos e o importante é que o conjunto total dessa organização permita um controle adequado e cuidadoso das sentenças. Isto é importante, sobretudo em relação ao que se denominou de “apelações de instrução”, ou seja, a possibilidade de provocar a qualquer momento e de maneira quase automática o controle de decisões ou incidentes acontecidos durante a Instrução ou Procedimento Preparatório. Um automatismo absoluto dessas apelações – e o abuso de alguns sujeitos processuais – provocou, na prática de nossos sistemas, grandes atrasos e obstáculos em detrimento dos objetivos de celeridade do processo e de progressividade da investigação.

É possível, sem afetar o direito básico de recorrer do veredicto, estabelecer uma organização dos recursos mais racional, ligada às resoluções essenciais do processo.

Por outro lado, o direito a recorrer não é um direito incondicional: tem o limite do agravo. Se o sujeito que deseja recorrer não sofreu nenhuma injustiça, não lhe é reconhecido o direito, porque este não constitui um dispositivo que está, simplesmente, disponível, mas destinado a dar uma satisfação a um interesse real e legítimo. Que interesse pode ter em recorrer de um veredicto quem não foi afetado por ele? Por conseguinte, para satisfazer o pedido de abrangência do pacto de San José, é necessário que os sistemas processuais não sejam muito rigorosos da determinação do agravo. Na realidade, a simples possibilidade de que esse agravo exista é suficiente para permitir que o sujeito potencialmente agravado possa pleitear seu recurso.

O conceito de controle manifesta-se normalmente, nos sistemas de recursos, através de dois grandes dispositivos. O primeiro permite um novo veredicto integral; o segundo é um controle sobre a aplicação do Direito e das condições de legitimidade do veredicto (condições ligadas, geralmente, às garantias judiciais, incluída a de uma sentença proferida).

Historicamente, o primeiro tipo de controle está ligado ao que se denomina "*recurso de apelação*"; o segundo, no "*recurso de cassação*". Porém – insisto –, não é conveniente uma visão essencialista com relação aos recursos. O correto é determinar com precisão qual é o tipo de controle que se deseja estabelecer e, a partir daí, organizar e dar forma ao recurso. O fundamental será que, durante o processo de controle, não seja possível abandonar os grandes princípios processuais, especialmente a imediação. Em grande parte, a questão do tipo de recurso mais aceitável torna-se mais clara se pusermos a imediação sempre como exigência fundamental. Boa parte da discussão sobre qual dos dois tipos de recurso é o mais conveniente esconde, na realidade, uma questão sobre o valor que se queira dar à imediação.

Em sua evolução histórica, por exemplo, o recurso de apelação – o qual permite que outro tribunal profira um novo veredicto integral sobre o caso – estava ligado a sistemas processuais que não respeitavam totalmente o princípio de imediação. Tratavam-se, basicamente, de processos por registros ou escritos, nos quais o tribunal de "segunda instância" limitava-se a lê-los e, com base nesta leitura, proferir um novo veredicto, isto é, realizando uma nova valoração da prova.

O recurso da cassação, por outro lado, estava ligado historicamente a sistemas em que a imediação – sobretudo na valoração da prova – era mais estrita, como acontece nos sistemas de julgamentos orais e, portanto, o segundo tribunal revisor não teria a possibilidade de revisar essa valoração da prova, a não ser examinando-a novamente; neste

caso, deixava de ser um tribunal revisor para tornar-se um novo tribunal de "primeira" instância.

Vimos, portanto, que o recurso de apelação e o recurso de cassação são "funcionalmente" distintos e não podem ser compreendidos senão relacionados à totalidade do processo em que estão incluídos. Nem sempre isto é visto assim e muitas vezes se quis sobrepor ambos os recursos, desconhecendo esta diferença funcional intrínseca; com isso, não se conseguiu mais que retardar o processo e aumentar a lentidão de seu trâmite, com poucos benefícios para o controle dos veredictos.

O desafio, portanto, é estabelecer algum recurso que imponha o máximo de controle possível com o máximo de respeito aos princípios e garantias processuais, especialmente – como foi dito – ao princípio de imediação. O nome que daremos a um recurso desse tipo pouco importa.

Este conflito se manifesta nas tendências a um maior alcance do recurso de cassação ou na tendência de compatibilizar o recurso de apelação com sistemas processuais baseados na imediação. Porém, antes de analisarmos este assunto, necessitamos estudar algo mais acerca desses recursos.

Como dizíamos, o recurso de apelação estava ligado ao Direito romano tardio, no qual se consolidaram as estruturas imperiais e a jurisdição começou a ser concebida como um poder delegado do imperador, que poderia recuperá-lo por meio de uma cadeia de funcionários (esta concepção permanece, todavia, escondida no que se denomina efeito "devolutivo" do recurso de apelação). Deste modo, era fortalecida não tanto a idéia de controle das partes sobre o veredicto, mas a idéia de controle do Estado sobre o trabalho de seus juízes.

Este esquema de controle foi retomado pelo Direito canônico – e, no geral, pelo Direito continental europeu no que foi chamado de "recepção do Direito romano" – e se instalou nos processos inquisitivos nos quais, em sua versão canônica original, o juiz também era um "delegado" do Papa; na versão secular, adotada pelos Estados monárquicos, o juiz era um delegado do rei. Modernamente, esse conceito de um poder delegado foi modificado enquanto se consolidava a separação de poderes e o trabalho judicial tornava-se mais técnico. Seu limite ficou estabelecido de um modo dialético: o juiz revisor teria tanto poder quanto as partes lhe outorgassem, mediante a crítica do veredicto. Aquilo sobre o que não existisse agravo estaria seguro e estabelecido; porém, mais tarde, quando surgiu a tendência para um maior controle, começou-se a abandonar a visão estrita desse conceito, especialmente com relação às garantias judiciais ou os princípios constitucionais.

Com relação às formas, prazos, requisitos de admissibilidade etc., os sistemas processuais variam, embora, na prática dos sistemas processuais, costume-se estabelecer um automatismo do recurso de apelação ou um uso indiscriminado desta via de controle que, somada à possibilidade de recorrer imediatamente de muitas decisões do processo, provoca uma disfunção e uma grande carga de trabalho para os juízes revisores, o que finalmente conspira contra a própria função de controle.

O elemento fundamental para julgar o processo de apelação – pelo menos na versão a que estão acostumados nossos sistemas processuais mais recentes – é a falta de imediação. O juiz revisor perde totalmente o contato com os sujeitos processuais e com a prova: ele analisa os documentos, os registros e, sobre a base desta leitura, profere um novo veredicto. Este é o principal defeito do recurso de apelação e, embora possa ser discutido se isso é resultado de sua própria natureza, o certo é que, principalmente nos sistemas inquisitivos, cumpre essa função. Dessa maneira, a qualidade do veredicto, em vez de melhorar, piora em termos globais, porque é o resultado de um conhecimento mais distante da vida real do caso.

Em relação ao recurso de cassação, não é tão importante determinar sua origem e evolução histórica quanto apontar que, geralmente, esteve ligado a sistemas processuais que respeitavam mais o princípio de imediação. Aqui, o problema é o seguinte: o juiz de primeira instância tem uma visão direta da prova, e sobre esta observação profere um veredicto, o que “estrutura os fatos” e determina ou define o Direito aplicável ao caso. Este veredicto materializa-se em uma sentença que, como já vimos, se corresponder às garantias judiciais básicas, deve estar fundamentada, isto é, deve expressar os argumentos que permitiram ao juiz chegar a esse veredicto.

Como controlar o veredicto sem afetar o princípio de imediação? Este é o problema. Classicamente, o recurso de cassação respondeu confinando-se ao controle da aplicação do Direito, sem ingressar na construção dos fatos. Daí a concepção clássica do recurso de cassação como um recurso técnico limitado às questões do Direito.

Entretanto, a evolução dos conflitos sociais e a própria necessidade política de um maior controle fizeram evoluir o recurso da cassação até formas mais abrangentes, de maior controle. Apesar disso, o recurso da cassação tem um limite que até agora não foi ultrapassado: trata-se de um controle sobre a sentença e sobre seus fundamentos, já que, por imposição do princípio de imediação, não pode ir mais além deste controle.

Isto tem, principalmente, duas consequências: a primeira, que o recurso de cassação normalmente anula a sentença e “reenvia” o caso ao tribunal inferior para que seja proferida uma nova sentença. Só excepcionalmente pode anular (cassar) a sentença de primeira instância e proferir diretamente a sentença correta; por exemplo, quando o erro na aplicação do Direito é muito evidente e não é necessária prova para tomar uma decisão em contrário (por exemplo, se houver uma condenação por um delito que não existe), o juiz revisor pode proferir um novo veredicto.

A segunda consequência é que o recurso de cassação não pode controlar a valoração da prova como processo interno do juiz. O único controle é o que foi exposto pelo juiz com relação a essa sentença. Dessa maneira, o controle limita-se a determinar se o que foi exposto ou fundamentado da valoração da prova seguiu os passos lógicos que normalmente aceitamos como próprios de um pensamento correto.

O recurso de cassação, assim como o de apelação, também possui requisitos formais – de tempo, de admissibilidade – e isto varia de sistema para sistema. Como característica geral, pode-se dizer que o recurso de cassação organiza-se de um modo mais rígido quanto à exposição dos motivos de se recorrer de um veredicto. A exposição dos *motivos do recurso* deve ser mais precisa, inclusive com relação a alguns motivos – que costumam ser chamados de “relativos” (em oposição a “absolutos”) – porque se exige que tenha havido uma reivindicação anterior e oportuna, uma espécie de queixa de que se estava cometendo um erro, para depois poder pleitear o recurso. Logicamente, esse requisito não é exigido quando está em questão um motivo absoluto, ou seja, um motivo que afete garantias judiciais básicas ou os princípios que estruturam o processo, ou quando se tratar de erros na aplicação do Direito essencial.

Definitivamente, não fizemos uma análise exaustiva desses dois recursos, mas apenas mostramos algumas questões básicas do sistema de recursos. Este é um tema em constante evolução, que requer uma grande imaginação para combinar dispositivos processuais efetivos que permitam o máximo controle sem diminuir os princípios e garantias básicas – especialmente, como já expusemos, sem diminuir o princípio de imediação. De outra maneira, sob uma suposta idéia de um controle mais preciso, o que se obtém, na realidade, é uma depreciação do valor e da qualidade dos veredictos penais.

Detemo-nos na contraposição do recurso de apelação com o de cassação porque isso permite alertar sobre os problemas que existem

no tema do controle do veredicto. Existem outros recursos, alguns de menor personalidade jurídica – como o recurso de *reposição* (uma queixa de revisão imediata, pelo mesmo juiz que proferiu o veredicto) ou o recurso *explicativo* (na realidade, uma forma de recurso de revisão, limitado a erros materiais no enunciado da sentença) – e outros de grande transcendência institucional, como o *recurso extraordinário perante a Corte Suprema*, através do qual se realiza o máximo controle institucional dentro de nosso sistema de justiça, porém, na realidade, não difere de um recurso de cassação.

O importante para este curso não é aprender os detalhes da organização dos recursos, mas as questões que estão por trás deles e as decisões de política criminal que estão aí cristalizadas. Ficamos nessa perspectiva – que é a perspectiva básica deste livro elementar – porque permite uma compreensão mais dinâmica e menos formal dos recursos *em função da totalidade do sistema processual*, do qual são uma parte importante.