



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Anderson de Paiva Gabriel

**O CONTRADITÓRIO PARTICIPATIVO NO PROCESSO PENAL: UMA
ANÁLISE DA FASE PRÉ-PROCESSUAL À LUZ DO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL DE 2015 E DA CONSTITUIÇÃO**

RIO DE JANEIRO

2016

Anderson de Paiva Gabriel

**O CONTRADITÓRIO PARTICIPATIVO NO PROCESSO PENAL: UMA
ANÁLISE DA FASE PRÉ-PROCESSUAL À LUZ DO CÓDIGO DE PROCESSO
CIVIL DE 2015 E DA CONSTITUIÇÃO**



Dissertação apresentada ao Centro de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Direito Processual

Orientador: Prof. Titular Luiz Fux

RIO DE JANEIRO

2016

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

G118

Gabriel, Anderson de Paiva.

O contraditório participativo no processo penal: uma análise da fase pré-processual à luz do código de processo civil de 2015 e da constituição / Anderson de Paiva Gabriel. - 2016.
185 f.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Fux.

Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Processo penal - Teses. 2. Brasil. [Código de Processo Civil (2015)]- Teses. 3. Inquérito policial – Teses. I. Fux, Luiz. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 343.1

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Anderson de Paiva Gabriel

O contraditório participativo no processo penal: uma análise da fase pré-processual à luz do Código de Processo Civil de 2015 e da Constituição

Dissertação apresentada ao Centro de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Direito Processual.

Aprovada em 20 de fevereiro de 2017.

Banca examinadora: _____

Prof. Titular Luiz Fux (Orientador)
Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Humberto Dalla Bernardina de Pinho
Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Marcellus Pollastri
Faculdade de Direito – Universidade Federal do Espírito Santo

Rio de Janeiro

2016

DEDICATÓRIA

Para meus pais, com amor.

AGRADECIMENTOS

Conhecida citação, frequentemente atribuída a Fernando Pessoa, aduz que:

"Há um tempo em que é preciso abandonar as roupas usadas, que já têm a forma do nosso corpo, e esquecer os nossos caminhos, que nos levam sempre aos mesmos lugares. É o tempo da travessia: e, se não ousarmos fazê-la, teremos ficado, para sempre, à margem de nós mesmos."¹

A realização deste mestrado também foi uma travessia. Assim, não posso deixar de tecer alguns agradecimentos, ainda que não sejam, nem de longe, suficientes para expressar a minha gratidão.

Primeiramente, a meus pais Antonio José Martins Gabriel e Denise Pereira de Paiva Gabriel, a quem sempre reverenciarei. Todos os meus feitos se devem a eles, antes de mais nada. E a eles também pertencem.

Festejo ainda a amizade, que duplica as alegrias e dividem as tristezas. Assim, saúdo minha amiga Ludmilla Camacho Duarte Vidal, sem a qual essa dissertação não teria vindo ao mundo.

Por último, mas não menos importante, saliento que a maior riqueza que podemos alcançar neste mundo é o conhecimento, razão pela qual agradeço aos professores Luiz Fux, Humberto Dalla Bernardina de Pinho, Marcellus Polastri Lima, Flávio Mirza, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, Patrícia Mothé Glioche Béze e David Tarciso Queiroz e Souza, por terem contribuído tanto para meu desenvolvimento acadêmico.

Homenageio, ainda, o PPGD/UERJ, instituição essencial para formação de tantos juristas, ressaltando que a crise financeira não pode inviabilizar a educação, instrumento essencial para transformação de nosso país.

Meu mais sincero agradecimento a todos que estiveram comigo nesta caminhada.

Rio de Janeiro, dezembro de 2016.

¹ PESSOA, F. *Livro do desassossego* - composto por Bernardo Soares, ajudante de guarda-livros na cidade de Lisboa. Richard Zenith (Org.) 3 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

RESUMO

GABRIEL, Anderson de Paiva. *O contraditório participativo no processo penal: uma análise da fase pré-processual à luz do Código de Processo Civil de 2015 e da Constituição*. 2016. 185f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

O objetivo desta dissertação é realizar uma análise, sob as premissas da moderna ciência processual, do princípio do contraditório participativo no processo penal, analisando sua influência na fase pré-processual à luz da Constituição Federal de 1988 e do Código de Processo Civil de 2015. O referido princípio será estudado como traço distintivo do processo no Estado Democrático de Direito, que graças ao fenômeno da constitucionalização processual, abarca necessariamente o Código de Processo Penal. Destacaremos que o aludido diploma, promulgado em 1940, atravessou várias gerações, estando mutilado pelas sucessivas reformas e destituído de espírito único. O CPC/2015, incorporando a devida constitucionalização do processo em seu bojo, bem como ao estabelecer as normas fundamentais do processo, faz renascer o processo civil, mas também lança luz sobre o processo penal, conferindo-lhe uma sobrevida democrática até que seja editado um novo código. Após perscrutarmos a evolução do princípio do contraditório e sua moderna vertente participativa, proporemos o acolhimento do “contraditório possível” no inquérito policial e nos procedimentos administrativos, bem como examinaremos a influência principiológica do novo Código, abrangendo a duração razoável e a mediação. Nesse sentido, observaremos a influência dos novos dispositivos com lastro na teoria do diálogo das fontes, ressaltando ainda o pleno reconhecimento da aplicação subsidiária do CPC ao processo penal na jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Palavras-chave: Processo penal. Constitucionalização do processo. Código de Processo Civil.

Contraditório participativo. Inquérito policial.

ABSTRACT

GABRIEL, Anderson de Paiva. *O contraditório participativo no processo penal: uma análise da fase pré-processual à luz do Código de Processo Civil de 2015 e da Constituição*. 2016. 185f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

The purpose of this essay is to feature an analysis, pursuant the premises of modern science of proceedings, as per the adversary system in criminal prosecution, tendering its influence on the grounds of preliminary phase from the scope of Federal Constitution as of 1988 and the New Code of Civil Procedures. Such given system shall be reviewed as a distinctive feature of the process through the Democratic State of Law, due to process of constitutionalization per se, its mandatorily encompasses the Code of Criminal Procedure. We may take the opportunity to highlight upon the aforementioned statutory code, once enacted in 1940, its founding generations passing through, not to mention its successive mutilation and constant revamp, devoid of one sole spirit. The New Code of Civil Procedures, taking into the account the due constitutionalization of process into its scope, as well as to set forth the foundation basis of process, it not only tends to revive the civil proceedings, but also it sheds light over the criminal procedure, enticing a democratic survival until a new code is enacted. After examining the evolution of the adversary system and its modern participatory approach, we shall propose the reception of the “possible adversarial” in police investigation and in administrative proceedings, as well as to sort the New Code of Civil Procedures’ principles wise of influence, including the reasonable timeframe and mediation. In this sense, we may notice the influence of new legal basis as based on the theory of the “dialogue des sources”, also highlighting in consideration to the full acknowledgement of subsidiary application of the Code of Civil Procedures to the Criminal Procedures upon the Superior Court opinions.

Key-words: Criminal Procedure. Due constitutionalization of process. New Code of Civil Procedures. Adversary system and its modern participatory approach. Police investigation.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACP	Ação Civil Pública
ADR	<i>Alternative Dispute Resolution</i>
CC	Código Civil de 2002
CDC	Código de Defesa do Consumidor
Cf.	Conforme; confronte; confira
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CNMP	Conselho Nacional do Ministério Público
CPC/1973	Código de Processo Civil de 1973 (Lei 5.869/73)
CPC/2015	Código de Processo Civil de 2015 (Lei 13.105/15)
CPP	Código de Processo Penal de 1941 (DL 3.689/41)
FPPC	Fórum Permanente de Processualistas Cíveis
IP	Inquérito Policial
IRDR	Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas
LEC	<i>Ley de Enjuiciamiento Civil</i>
MARC	Meios Adequados de Resolução de Conflitos
MP	Ministério Público
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO.....	09
1	A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO.....	12
2	O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL DE 1940 COMO UMA QUIMERA.....	17
3	O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015: UM DIPLOMA PROCESSUAL ANTROPÓFAGO.....	21
4	O CONTRADITÓRIO PARTICIPATIVO COMO TRAÇO DISTINTIVO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	29
4.1	A visão clássica do contraditório.....	29
4.2	O contraditório no processo penal.....	31
4.3	O princípio do contraditório na dimensão participativa.....	41
4.4	O princípio do contraditório no CPC/2015.....	44
5	A APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 AO PROCESSO PENAL: A ÁRVORE PROCESSUAL.....	50
5.1	Do diálogo das fontes.....	56
5.2	Do reconhecimento da aplicabilidade das disposições do CPC/2015 ao processo penal pelos tribunais superiores.....	60
6	O CONTRADITÓRIO PARTICIPATIVO NA FASE PRÉ-PROCESSUAL: “CONTRADITÓRIO POSSÍVEL”.....	68
6.1	O “contraditório possível” no procedimento administrativo.....	70
6.2	O contraditório no inquérito policial: “contraditório possível” como garantia do cidadão no Estado democrático de direito.....	79
6.3	O “contraditório possível” na lavratura do auto de prisão em flagrante e as audiências de custódia.....	103
6.4	A duração razoável dos procedimentos investigativos.....	123
6.5	A mediação.....	134
	CONCLUSÃO.....	157
	REFERÊNCIAS.....	164

INTRODUÇÃO

O processo é produto da cultura² de um povo, refletindo, em certo aspecto, o ambiente social, econômico, político e cultural do qual emerge. Assim, torna-se imperioso visualizarmos o processo sob a ótica do Estado e do contexto histórico e social em que se encontra inserido, já que as ideias dominantes sobre o papel do processo influenciam sobremaneira o seu desenvolvimento e a tomada de decisões sobre seus rumos.

Com o advento da Constituição de 1988, denominada Constituição Cidadã, as normas processuais sofreram imediata releitura, num processo de filtragem constitucional. A expansão da força normativa da Constituição, bem como o fortalecimento da nova dogmática de interpretação constitucional, culminou em sensíveis mudanças no panorama processual, ocorrendo a chamada constitucionalização do processo e uma busca por conciliar a concretização das garantias fundamentais como a efetividade da tutela jurisdicional.

Assim, tanto o processo civil quanto o penal sofreram uma progressiva reinterpretação que se espalhou pelos primeiros vinte anos de nossa Carta Magna, como forma de compatibilizá-los ao Estado Democrático de Direito e legitimar sua aplicação. No entanto, o descompasso entre a vetusta legislação e os novos tempos e anseios, agravadas por sucessivas reformas pontuais, desfiguraram os Códigos, tornando-os um emaranhado de normas de diferentes gerações e ideologias.

Como consequência lógica, tanto o Código de Processo Civil/73 quanto o Código de Processo Penal, se tornaram desprovidos de qualquer harmonia, ensejando a criação de novos diplomas. Outra não é a opinião do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, integrante da 3ª Turma do STJ, e que assentou a necessidade de um CPC/2015, destacando:

[...] era necessário alterar o CPC de 1973 por ele ter sofrido várias reformas a partir da década de 90, a ponto de ficar assistemático. E uma das principais características de um código de processo é ele ser sistemático, orgânico, para não atrapalhar a sua correta aplicação.

Nesse cenário, veio a lume o novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/15), claramente norteado por uma concepção constitucional do processo, como não poderia deixar de ser, face a supremacia da CRFB/88. Se o diploma anterior, com todos os defeitos, já era aplicado supletiva e subsidiariamente ao processo penal, quiçá a novel lei.

² TARUFFO, Michele. Cultura e processo. In: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, v. 63, n. 1. Milano: Giuffrè, 2009, p. 63-92.

Há consenso ainda maior quanto a necessidade de um novo Código de Processo Penal. Todavia, o Projeto de Lei (PL) 8045/10³, que dispõe sobre um novo diploma, parece estar com seu trâmite emperrado nas casas legislativas, inexistindo qualquer previsão consistente quanto a sua aprovação, quiçá quanto a sua vigência.

O pretense dualismo entre processo civil e penal deriva da equivocada premissa de que o processo penal necessariamente acarreta consequências mais gravosas que o processo civil, quando é possível que o primeiro termine com a imposição de simples pena de multa e que o seja imposta prisão no segundo (dívida alimentar). Ambos buscam viabilizar a aplicação do direito material correlato, devendo, concomitantemente, reverenciar os princípios constitucionais processuais⁴. São, portanto, ramos de uma mesma árvore⁵.

Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco lecionam:

[...] como é una a jurisdição, expressão do poder estatal igualmente uno, uno também é o direito processual, como sistema de princípios e normas para o exercício da jurisdição. O direito processual como um todo decorre dos grandes princípios e garantias constitucionais pertinentes e a grande bifurcação entre processo civil e processo penal corresponde apenas a exigências pragmáticas relacionadas com o tipo de normas jurídico-substanciais a atuar. Tanto é assim, que nos domínios do direito comparado já se podem invocar exemplos de regulamentação unitária do direito processual civil com o direito processual penal, em um só código (*Codex iuris canonici*, de 1917; Código Processual sueco de 1942, Código do Panamá e Código de Honduras). A própria Constituição Federal, discriminando a competência legislativa da União e dos Estados (concorrente), refere-se ao direito processual, unitariamente considerado, de modo a abranger o direito processual civil e o direito processual penal (arts. 22, inc. I e 24, inc. XI). E, com efeito, os principais conceitos atinentes ao direito processual, como os de jurisdição, ação, defesa e processo, são comuns àqueles ramos distintos, autorizando assim a elaboração científica de uma teoria geral do processo. Pense-se, ainda, nas noções de coisa julgada, recurso, preclusão, competência, bem como nos princípios do contraditório, do juiz natural, do duplo grau de jurisdição – que são correntes, em igual medida, em ambos os campos do direito processual. Aliás, a unidade funcional do processo revela-se inequivocamente na recíproca interferência entre jurisdição civil e jurisdição penal, decorrente, de um lado, da aplicação do princípio da economia processual (repelir a duplicação das atividades para atingir um único objetivo)

³ O andamento do referido projeto de lei pode ser observado em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>, acesso em 19 jan. 2017.

⁴ BASTOS, Marcelo Lessa. *A prova como realização do direito das partes e o papel do juiz numa teoria geral do processo*. In: BASTOS, Marcelo Lessa (Org.). *Tributo a Afrânio Silva Jardim - Estudos e Escritos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v. 1. p. 388-389.

⁵ Ver, por todos, TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione: Problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Giuffrè, 1974.

– e, de outro, da idéia de que há conveniência em evitar decisões judiciais contraditórias sobre a mesma situação de fato.⁶

As normas fundamentais processuais, apesar de formalmente insculpidas no CPC/2015, balizam um modelo constitucional de processo alinhado ao Estado Democrático de Direito, razão pela qual são de imperiosa aplicação ao processo penal, acarretando o diálogo entre as fontes processuais.

Nesse cenário, o contraditório é alçado a uma nova dimensão – a participativa – e se torna um traço distintivo do processo no novo século, impondo – para além do dever de ciência e da possibilidade de manifestação – a necessidade de diálogo, vedação à surpresa e direito de influência, como exigências para um processo “justo” e para prolação de uma decisão legítima.

Embora frequentemente relegado ao esquecimento e desprezada pela doutrina, a fase pré-processual ainda exerce profunda repercussão no resultado da persecução penal, além de severos reflexos sociais, demandando maior atenção.

Com efeito, há uma arraigada discrepância ideológica e principiológica entre o procedimento investigativo e o processo penal, como se o primeiro pudesse permanecer autoritário mesmo sob a égide da Constituição de 1988⁷.

Se a democrática repercussão do CPC/2015 já se faz necessária ao processo penal *stricto sensu*, com mais razão e urgência ainda devemos demonstrar e reconhecer sua influência na fase pré-processual.

Destarte, a presente dissertação objetiva analisar, a partir da perspectiva constitucional do processo, o impacto que o novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/15) trará a fase preliminar do processo penal, focalizando na influência principiológica e nos novos contornos conferidos ao contraditório, de forma a demonstrar a necessidade de se incentivar a resolução consensual dos conflitos, zelar pela duração razoável dos procedimentos e assegurar o “contraditório possível”.

⁶ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 54-55.

⁷ QUEIROZ, DAVID. *A permeabilidade do processo penal*. Florianópolis: Emporio do Direito, 2017, p.14.

1. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO

A constitucionalização do ordenamento jurídico se expandiu pelo mundo com o fim da Segunda Guerra Mundial, alcançando, como visto, o Brasil em 1988, ano de promulgação da chamada *Constituição Cidadã*. Foi através desta que o Estado Democrático Brasileiro restou devidamente alicerçado em nossa pátria.

A Constituição Federal, mais do que qualquer outra, além de regular os temas materialmente constitucionais, como a organização do Estado e dos poderes, a forma e regime de governo, assegurou um amplo rol de direitos e garantias fundamentais, trazendo ainda normas atinentes aos Direitos Civil, Penal, Tributário e Processual.

No tocante ao Direito Processual, torna-se imperioso reconhecer que diante da consagração de inúmeros direitos e garantias tipicamente processuais, revelou-se uma nova conformação ao processo, seja em relação ao processo civil ou penal (e até mesmo nos procedimentos administrativos), adequada ao Estado Democrático de Direito. Os juristas, atentos aos efeitos expansivos dos enunciados constitucionais, passaram a reconhecer-lhes uma supremacia material e axiológica.

No ponto, não podemos deixar de elencar alguns: inafastabilidade do controle jurisdicional (5º, XXXV); Juízo natural (5º, XXXVII); princípio da legalidade e anterioridade da norma penal (5º, XXXIX); devido processo legal (5º, LIV); direito ao contraditório e à ampla defesa (5º, LV); fundamentação racional das decisões e publicidade (art. 93, IX); duração razoável do processo (5º, LXXVIII), princípio da presunção de inocência (5º, LVII); além das garantias do *habeas corpus* (5º, LXVIII), mandado de segurança (5º, LXIX), mandado de injunção (5º, LXXI), *habeas data* (5º, LXXII) e ação popular (5º, LXXIII).

O fenômeno da constitucionalização do processo tornou imperiosa a releitura de diversos institutos, tanto de direito material quanto processuais, reconhecendo-se que vários dispositivos dos Códigos de Processo Civil e Penal simplesmente não foram recepcionados. Há que se repensar, portanto, as normas processuais à luz de uma perspectiva Constitucional, impondo o redescobrimto da trilogia clássica: Jurisdição, Ação e Processo. Importante destacar que, segundo Rosemiro Pereira Leal:

Conceber jurisdição sem processo é retornar às superstições, às ordálias, ao totalitarismo sacerdotal e dos pretores, porque jurisdição, sem o controle e a disciplinação das garantias históricas e fundamentais do processo moderno, já universalmente normatizadas pelas Constituições de povos relativamente

civilizados, é meio retórico de salvação da imagem do judiciário pelo aceno fantasmagórico de justiça rápida e popular.⁸

Como arremate, invocamos a perspicaz conclusão de Kildare Gonçalves Carvalho:

A constitucionalização do processo impedirá, dessa maneira, que ele seja entendido tão somente como uma sequência de atos coordenados, passando a se destacar como um sistema de garantia dos direitos fundamentais. Nessa linha de pensamento, há o reconhecimento da supremacia da Constituição sobre as normas processuais, e se concebe a Constituição não apenas como um estatuto jurídico do político ou das atividades estatais, mas como um texto articulador e legitimante de direitos de instituições jurídicas, entre elas o processo e seus princípios do contraditório, da ampla defesa e da isonomia, reunidos pelos institutos do devido processo legal.⁹

No renomado ensaio de Fix-Zamudio, este faz referência a obra de Couture, noticiando a ascensão do — *derecho constitucional procesal*, surgido como — *resultado de la confluencia de otras dos ramas de la ciencia jurídica: el derecho constitucional y el derecho procesal*.¹⁰ Haveria, na verdade, o surgimento de duas disciplinas: o direito constitucional processual, relativo aos remédios constitucionais (mandado de segurança, mandado de injunção, *habeas corpus* e *habeas data*), e o direito processual constitucional, responsável pela análise das normas e princípios processuais sob o prisma constitucional, ante a pena de inconstitucionalidade ou mesmo não-recepção.

Assim, o processo no Estado Democrático de Direito não se satisfaz com o regular e formal acesso à Justiça, demandando que se proporcione uma tutela procedimental e substancialmente justa a quem quer que necessite, levando a uma nova dimensão do devido processo legal, hoje encarado como “processo justo”¹¹. Há que se buscar, portanto, o modelo constitucional do processo, isto é, “o conjunto de princípios e regras constitucionais que garantem a legitimidade e a eficiência da aplicação da tutela”.¹²

⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 7. ed. Porto Alegre: Síntese, 2008, p.43.

⁹ CARVALHO, Kildare Gonçalves. Processo Constitucional. In: *Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais*, v. 11. Belo Horizonte, 2005, p.15 *et seq.*

¹⁰ FIX-ZAMUDIO, Héctor. El pensamiento de Eduardo J. Couture y el Derecho Constitucional Procesal. In: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, a. X, vol. 30, Ciudad Del México, 1977, 315.

¹¹ GRECO, Leonardo. Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo. *Revista Jurídica*, ano 51, n. 305, São Paulo: Notadez, 2003, p.61; O princípio do contraditório. In: *Estudos de direito processual*. GRECO, Leonardo (Coord). Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005; A busca da verdade e a paridade de armas na jurisdição administrativa. In: *Revista do Centro de Estudos Judiciários da Justiça Federal – CEJ*, nº 35, outubro-dezembro de 2006, Brasília, p. 20-27.

¹² THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no Direito Brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo*, v. 168. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.108.

Esse processo almejado pelo Estado Contemporâneo, calcado no respeito às garantias fundamentais, deixa evidente que a eficácia concreta destas está intrinsecamente relacionada a garantia de uma tutela jurisdicional efetiva, pois como destacou Taruffo, nenhum direito existe de verdade se não está acompanhado pela respectiva tutela jurisdicional¹³.

A constitucionalização e a internacionalização dos direitos fundamentais se solidificaram na jurisprudência dos tribunais constitucionais e nas cortes internacionais de direitos humanos, cabendo ressaltar a importância da Corte Europeia e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, as quais consagraram a efetividade da tutela jurisdicional como direito fundamental, elencando garantias fundamentais para o processo, que se espalharam pelo ordenamento de todos os países que primam pelos direitos humanos, considerando-os como um dos alicerces do Estado Democrático de Direito¹⁴.

Baracho aduz que: “o processo constitucional é a metodologia de garantia dos direitos fundamentais”¹⁵, qualificando o disposto no art. 24.2¹⁶ da Constituição Espanhola de 1978 como “síntese de pressupostos e cláusulas constitucionais de defesa da cidadania considerada processualmente”. Saliente-se que o citado dispositivo é apontado como uma das prováveis fontes de inspiração da nossa Constituição Federal¹⁷. Essas garantias consubstanciam o devido processo legal, instituído também pelas Emendas 5ª e 14ª da Constituição americana, ou o denominado processo justo, na concepção da Convenção Europeia de Direitos Humanos e do artigo 111 da Constituição italiana.

Esse arcabouço garantístico foi acolhido pelo ordenamento brasileiro, e nele se destaca o princípio do contraditório. Corroborando esse entendimento, imperioso trazer à baila insuperáveis lições de Leonardo Greco:

¹³ TARUFFO, Michele. *Leyendo a Ferrajoli: consideraciones sobre la jurisdicción. Páginas sobre justicia civil*. Madrid: Marcial Pons, 2009, p.22.

¹⁴ CAPPELLETTI, Mauro; TALLON, Denis. *Les garanties fondamentales des parties dans le procès civil*. Milano: Giuffrè, 1973, p.661 *et seq.*; COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie costituzionali e ‘giusto processo’ (modelli a confronto). In: *Revista de Processo*, v.90. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 95-150; COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul Processo Civile*, 5. ed., Bologna: Mulino, 2011, cap.3; Serge Guinchard et alii, *Droit processuel – droits fondamentaux du procès*, 6. ed., Dalloz, Paris, 2011; M. MORELLO, Augusto. *Constitución y Proceso - la nueva edad de las garantías jurisdiccionales*, La Plata-Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.

¹⁵ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p.40.

¹⁶ “Asi mismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra si mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.” Disponível em <http://www.boe.es/boe/dias/1978/12/29/pdfs/A29313-29424.pdf>, acesso em 22 jan. 2017.

¹⁷ BRÊTAS, Ronaldo. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

Na Constituição brasileira, esse processo humanizado e garantístico encontra suporte principalmente nos incisos XXXV, LIV e LV do artigo 5º, que consagram as garantias da inafastabilidade da tutela jurisdicional, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, sem falar nos já citados princípios genéricos da administração pública de quaisquer dos Poderes, e ainda nos da isonomia, da fundamentação das decisões e outros hoje expressamente reconhecidos em nossa Carta Magna.¹⁸

Em outra oportunidade, também asseverou o autor em referência:

Talvez a mais importante dessas garantias, porque ela própria engloba diversas outras, é a garantia do contraditório, consagrada no inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal. Contraditório como implementação no processo judicial do princípio político da participação democrática ou da chamada democracia participativa. Contraditório como a garantia que assegura aos sujeitos parciais do processo a mais ampla possibilidade de influir eficazmente em qualquer provimento jurisdicional, especialmente o provimento jurisdicional final, submetendo à cognição do juiz todas as alegações e provas que possam contribuir para essa influência. Contraditório como influência com paridade de armas.¹⁹

A renovação da ordem jurídica tornou-se indispensável, evidenciando a necessidade de se “reinterpretar o Direito pátrio como um todo, à luz da Constituição da República Federativa do Brasil, o que pressupõe uma atividade interpretativa da própria Lei Fundamental”²⁰.

Visualiza-se, assim, uma dupla atuação da Constituição sobre o processo²¹, garantindo, de um lado, a concretização de seus valores no exercício da atividade jurisdicional por meio de remédios processuais idôneos; e, de outro, legitimando a própria ordem constitucional, em razão da existência de um processo justo e adequado.

Nesse sentido, imperioso reconhecer que a prestação jurisdicional deve observar a isonomia entre os jurisdicionados²². Eduardo de Avelar Lamy assevera que:

¹⁸ GRECO, Leonardo, “Garantias Fundamentais do Processo: o Processo Justo”, in Os princípios da Constituição de 1988, coletânea organizada por Manoel Messias Peixinho, Isabella Franco Guerra e Firly Nascimento Filho, 2ª ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2006, págs.369/406; “O princípio do contraditório”, in Revista Dialética de Direito Processual, n° 24, março de 2005, ed. Dialética, São Paulo, págs.71/79; “A busca da verdade e a paridade de armas na jurisdição administrativa”, in Revista do Centro de Estudos Judiciários da Justiça Federal – CEJ, n° 35, outubro-dezembro de 2006, Brasília, p. 20/27.

¹⁹ GRECO, Leonardo. Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual. In: Processo Civil: estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (coord.); FEIJÓ, Maria Angélica Echer Ferreira (Org.). São Paulo: Atlas, 2012. p. 3-4.

²⁰ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 4 ed. São Paulo: RCS Editora, 2005, p.29.

²¹ MENDONÇA JÚNIOR, Delosmar. Princípio Constitucional da Duração Razoável do Processo. In: ASSIS, Araken de et al. *Direito Civil e Processo: Estudos em Homenagem ao Professor Arruda Alvim*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.991.

²² NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.99.

A interpretação do direito não pode se transformar em loteria para o jurisdicionado. A imprevisibilidade dos entendimentos gerada pela estrutura do sistema jurídico brasileiro provoca situações em que casos absolutamente iguais, que correspondem a idênticas hipóteses fáticas e jurídicas, portanto, acabam por receber julgamentos de direito inteiramente diferentes.²³

De fato, “a igualdade constitui o signo fundamental da democracia”²⁴, demandando também a consagração da segurança jurídica.²⁵ Neste cenário, expandiu-se e consolidou-se uma nova consciência jurisdicional, calcada primordialmente na efetividade dos direitos e garantias fundamentais constitucionalmente assegurados,²⁶ que, no entanto, parece alcançar nova dimensão com a promulgação do novo Código de Processo Civil.

Surge, assim, a necessidade de um reexame do processo penal à luz das normas fundamentais do CPC/2015, englobando a conduta das partes e a própria figura do juiz, a fim de redimensioná-lo, adequando-o ao dinamismo vivenciado pelo Brasil globalizado.

Emerge dessa visão contextualizada a jurisdição contemporânea, prestada através do processo justo, tendo por traço distintivo o contraditório participativo, através do qual os personagens do processo interagem, cooperam e dialogam, influenciando na convicção do julgador e permitindo a formação dialética da melhor decisão, ao mesmo tempo em que a legitimam, tornando-a digna à luz do Estado Democrático de Direito.

É o contraditório que viabiliza a participação simétrica e igualitária das partes a que se destina o pronunciamento jurisdicional final, no que Calmon de Passos denominou de “devido processo constitucional jurisdicional”.²⁷

²³ LAMY, Eduardo de Avelar. Súmula Vinculante: um Marco. In: *Ensaio de Processo Civil*, Vol. I. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p.41.

²⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 211.

²⁵ José Afonso da Silva conceitua a segurança jurídica como o “conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida”. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 433).

²⁶ GRECO, Leonardo. Novas Perspectivas Da Efetividade e do Garantismo Processual. In: *Processo civil: estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (coords.) FEIJÓ; Maria Angélica Echer Ferreira (Org.). São Paulo: Atlas, 2012.

²⁷ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 69-70. Imperioso reproduzir trecho da obra: “Devido processo constitucional jurisdicional, cumpre esclarecer, para evitar sofismas e distorções maliciosas, não é sinônimo de formalismo, nem culto da forma pela forma, do rito pelo rito, sim um complexo de garantias mínimas contra o subjetivismo e o arbítrio dos que têm poder de decidir. Exige-se, sem que seja admissível qualquer exceção, a prévia instituição e definição da competência daquele a quem se atribua o poder de decidir o caso concreto (juiz natural), a bilateralidade da audiência (ninguém pode sofrer restrição em seu patrimônio ou em sua liberdade sem ser previamente ouvido e ter o direito de oferecer suas razões), a publicidade (eliminação de todo procedimento secreto e da inacessibilidade ao público interessado de todos os atos praticados no processo), a fundamentação das decisões (para se permitir a avaliação objetiva e crítica da atuação do decisor) e o controle dessa decisão

2. O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL DE 1940 COMO UMA QUIMERA

Se o nosso Código de Processo Civil (Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973) havia se tornado um *Frankenstein*²⁸, violado em sua essência e desprovido de um espírito, em razão da CRFB/88 e de diversas reformas, o CPP (Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941) é uma verdadeira *Quimera*²⁹ (criatura mitológica com cabeça e corpo de leão, com duas cabeças anexas, uma de cabra e outra de dragão, cauda de serpente e asas).

A analogia se faz necessária, pois ainda havia alguma harmonia no CPC/1973, enquanto o Código de Processo Penal afronta a razoabilidade, consistindo num diploma oriundo da década de 40, em que vigorava a “Polaca”, e que ainda atravessou uma ditadura militar e a redemocratização.

Assim, prosseguindo na metáfora, enquanto o CPC/1973 era um *Frankenstein*, deformado por ser constituído de partes de diferentes cadáveres humanos (gize-se a natureza

(possibilitando-se, sempre, a correção da ilegalidade praticada pelo decisor e sua responsabilização pelos erros inescusáveis que cometer). Dispensar ou restringir qualquer dessas garantias não é simplificar, desformalizar, agilizar o procedimento, privilegiando a efetividade da tutela, sim favorecer o arbítrio em benefício do desafogo de juízes e tribunais. Favorece-se o poder, não os cidadãos, dilata-se o espaço dos governantes e restringe-se o dos governados. E isso se me afigura a mais escancarada antidemocracia que se pode imaginar.”

²⁸ Trata-se de figura literária consagrada na cultura mundial, alicerçando-se na obra de Mary Wollstonecraft Shelley (1797-1851), mais conhecida por Mary Shelley, escritora britânica. No Brasil, pode ser encontrada a tradução na seguinte obra: SHELLEY, Mary. GOETTEMES, Doris (tradutor). *Frankenstein*. Landmark, 2016.

²⁹ BULFINCH, Thomas. *O Livro de Ouro da Mitologia – Histórias de Deuses e Heróis*. 12 ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000, p. 152-155. A figura mítica faz parte da mitologia greco-romana, integrando a história do herói Belerofonte, que junto com o cavalo alado denominado Pégaso, conseguiu derrotá-la. Segue trecho da obra citada, narrando de forma sucinta o mito: “A quimera era um monstro horripilante, que expelia fogo pela boca e pelas narinas. A parte anterior de seu corpo era uma combinação de leão e cabra e a parte posterior, a de um dragão. Causava grandes estragos na Lícia, de sorte que o rei do país, Iobates, procurava um herói para destruí-la. Naquela ocasião, chegou à sua corte um jovem e bravo guerreiro, chamado Belerofonte, que trazia carta de Proteu, genro de Iobates, recomendando-o em termos calorosos como um herói invencível, mas acrescentando, no fim, um pedido ao sogro para matá-lo. O motivo disso é que Proteu tinha ciúme de Belerofonte, por desconfiar de que sua esposa, Antéia, nutria demasiada admiração pelo jovem guerreiro. Ao ler as cartas, Iobates ficou hesitante, não querendo violar as regras de hospitalidade, mas desejoso de satisfazer a vontade do genro. Teve, então, a idéia de mandar Belerofonte lutar contra a Quimera. Belerofonte aceitou a proposta, mas antes de entrar em combate, consultou o vidente Pólido, que o aconselhou a recorrer, se possível, para a luta, ao cavalo Pégaso. Para esse fim, jovem deveria passar a noite no templo de Minerva. Assim fez Belerofonte e, enquanto dormia, Minerva procurou-o e entregou-lhe uma rédea de ouro, que se encontrava na mão do jovem quando ele despertou. Minerva mostrou-lhe, também, Pégaso bebendo água no poço de Pirene, e, mal avistou a rédea dourada, o cavalo aproximou-se docemente e se deixou cavalgar. Nele montado, Belerofonte elevou-se nos ares, não tardou a encontrar a Quimera e obteve uma fácil vitória sobre o monstro. Depois de vencer a Quimera, Belerofonte foi exposto a novos perigos e trabalhos por seu pouco amável hospedeiro, mas, com a ajuda de Pégaso, triunfou em todas as provas, até que Iobates, vendo que o herói era particularmente favorecido pelos deuses, deu-lhe sua filha em casamento e tornou-o seu sucessor no trono. Afinal Belerofonte, por seu orgulho e presunção, incorreu na ira dos deuses; chegou, segundo se conta, a tentar voar até o céu em seu corcéu alado, mas Júpiter mandou um moscardo atormentar Pégaso. O cavalo atirou no chão o cavaleiro, que, em consequência, se tornou coxo e cego. Depois disso, Belerofonte vagou pelos campos aleanos, evitando o contato dos homens, e morreu miseravelmente.”

humana de todos os membros) o CPP/41 pode ser considerado uma *Quimera*, cujo corpo engloba membros de vários animais, completamente distintos entre si.

Evidente, portanto, que no âmbito do processo penal a situação é ainda mais dramática. A tentativa de adaptá-lo às diferentes realidades que o diploma atravessou, levou a promulgação de um sem-número de leis com o fim de efetivar reformas pontuais, acarretando o desvirtuamento do diploma legal e um infindável número de contradições e antinomias.

Aliás, há que se reiterar que o CPP possui em seu seio, inclusive, conflito de ideologias. Há que se registrar que o Código nasceu durante a Era Vargas, atravessou o populismo de João Goulart, a ditadura militar e a redemocratização, permanecendo vigente até os dias de hoje.

Lamenta-se que, no âmbito do processo penal, ainda façamos uso de um código nascido em 1941, o que num paralelo científico se equipararia ao código de processo civil de 1939, sendo que este que já havia sido suplantado em 1973.

Agora somos brindados com mais um Código de Processo Civil, através da Lei 13.105/2015. Enquanto isso, inúmeras tentativas de reformulação do processo penal fracassaram, tais como as que foram capitaneadas por Hélio Tornagui e Frederico Marques, ressaltando-se que o projeto de CPP encaminhado em 2009 (PL 56/2009³⁰) continua parado.

Nesse sentido, o reexame do vetusto código à luz da Constituição Cidadã se faz ainda mais imperiosa, demandando não só a realização de verdadeira filtragem constitucional, mas também a readequação dos artigos recepcionados e harmonização com os dispositivos inseridos por leis extravagantes.

José Herval Sampaio Júnior destaca que:

[...] são os direitos e garantias fundamentais que tratam sobre processo (garantias constitucionais processuais) então a mola mestra que conduz todo esse processo de Constitucionalização do Direito Processual, impondo uma nova concepção da ação e da jurisdição, por conseguinte todos os ramos processuais são influenciados, já que na realidade essa contaminação mexe com vários dogmas do processo brasileiro, que, tendo inspiração italiana ainda se reveste de um formalismo e autonomia que andam na contramão da efetividade dos direitos de um modo geral, ou seja, contra a sua própria razão de ser.

Entendamos, pois, por neoprocessualismo, numa visão inicial, justamente essa contaminação dos valores constitucionais em todos os ramos processuais, de modo que as garantias constitucionais processuais previstas expressamente no bojo da Constituição impõem uma releitura de todas as regras e princípios processuais, sendo inadmissível a aplicação de quaisquer expressões normativas processuais em desacordo com as premissas dispostas em tais garantias, daí o porquê da afirmação de que a jurisdição tem que ser vista

³⁰ Andamento disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/89655> acesso em 20 dez.16.

sempre como tuteladora dos direitos em geral e só processo nessa visão atinge tal objetivo.³¹

Com tal desiderato, ganha relevo a atuação do juiz, já que o poder judiciário é o principal pilar do Estado Democrático de Direito, devendo garantir os direitos fundamentais insculpidos na nossa Carta Magna.

O jurista belga François Ost³² afirma que o magistrado democrático deve, no seu atuar, inspirar-se também no Deus Grego Hermes, patrono das comunicações, zelando por um contraditório verdadeiramente participativo³³. Tanto a concepção napoleônica de julgador, caracterizada pela postura passiva e na qual este é tido como simples “boca da lei”, quanto a figura desarrazoadamente ativista, típica do Estado Social, restam superadas.

Virtus in medium est! A virtude está no meio-termo, no equilíbrio garantista que permite a legitimação democrática das decisões judiciais, ainda que contramajoritárias.

³¹ SAMPAIO JÚNIOR, J. H.. A influência da Constitucionalização do Direito no ramo processual: Neoprocessualismo ou processo constitucional? Independente da nomenclatura adotada, uma realidade inquestionável.. In: Fredie Didier. (Org.). *Teoria do Processo Panorâmica Doutrinário Mundial*. Salvador: Juspodvim, 2010, v. 1, p. 427-456.

³² OST, François. Júpter, Hércules, Hermes: Tres modelos de Juez. In: DOXA, nº 14, 1993. p. 169-194. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01360629872570728587891/index.htm>, acesso em 20 ago. 2015.

³³ Sobre o assunto, Lenio Luiz Streck: “[...] Uma discussão que atravessa os anos institucionalizou os modelos de juiz, como sendo Júpter, Hércules, Hermes, a partir de um conhecido texto de François Ost (1993, p.170-194), em que o professor belga propõe uma espécie de juiz pós-moderno-sistêmico (Hermes) que atuaria em rede e superaria, com grande vantagem, os “modelos anteriores”. Com efeito, para Ost, basicamente a teoria do do direito trabalha com dois modelos de juiz, que também simboliza (ria)m “modelos de direito” (Júpter e Hércules). Consequentemente, simbolizaram também os modelos de jurisdição. O primeiro representaria o modelo liberal-legal, de feição piramidal-dedutivo, isto é, sempre dito a partir do alto, de algum “Monte Sinai”; esse direito adota a forma de lei e se expressa em forma de imperativo, vindo a ser representado pelas tábuas da lei ou códigos e as Constituições modernas, sendo que dessa parametricidade é que são deduzidas as decisões particulares. Já o modelo herculeano está sustentado na figura do juiz, que seria a única fonte do direito válido. Trata-se de uma pirâmide invertida, no dizer de Ost. É Dworkin quem, no dizer do autor, ao revalorizar até o extremo a figura do juiz moderno, atribui-lhe as características de Hércules. Embora diga que não pretende “equiparar” a tese de Dworkin aos realistas ou pragmatistas, Ost termina por colocar no Hércules dworkiano os “defeitos” que caracterizariam o juiz “monopolizador da jurisdição” no modelo de direito do Estado Social, em que o direito “se reduz ao fato”, enfim, à indiscutível materialidade da decisão. Esse juiz propiciaria um decisionismo, a partir da proliferação de decisões particulares. Como contraponto, Ost apresenta um tertium genus, o juiz Hermes, que adota a forma de rede; nem um polo, nem dois, isto é, nem a pirâmide e nem um funil, e tampouco a superposição dos dois, senão uma multiplicidade de pontos de inter-relação; um campo jurídico que analisa como uma combinação infinita de poderes, tanto separados como confundidos, amiúde intercambiados; uma multiplicação dos atores, uma diversificação de regras, uma inversão de réplicas; tal circulação de significados e informações não se deixa aprisionar em um código ou em uma decisão: expressa-se sob a forma de um banco de dados. Assim, segundo Ost, o Direito pós-moderno, o direito de Hermes, é uma estrutura em rede que traduz em infinitas informações disponíveis instantaneamente e, ao mesmo tempo, dificilmente matizáveis. Trata-se, em síntese, de uma teoria lúdica do Direito. O juiz Hermes não é nem transcendência nem imanência; encontra-se em uma e outra dialética ou paradoxalmente (uma e outra)”. In: STRECK, Lênio Luiz. O (pós-) positivismo e os propalados modelos de juiz (Hércules, Júpter e Hermes) – dois decálogos necessários. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*. Vitória: n. 7, p. 15-45, jan.-jun. 2010.

Assim, conscientes de sua missão ética, e gerindo processos efetivamente justos, os magistrados podem se transformar em instrumento de uma justiça socialmente equilibrada e equitativa, hábil a ampliar os espaços de democracia real.

Nesse diapasão, há que se destacar as ponderações sobre a atividade criativa do aplicador da lei realizadas por Jane Reis Gonçalves Pereira³⁴, ao analisar a natural expansão da atuação do Poder Judiciário na produção jurídica:

A teoria da interpretação constitucional passou por intensa evolução a partir da segunda metade do século XX. Diversos fatores históricos impulsionaram uma participação mais ativa do Poder Judiciário no processo de produção jurídica, tornando anacrônica a hermenêutica jurídica tradicional, a qual concebia a interpretação das leis como mera revelação da vontade legislativa.

Na atualidade, o Direito tem sido entendido como uma obra coletiva, iniciada pelo constituinte, mediada pelo legislador e concluída pelo juiz, que, conciliando as normas jurídicas com a realidade, confere soluções aos problemas concretos[...] A interpretação constitucional compreende um processo de construção. Porém, adotar essa tese não implica afirmar que a atividade criativa do intérprete seja ilimitada ou desprovida de parâmetros. Esta permanece vinculada à Constituição, à experiência jurídica e às regras de linguagem. É também imprescindível que a interpretação seja dotada de coerência, objetividade e capacidade de persuasão...

O reconhecimento de que a interpretação constitucional tem uma irrefragável dimensão criativa e que as insuficiências do sistema normativo autorizam o juiz a, por vezes, buscar a solução além do texto não importa em legitimar o arbítrio ou subjetivismo.³⁵

O modelo constitucional de processo tem como escopo fazer com que todas as leis processuais sejam lidas à luz dos valores propalados pela Constituição, conferindo-lhe um espírito único.

O CPC/2015, incorporando a devida constitucionalização do processo em seu bojo, bem como ao estabelecer as normas fundamentais do processo, faz renascer o processo civil, mas também lança luz sobre o processo penal, conferindo-lhe uma sobrevida democrática até que seja editado um novo código.

³⁴ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 499-500.

³⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O processo civil brasileiro entre dois mundos. In: *Revista Forense*, v. 359. Rio de Janeiro, 2002, p. 123-130.

3. O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015: UM DIPLOMA PROCESSUAL ANTROPÓFAGO

Em março de 2015, após belíssimo trabalho da Comissão presidida pelo Ministro do STF Luiz Fux, foi promulgado o novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/15).

O douto ministro, proferindo palestra aos magistrados do Estado do Rio de Janeiro³⁶, salientou que a referida comissão, atenta à garantia constitucional da duração razoável do processo, diagnosticou três grandes problemas em nosso processo, os quais nortearam os debates em busca de soluções e do aprimoramento do processo: o formalismo excessivo, a litigância desenfreada³⁷ (o CNJ constatou que de cada dois brasileiros, um litiga³⁸) e a prodigalidade recursal. O CPC/2015 buscou, portanto, conciliar as garantias constitucionais, dentre as quais sobressaem o contraditório participativo, a economia processual, a isonomia e a segurança jurídica.

Ademais, o transcorrer do tempo pareceu se alterar com o desenvolvimento tecnológico e a globalização (como se os ponteiros do relógio se movessem mais rápido que séculos atrás), de forma que as relações passaram a se constituir e se modificar numa velocidade em que os procedimentos estatais não conseguiram acompanhar. Surgiram, assim, os litígios de massa. Esse dinamismo da vida contemporânea passou a demandar urgência na resposta estatal, incorrendo em descompasso com o formato milenar do processo.

O debate sobre o papel do Estado na resolução dos conflitos levou a uma preocupação com a celeridade, uma vez que esta encontra-se intrinsecamente ligada à efetividade, já que a prestação jurisdicional tardia nada mais é do que uma injustiça travestida de justiça. O novel diploma se fazia necessário não só pelo decurso do tempo como pela flagrante morosidade na prestação da justiça.

³⁶ A Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro deu início, no dia 02 de março de 2015, ao “Congresso Brasileiro sobre o novo Código de Processo Civil”, recebendo o Presidente da Comissão responsável pela criação do anteprojeto do novo CPC, ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux para a palestra “O Código de Processo Civil Democrático”, que foi proferida na EMERJ no dia 02/03/2015.

³⁷ Justiça em números 2016 - Infográficos: ano-base 2015/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/50af097ee373472788dd6c94036e22ab.pdf>, último acesso em 28/01/2017.

³⁸ Justiça em números 2016: ano-base 2015/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbf344931a933579915488.pdf>, último acesso em 28/01/2017.

Como se não bastasse, após a inserção em nossa Carta Magna, através da EC nº 45/2004, da cláusula pétreia que assegura a razoável duração do processo, o novo Código de Processo Civil se fazia ainda mais urgente, uma vez que com base nos ensinamentos de Konrad Hesse sobre a força normativa da Constituição³⁹, o CPC/1973 estava a caminho da inconstitucionalidade (ou de uma não-recepção).

No ponto, cabe gizar que a demora excessiva na solução do litígio prejudica ambas as partes, causando o chamado dano marginal. Inegavelmente, a parte vencedora é mais prejudicada, contudo, o estado de incerteza prolongada prejudica também o vencido. O réu também tem direito à celeridade do processo, como reflexo não só do direito à tutela jurisdicional efetiva, mas principalmente do direito de defesa e da garantia de não ser submetido ao poder estatal - jurisdicional ou administrativo - por mais tempo que o necessário.⁴⁰

Cumprido, contudo, esclarecer que direito à duração razoável não é sinônimo de direito à celeridade do processo, já que a busca pela celeridade não pode importar em supressão de direitos e garantias fundamentais ou atropelamento do devido processo legal. Assim, os prazos devem permitir ao autor e ao réu a prática dos atos que estão localizados dentro do direito de influir sobre o convencimento judicial.

As partes têm, em virtude do direito à duração razoável do processo, o direito ao prazo adequado, o qual pode ser extraído do devido processo, isto é, do “processo justo”, relacionando-se intimamente com o princípio do contraditório, garantido na Constituição Federal brasileira no art. 5º, LV: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Explique-se. O transcurso do tempo é uma necessidade do juiz, sem o qual ele não pode formar adequadamente a sua convicção, sendo ainda uma necessidade do Estado Democrático de Direito e da garantia de um contraditório participativo, isto é, do direito das partes participarem efetivamente do processo, buscando influir no convencimento do juiz e, assim,

³⁹ HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

⁴⁰ CABRAL, Antonio do Passo. A duração razoável do processo e a gestão do tempo no projeto de novo Código de Processo Civil. In: *Alexandre Freire; Bruno Dantas; Dierle Nunes; Fredie Didier Jr.; José Miguel Garcia Medina; Luiz Fux; Luiz Henrique Volpe Camargo; Pedro Miranda de Oliveira. (Org.). Novas tendências do Processo Civil: estudos sobre o projeto de novo CPC, v.1.* Salvador: Juspodivm, 2013, p. 73-99.

legitimar a decisão final, que deverá ser proferida tão somente quando estiver devidamente “amadurecida”.⁴¹

Assim, a duração razoável do processo encontra seu ideal no momento em que, asseguradas as devidas garantias processuais, exaure-se o contraditório apto a ensejar a convicção do magistrado, legitimando a sentença a ser proferida e tornando-a digna do Estado Democrático de Direito.

Embora o debate tenha sido centrado no Processo Civil, não há dúvidas quanto a sua plena aplicabilidade em relação ao processo penal. Aliás, com ainda mais propriedade.

Não podemos esquecer do caráter instrumental do processo, ressaltando-se que o direito penal busca tutelar os bens jurídicos mais importantes para nossa sociedade e, com tal mister, o processo penal envolve diretamente a liberdade.

Considerando o encarceramento ou a implícita ameaça deste ocorrer, não há dúvidas de que a duração razoável do processo, ainda que não fosse uma garantia constitucional, se imporia com muito mais razão no processo penal (o que abrange o inquérito policial ou qualquer outro procedimento investigativo).

Portanto, a preocupação do novo Código com a referida garantia deve inspirar também a reinterpretção do processo penal. Nesse diapasão, as soluções encampadas pelo CPC/2015 deverão ser observadas também no processo penal, o que abarca a promoção da solução consensual do processo, o estímulo ao emprego da mediação, o dever de cooperação, a preocupação com a ordem cronológica dos processos, o respeito aos precedentes etc.

O magistrado, enquanto garantidor dos direitos fundamentais e gestor do processo, deve assegurar, também no processo penal, o contraditório na vertente participativa, por ser este traço distintivo do Estado Democrático de Direito.

Curioso notar que o CPC/2015 revela um hibridismo vanguardista entre a *civil law*, derivado do sistema romano-germânico e no qual nosso direito possui raízes mais profundas, e a *common law*, oriunda do direito anglo-saxão e cuja influência se fez notar com mais força em nossa CRFB/88 e em nosso modelo de controle de constitucionalidade.

Barbosa Moreira, referindo-se ao CPC/1973, afirmava que:

[...] é possível concluir com segurança que, nos alicerces e na estrutura básica, o processo civil brasileiro é fruto genuíno do sistema jurídico romano-germânico. Filia-se, pois, à família a que tradicionalmente se vem aplicando a denominação inglesa de *civil law*, em oposição à de *common law*, pela qual se

⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 46-47.

designa o direito dos países anglo-saxônicos e daqueles que o assimilaram em razão de vicissitudes históricas.⁴²

Destacava, ainda:

Isolados, contudo, até pouco tempo atrás, eram os casos de institutos processuais oriundos de outros sistemas jurídicos que não o dominante no continente europeu. Correlatamente, a doutrina brasileira só costumava abeberar-se na produção científica da Europa continental, com manifesta preferência pela italiana. Para tanto contribuíram vários fatores: entre eles, de modo compreensível, a facilidade de acesso resultante da afinidade linguística, mas também a marca duradoura do justo prestígio firmado em nosso país pelo grande mestre peninsular Enrico Tullio Liebmanm cuja presença no Brasil, por vários anos, foi poderoso catalisador dos estudos processuais entre nós.⁴³

No entanto, o próprio mestre assentava que a paisagem começava a se modificar, com a crescente curiosidade por institutos norte-americanos, acentuando a influência da globalização⁴⁴.

Por outro lado, defendia que não estava ocorrendo um progressivo deslocamento do processo civil brasileiro para a órbita do *common law*, em razão do distanciamento de notas essenciais do sistema processual brasileiro e do norte-americano, como por exemplo a forte inclinação dos americanos pelos meios conciliatório (*ADR - alternative dispute resolution*)⁴⁵.

⁴² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O processo civil brasileiro entre dois mundos. In: *Revista Forense*, v. 359. Rio de Janeiro, 2002, p.124.

⁴³ *Ibidem*, p.125.

⁴⁴ *Idem*: “A paisagem começou a modificar-se há cerca de três décadas, com crescente curiosidade em relação a institutos norte-americanos, sobretudo, de início, na área de proteção de interesses supraindividuais, onde passaram a atrair certa atenção figuras como a da *class action*. Seja como for, é indubitável que o peso do universo anglo-saxônico tem aumentado no direito brasileiro, talvez mais noutros campos, agora diretamente alcançados pelas vagas da globalização econômica, mas também no terreno do processo civil. Vejamos alguns exemplos: a) No plano dos princípios, ponto que chama a atenção é a presença inédita até 1988 em texto constitucional, da fórmula “devido processo legal”, tradução quase literal da expressão *due processo of law*, de antiga linhagem anglo-saxônica. Viu-se ela inserida no art. 5º, LIV, da vigente Carta da República, onde, do ponto de vista processual, funciona como norma de encerramento, a incidir em casos não cobertos por disposições consagradoras de garantias específicas, como a do contraditório e ampla defesa (LV), a do juiz natural (LIII), a publicidade dos atos do processo (LX) e outras - garantias que, por sinal, não se podem propriamente considerar peculiares ao mundo de *common law*[...]”.

⁴⁵ *Ibidem*, p.9: “[...] leva-nos à consideração de outro ponto em que os dois sistemas diferem claramente em seu funcionamento concreto, a saber a forte inclinação dos norte-americanos a fazer uso dos meios conciliatórios – ou, em termos mais genéricos, dos expedientes que se costumam reunir sob a denominação de *alternative dispute resolution* (*ADR*, na conhecida abreviação). Embora os Estados Unidos tenham a fama de ser uma nação litigiosa, vale-se o seu povo com crescente intensidade de negociação, da mediação, da arbitragem e de diversas formas de combinação entre essas figuras, florescendo no país uma quantidade surpreendente, para nós, de órgãos e instituições, que se encarregam de exercer extrajudicialmente tais atividades. Enquanto isso, no Brasil, setores doutrinários atuantes conseguem, sim, que o legislador se mova no sentido de prestigiar os métodos alternativos, mas até agora nem a doutrina, nem as leis vêm obtendo êxito em desviar para esse canal um volume de litígios comparável, nem mesmo de longe, à torrente dos que deságuam na Justiça”.

O questionamento ensejou célebre artigo, cuja conclusão é de imperiosa transcrição:

Em última análise, o que sugere a realidade é que o processo civil brasileiro e o norte-americano se inserem – para empregar expressão vaga, mas talvez insubstituível – em culturas jurídicas distintas. Não significa isso que não possamos servir-nos dos frutos da experiência dos Estados Unidos, tão interessante por mais de um prisma: já o temos feito, e estamos por fazê-lo de novo, se vingarem as propostas da reforma constitucional. Significa, entretanto, a meu ver, que, como até aqui, as importações se limitarão em regra à periferia do sistema, sem penetrar-lhe o âmago. Transplantes mais profundos correrão provavelmente o risco da rejeição. Para o bem e para o mal, o ordenamento pátrio é – e continuará a ser – um rebento da família romano-germânica, e, portanto, de *civil law*.⁴⁶

Quinze anos se passaram desde o predito alerta. Não ousamos discordar de Barbosa Moreira, mas a promulgação e vigência do CPC/2015 podem estar dando azo a um novo tempo. É indubitável que nascemos na família *civil law* e não podemos negar ou esquecer nossas origens. Todavia, apesar da inegável influência familiar no desenvolvimento de um indivíduo, bem como das tradições culturais em que foi criado, chega um momento em que todo ser humano tende a se tornar independente de seus pais, com personalidade própria.

O novo Código de Processo Civil consubstancia a nossa maturidade jurídica, representando o advento de nossa maioridade. Não se trata de um diploma que simplesmente reproduz o que a legislação de outro país, seja da família da *civil law* ou da *common law*, mas que acolhe os ensinamentos e a experiência de cada uma delas, transmutando-os em institutos próprios, numa singularidade peculiar à nossa realidade.

Exemplo disso é o incidente de resolução de demandas repetitivas⁴⁷. Trata-se de procedimento, previsto pelo novel diploma, que será aplicável quando houver efetiva repetição

⁴⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O processo civil brasileiro entre dois mundos. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 359. p. 123-130, 2002.

⁴⁷ CAPÍTULO VIII

DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:

I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;

II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

§ 1o A desistência ou o abandono do processo não impede o exame de mérito do incidente.

§ 2o Se não for o requerente, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente no incidente e deverá assumir sua titularidade em caso de desistência ou de abandono.

§ 3o A inadmissão do incidente de resolução de demandas repetitivas por ausência de qualquer de seus pressupostos de admissibilidade não impede que, uma vez satisfeito o requisito, seja o incidente novamente suscitado.

§ 4o É incabível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva.

§ 5o Não serão exigidas custas processuais no incidente de resolução de demandas repetitivas.

de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão de direito com risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. Há grande celeuma doutrinária quanto a origem do instituto no direito comparado, permeando tal discussão a referência aos termos “causa-piloto” e “procedimento modelo”, conforme se faça a alusão a *Group Litigation Order* inglesa e o *Pilotverfahren* austríaco (causa-piloto) ou ao *Musterverfahren* alemão (procedimento-modelo)⁴⁸. Contudo, o IRDR é um instituto processual brasileiro de inspiração plural⁴⁹, não se trata de um mecanismo simplesmente importado, como já ocorreu muitas vezes em nossa história, mas sim de incidente genuinamente nacional, que foi criado pelo CPC/2015.

Podemos, aqui, traçar um paralelo com o movimento modernista que marcou nossa literatura, em especial, o “Manifesto Antropófago”⁵⁰ ou “Antropofágico”. Trata-se de um manifesto literário escrito por Oswald de Andrade, publicado em maio de 1928, que tinha por objetivo repensar a dependência cultural brasileira.

O manifesto foi publicado na primeira edição da Revista de Antropofagia, meio de comunicação responsável pela difusão do movimento antropofágico brasileiro. A linguagem do manifesto era majoritariamente metafórica, contendo fragmentos poéticos bem-humorados e tornou-se a fonte teórica principal do movimento⁵¹.

Propunha, basicamente, a devoração da cultura estrangeira e das técnicas importadas e sua reelaboração com autonomia, transformando o produto importado em exportável.

O nome do manifesto recuperava uma crença indígena: os índios antropófagos comiam o inimigo em um ritual, como forma de assimilar suas qualidades.

No ponto, imperioso traçar alguns esclarecimentos: a antropofagia praticada pelos índios tupis, em especial os tupinambás, assustava os portugueses que colonizaram o Brasil, mas era restrita aos prisioneiros de guerra e considerada uma honraria tanto para o prisioneiro

⁴⁸ CABRAL, Antonio do Passo. Comentários ao novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.1417. Ver, ainda, do autor: “o novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas”. Revista de Processo, 2007, vol. 147, p. 123-146 e “A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos”. Revista de Processo, v. 231, maio/2014.

⁴⁹ TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. 1.ed., Salvador: Juspodivm. 2016, p. 65-79.

⁵⁰ LIMA, Bruna Della Torre de Carvalho. *Vanguarda do Atraso ou Atraso da Vanguarda?* Oswald de Andrade e os teimosos destinos do Brasil. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Departamento de Antropologia da Universidade de São Paulo, 2012. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8134/tde-11032013-122116/pt-br.php>, último acesso em 22/01/2017.

⁵¹ “Só a ANTROPOFAGIA nos une. Socialmente. Economicamente. Filosoficamente. Única lei do mundo. Expressão mascarada de todos os individualismos, de todos os coletivismos. De todas as religiões. De todos os tratados de paz. *Tupi, or not tupi that is the question.*” Disponível em: <http://www.ufrgs.br/cdrom/oandrade/oandrade.pdf>, acesso em 28 jan.2017.

quanto para seus algozes, ensejando o eterno ciclo de vingança tribal próprio da cultura tupinambá.⁵²

Tanto que, ao contrário do que um europeu julgava natural, um índio prisioneiro não desejava fugir, já que a fuga seria uma desonra imperdoável para sua tribo. Incumbia a esta apenas vingar a sua morte, já que os combatentes valorosos eram justamente aqueles que morriam em solo inimigo. O guerreiro capturado, antes mesmo de sua morte, já estava definitivamente excluído de sua comunidade, e ainda que conseguisse escapar, seria rejeitado pelos líderes de sua aldeia.⁵³

Ao devorar um inimigo temido, os tupinambás acreditavam que incorporavam sua bravura e habilidades em combate. Assim, pela mesma razão, não comiam a carne daqueles que consideravam covardes, nem de animais como a preguiça, acreditando que isso os tornaria piores na batalha.

Nesse sentido, qualificamos o novo Código de Processo Civil como um diploma processual antropófago por se tratar de um Código genuinamente brasileiro, que traz em seu espírito as idéias provenientes tanto da cultura jurídica romano-germânica quanto da anglo-saxã, isto é, tanto da *civil law* quanto da *common law*, mas sem que se trate de uma simples importação.

No Manifesto Antropofágico, Oswald de Andrade fez uso de teorias de diversos autores e pensadores mundiais, como Freud, Marx, Breton, Francis Picabia, Rousseau, Montaigne e Hermann Keyserling, retomando características dos primórdios da formação cultural brasileira, quais sejam: a combinação das culturas primitivas (indígena e africana) e da cultura latina, formada pela colonização europeia.⁵⁴

Havia, ainda, a preocupação de que houvesse efetiva absorção cultural e não mera utilização de elementos importados, de modo que a cultura brasileira não se tornasse um amontoado de fragmentos de culturas exteriores.

Nesse diapasão, o Manifesto Antropofágico foi um marco no Modernismo brasileiro, pois propôs a alteração da forma com que o brasileiro encarava o influxo de elementos culturais do mundo, ensejando a ascendência de uma identidade nacional e o orgulho da produção cultural própria.

⁵² GUARACY, Thales. *A conquista do Brasil*. São Paulo: Planeta, 2015, p. 35-57.

⁵³ CLASTRES, Pierre. *Arqueologia da violência – pesquisas de antropologia política*. São Paulo, 2004.

⁵⁴ FREYRE, Gilberto. *Casa Grande e Senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal*. São Paulo: Editora Global, 2006.

O novel Código, em verdade, também busca assimilar as melhores qualidades de cada uma das tradições, exurgindo em seu bojo institutos próprios e que almejam ser adequados a nossa realidade, tornando-se passível de verdadeira “exportação”, ou seja, de se tornar um referencial para outros países acatarem ao criarem novos diplomas.

Resgata-se, assim, como metáfora, a crença cultural tupinambá, que através da antropofagia ritualística buscava incorporar as qualidades dos inimigos das mais variadas etnias. Pois bem, também nós, com o CPC/2015, buscamos abarcar as virtudes do modelo europeu e do modelo americano, criando um diploma próprio e vanguardista, com espírito único.

Oportuno ressaltar que, tratando das diferenças do *common law* (Americano e Inglês) e do sistema Continental (Romano Germânico), verifica-se que mesmo dentro de cada país é possível encontrarmos modelos híbridos – servindo realmente os modelos puros mais para fins acadêmicos e de pesquisa do que propriamente para refletir a realidade dos sistemas processuais.⁵⁵

Contudo, na verdade, assentam-se eles em concepções diferentes da própria justiça e é aqui que reside o traço único do CPC/2015, que não só concilia a jurisprudência com os diplomas legais, como funde a busca pela pacificação dos litigantes (*conflict-solving process*) com a implementação de políticas públicas (*policy-implementing process*), sem descuidar da observância das garantias fundamentais processuais.

A nossa maturidade jurídica inaugura uma nova era e nos permite uma concepção brasileira de processo e justiça.

⁵⁵ DAMASKA, Mirjan. *I volti della giustizia e del potere: analisi comparatistica del processo*. Edizione originale: *The faces of justice and State Authority*. Tradução de Andrea Giussani (capitoli III, IV e V) e Fabio Rota (capitoli I, II e VI). Bologna: Società editrice il Mulino, 2002. p.41.

4. O CONTRADITÓRIO PARTICIPATIVO COMO TRAÇO DISTINTIVO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

4.1. A visão clássica do contraditório

O princípio do contraditório, em concepção tradicional, pode ser definido como o princípio que impõe ao juiz a prévia audiência de ambas as partes antes de adotar qualquer decisão (*audiatur et altera pars*) e o oferecimento a ambas das mesmas oportunidades de acesso à Justiça e de exercício do direito de defesa.⁵⁶

O referido brocardo, incorporado ao direito ocidental há muito⁵⁷, é mencionado na obra do escritor, filósofo estoico e *quaestor* romano Sêneca (4 a.C. – 65 d.C.), mais especificamente na tragédia Medeia: “*Qui statuit aliquid parte inaudita altera, aequum licet statuerit, haud aequus fuit*” (Quem decide o que quer que seja sem ouvir a outra parte, mesmo que decida com justiça, não é justo).⁵⁸

O princípio do contraditório como direito a audiência bilateral tem, portanto, origem na antiguidade grega, alcançando o direito contemporâneo como um princípio de direito natural inerente a qualquer processo, exigindo que o juiz somente profira decisão após possibilitar a manifestação das partes. Leonardo Greco destaca que, ainda em nossos dias, alguns autores, como Guinchard, sustentam esse fundamento jusnaturalista do contraditório.⁵⁹

Na doutrina dos países de origem anglo-saxônica, por sua vez, o princípio é chamado de “direito a uma audiência judicial” (*right to a judicial hearing principle*).⁶⁰ Importante registrar que o princípio aludido chegou a sofrer mitigações nas décadas que antecederam a

⁵⁶ GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. In: Revista Dialética de Direito Processual, n. 24, São Paulo: Dialética, São Paulo, 2005, p. 71-79.

⁵⁷ BODART, Bruno. O Processo Civil Participativo - A Efetividade Constitucional e o projeto do novo Código de Processo Civil. In: *Revista de Processo*, vol. 205. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.333.

⁵⁸ SENECA. *Medeia*. Trad. Ana Alexandra Alves de Sousa. Lisboa: Centro de Estudos Clássicos e Humanísticos da Universidade de Coimbra, 2011. p.51.

⁵⁹ GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. In: *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 24. São Paulo: Dialética, 2005, p. 71-79.

⁶⁰ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Direito Processual Civil Americano Contemporâneo*. São Paulo: Lex, 2010, p. 177.

Segunda Grande Guerra mundial,⁶¹ mas logo após seu fim, o contraditório renasceu e se tornou mais do que um princípio, verdadeira garantia.

Leonardo Greco disserta sobre o tema:

O segundo pós-guerra marcou o renascimento do princípio do contraditório. O Estado de Direito que se reconstruiu após os nefastos regimes autoritários, redefiniu as suas relações com os cidadãos, firmando o primado da dignidade humana e a eficácia concreta dos direitos fundamentais, assegurada pelo amplo acesso à sua tutela através da Justiça. Readquiriram relevância o método dialético de solução de conflitos e a paridade de tratamento dos litigantes, componentes essenciais do princípio do contraditório, como fatores indispensáveis à concretização no processo judicial dos valores humanitários nacional e internacionalmente reconhecidos como inerentes ao estágio de civilização atingido pela sociedade humana.

Esse é o grande salto do nosso tempo: de princípio a garantia fundamental. Para isso, o contraditório não pode mais apenas reger as relações entre as partes e o equilíbrio que a elas deve ser assegurado no processo, mas se transforma numa ponte de comunicação de dupla via entre as partes e o juiz. Isto é, o juiz passa a integrar o contraditório, porque, como meio assecuratório do princípio político da participação democrática, o contraditório deve assegurar às partes todas as possibilidades de influenciar eficazmente as decisões judiciais.⁶²

Consagrado no art. 5º, inciso LV da Constituição de 1988, o princípio do contraditório é tão importante no direito processual que doutrinadores como Elio Fazzalari⁶³ e Cândido Rangel Dinamarco⁶⁴ já afirmaram que “sem contraditório, não há processo”.

Cabe ressaltar, contudo, que Cândido Dinamarco defende que processo é todo procedimento em contraditório animado por uma relação jurídica processual, enquanto Elio Fazzalari rejeita a teoria do processo como relação jurídica (Bülow), afirmando que basta haver o procedimento em contraditório para que haja processo.⁶⁵

⁶¹ PICARDI, Nicola. “Audiatur et altera pars” le matrici storico-culturali del contraddittorio. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, 2004. p. 7.

⁶² GRECO, Leonardo. *O princípio do contraditório*. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, v. 24, p. 71-79, 2005.

⁶³ FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*, 8. ed. CEDAM: Padova, 1996.

⁶⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, volume I. São Paulo: Malheiros, 2001.

⁶⁵ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Os Princípios e as Garantias Fundamentais no Projeto de Código De Processo Civil: Breves Considerações Acerca Dos Artigos 1º A 12 Do Pls 166/10. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Volume VI, p.27. Disponível em http://www.redp.com.br/index_edicoesredp.htm, acesso em 21 dez. 2016.

Assim, na concepção clássica, o contraditório podia ser identificado como a garantia de ciência bilateral dos atos e termos do processo (jurisdicional ou mesmo administrativo), com a possibilidade de manifestação sobre os mesmos.

Frequentemente se afirma que o tratamento igualitário garantido às partes no processo passa pela imposição legal do contraditório.⁶⁶ Nesse sentido, Theodoro Júnior⁶⁷ arremata e corrobora:

[...] o principal consectário do tratamento igualitário das partes se realiza através do contraditório, que consiste na necessidade de ouvir a pessoa perante a qual será proferida a decisão, garantindo-lhe o pleno direito de defesa e de pronunciamento durante todo o curso do processo.

4.2. O princípio do contraditório no processo penal

Não obstante a relevância atual do princípio e o fato deste deitar origens na civilização grega, cabe salientar que, na idade média, a defesa era desprovida de real significância, o que ensejou a reação dos filósofos iluministas, cuja manifestação consistiu na fagulha que provocou o desenvolvimento processual que observamos nos últimos séculos.

Nesse sentido, registre-se que a Declaração de Direitos de Virginia, de 12 de junho de 1776, em seu art. 10, assegurou a todos os réus que viessem a ser processados criminalmente o elementar direito de defesa.

Por sua vez, a Emenda Constitucional n.º VI, de 25 de setembro de 1789, inseriu na Constituição Americana de 1787 o citado direito.

Noutro giro, contudo, na França, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 2 de outubro de 1789, conquanto tenha contemplado o princípio da presunção da inocência em sua cláusula IX, não fez qualquer referência direta ao contraditório, o qual só veio a ser proclamado expressamente em 1973, na nova Declaração dos Direitos do Homem encampada pela Convenção Nacional.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem adotada em 1948 pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em seu art. 11, assegurou a todo o homem acusado da prática de ato delituoso o direito de contraditar a acusação.

66 MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Teoria Geral do Processo*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.27.

67 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, Vol. I, 34. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2000, p.26.

Já em solo tupiniquim, todas as Constituições Brasileiras, a começar pela de 1824, incorporaram em seu corpo o direito à ampla defesa e ao contraditório.

Por fim, gize-se que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, aprovada em 22/11/1969 na cidade de São José da Costa Rica, teve seu texto no Brasil aprovado pelo Decreto Legislativo n.º 27, de 26/05/1992, sendo incorporada ao nosso direito interno através do Decreto n.º 678, de 06/11/92, e em seu art. 8.º, contempla diversas garantias judiciais, algumas delas em termos mais amplos que aqueles empregados na nossa Constituição Federal de 1988.

Assim, o Contraditório, apesar de constituir princípio do Direito Processual Penal Pátrio há muito tempo, vem sendo ressignificado ao longo do tempo, o que já havia ocorrido ao ser consagrado por nossa Magna Carta de 1988, no art.5º inciso LV⁶⁸, que estendeu a aplicação deste para todo e qualquer processo, inclusive o administrativo, realçando sua importância não só dentro da persecução criminal, mas também em outros ramos do direito. Observemos tal dispositivo:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
[...]

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes [...]

Destaque-se que a ampla defesa, consoante a doutrina processual penal, desdobra-se em defesa técnica e possibilidade de autodefesa, enquanto o contraditório, viabiliza na prática a ampla defesa, impondo aos atos instrutórios em sentido amplo do processo a bilateralidade.

É cediço que o Direito Penal constitui a *ultima ratio*, protegendo os bens juridicamente mais importantes para a sociedade através da cominação de penas, dentre as quais encontramos a privação de liberdade. Nesse sentido, merece ser trazida à baila a célebre lição de Roxin:

A função constitucional do Direito Penal, no Estado Democrático, é dar proteção subsidiária aos bens jurídicos mais relevantes, através da proibição de condutas que possam colocá-los em situação de perigo não-autorizada.⁶⁹

Tal orientação é uníssona na doutrina nacional, mas há que se ressaltar, a título ilustrativo, haverem posições em sentido diverso no âmbito internacional. Há uma corrente,

⁶⁸ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm.

⁶⁹ ROXIN, Claus. *Iniciación al Derecho Penal de Hoy*. Tradução de Muñoz Conde e Luzón Pena. Sevilha: Universidade de Sevilha, 1981, p.27.

defendida dentre outros por Mezger e Jeschek⁷⁰, que prega ser a função precípua do Direito Penal a tutela dos valores éticos e sociais, de forma que apenas mediatamente se tutelaria os bens penais mais importantes.

Existe uma terceira posição, ainda mais conservadora, capitaneada por Jakobs⁷¹, sustentando que a função do Direito Penal é reafirmar a vigência da norma, uma vez que a tutela penal ocorre após a lesão do bem jurídico, de maneira que se torna necessário demonstrar perante a sociedade a validade da norma. Dessa forma, a proteção dos bens jurídicos mais relevantes aconteceria por mera consequência.

Vale destacar, por sua vez, no tocante ao Direito Processual Penal, a seguinte lição de Marcellus Polastri⁷²:

O conceito de processo é idêntico para todos os ramos de direito, sendo que o que difere o processo penal dos demais processos é o fato de que este é o conjunto de atos que visam à aplicação de uma norma penal ou processual penal, e, assim, deve ser aferida a identificação da natureza da pretensão deduzida para fins de identificar o tipo de processo.

Assim, em concisa conclusão, o Direito Processual Penal tutela o caminho que o Estado deve percorrer para fazer valer a sua pretensão punitiva, a chamada persecução penal. Isto posto, por estarmos lidando através dos mencionados ramos do direito com um dos valores supremos da humanidade, a liberdade, é justamente nessa área que a inobservância do Princípio do Contraditório acarretará as mais drásticas consequências.

Embora consagrado pela Constituição Federal de 1988 como uma garantia dos litigantes, o princípio do contraditório ainda não encontrou seus contornos definitivos. Antes mesmo da edição do CPC/2015, o Supremo Tribunal Federal (STF) e o próprio Superior Tribunal de Justiça (STJ) já vinham reconhecendo relevo cada vez maior ao mesmo, tornando possível, desde já, que se afirme que se tornou verdadeiro norteador da persecução criminal em sua fase processual, que alcança, excepcionalmente, até mesmo os inquéritos policiais.

O novo Código de Processo Civil, ao expandir a concepção de contraditório, passando a abranger a vedação à surpresa e o direito de influência, bem como redefinindo o dever de fundamentação, dentre outros, impactará sobremaneira na evolução do processo penal brasileiro.

⁷⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*, v. 1. Traducción y adiciones de derecho español por Santiago Mir Puig e Francisco Muñoz Conde. 3 ed. Barcelona: Bosch, 1978, p.14.

⁷¹ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo – Noções e Críticas*. 2ª ed. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.25.

⁷² POLASTRI, Marcellus. *Curso de Processo Penal. Volume 1*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.10.

É de bom alvitre realizarmos uma breve digressão histórica.

O irracionalismo da submissão dos contendores a jogos (duelos, juramentos, ordálias etc) tendentes a aflorar uma revelação divina para a solução de suas pendências, característica própria da cultura feudal, deu lugar, na sociedade medieval, ao método inquisitivo, cujos principais traços identificativos podem ser assim sintetizados: a) concentração das três funções do processo penal (acusação, defesa e julgamento) numa só pessoa; b) forma escrita; c) procedimento sigiloso; d) ausência de contraditório, erigindo-se o acusado em mero objeto de investigação; e) busca da verdade real, com emprego rotineiro da tortura como método investigatório na busca de uma confissão; f) sistema de valoração legal de prova; e g) prisão processual cautelar como regra. Como se vê, a solução dos conflitos deslocou-se da figura de Deus para o homem⁷³.

Nos séculos XVII e XVIII, com o advento do iluminismo, os ideais humanistas, dentre outros, de Beccaria (*Dos delitos e das penas*, 1764⁷⁴), Rosseau (*Contrato social*, 1764⁷⁵), Voltaire (*Preço da justiça*, 1777⁷⁶), Montesquieu (*Espírito das leis*, 1748⁷⁷) e a Revolução Francesa de 1789 ensejaram uma nova concepção das relações entre o Estado e os cidadãos, operando no campo político a substituição do absolutismo monárquico pela república e no campo processual penal a substituição do sistema inquisitivo por um sistema inquisitorial garantista (misto), composto basicamente por duas etapas: a primeira, denominada instrução, destinada à coleta de elementos de convicção pelo juiz de instrução, em que foram preservadas as principais características inquisitoriais (iniciativa judicial, sigilo, forma escrita, ausência de participação da defesa) e a segunda, denominada júízo, que se processava perante o júri ou um tribunal colegiado, com traços próprios do sistema acusatório (iniciativa do Ministério Público ou do ofendido, direito à assistência de um defensor, oralidade, publicidade e igualdade de oportunidade para ambas as partes).

⁷³ GIL, Fernando. *Provas*. Lisboa: Imprensa Nacional (Casa da Moeda), 1986, p.38.

⁷⁴ BECCARIA, Cesare bonesana. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Flório de Angelis, 2. reimpressão. São Paulo: EDIPRO, 1999.

⁷⁵ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Tradução de Lourdes Santos Machado; introdução e notas de Paulo Arbousse-Bastide e Lourival Gomes Machado. – 2. ed. – São Paulo: Abril Cultural, 1978.

⁷⁶ VOLTAIRE, François-Marie Arouet. *O Preço da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

⁷⁷ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Saraiva, 2000.

Com efeito, na França⁷⁸, a despeito das inovações legislativas introduzidas tanto pelo decreto de 8-9 de outubro de 1789 e pelo decreto de 16-24 de agosto de 1790, a ruptura integral com o sistema inquisitório consubstanciado na *Ordonnance* de 1670, somente implementou-se com a lei de 16 de setembro de 1791, a qual, em seu curto período de vigência e de convivência concomitante com a existência de tribunais e procedimentos de exceção, regulamentou o procedimento para o julgamento por jurados em matéria criminal, consagrou a oralidade e conferiu aos juízes o poder de avaliar livremente a prova, sem o dever de motivar suas decisões.

Ultrapassado o ímpeto inicial do movimento revolucionário, o Código de Instrução Criminal de 1808 instituiu, em substituição ao modelo inquisitório herdado das *Ordonnance* de 1539 e de 1670, o sistema misto bifásico, denominado por alguns autores de sistema inquisitorial garantista, cujos principais traços constitutivos já foram acima enunciados. Este sistema misto, resultante da mescla entre os sistemas inquisitório e acusatório, introduzido pelo Código de Instrução Criminal francês de 1808, com as guerras napoleônicas espalhou-se pelos ordenamentos dos diversos países da Europa Continental, consubstanciando-se até os dias atuais o modelo inspirador da maioria das legislações. Consoante averba Antônio Magalhães Gomes Filho⁷⁹:

O declínio dos juízos de Deus, que no sistema continental deu lugar ao procedimento inquisitório, em solo inglês teve como consequência a afirmação paulatina de uma instituição que ainda hoje domina o sistema de justiça anglo-americano⁸⁰: o júri.

Originariamente os jurados tinham a função de investigar e prestar testemunho sobre fatos relevantes para a Coroa (*jury of proof*). Esta prática ensejou posteriormente a instituição do *grand jury*, composto por doze homens de reputação ilibada, com a função, em matéria criminal, de resolver sobre a admissibilidade das acusações. Após a abolição dos denominados Juízos de Deus, pelo Concílio de Latrão (1215), instituiu-se o *petty jury* como forma usual de julgamento da culpabilidade ou inocência dos réus. Na atualidade existem três grandes sistemas

⁷⁸ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à Prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 28-31.

⁷⁹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à Prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 31.

⁸⁰ No tocante ao sistema de justiça anglo-americano: DAVID, René. *Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 279-391.

de investigação⁸¹: 1) dos “organismos policiais”; 3.2) do “juiz instrutor”; e 3.3) do “promotor investigador”.

No sistema dos “organismos policiais”, a Polícia não funciona como mero auxiliar, mas sim como verdadeiro dirigente da investigação, com plena autonomia para traçar as diretrizes da linha investigatória a ser seguida, produzindo as provas técnicas e testemunhais quando e como lhe aprouver, sem estar funcionalmente subordinada ao Poder Judiciário ou ao Ministério Público.

Não obstante, seja um sistema de investigação mais abrangente, teoricamente mais célere (a polícia está em todo o lugar) e econômico (recursos humanos menos especializados), certo é que o mesmo se encontra absolutamente superado, vez que na prática revelou uma atuação marcada por inúmeros traços de arbitrariedade, corrupção, desprezo pelos direitos fundamentais dos investigados, suscetível de sofrer os influxos da pressão do governo e dos veículos de informação. Excepcionalmente, na Inglaterra⁸² este sistema funciona satisfatoriamente, circunstância esta a ser creditada às peculiaridades culturais, sociais e políticas intrínsecas ao povo inglês.

Conquanto há alguns anos atrás tenha sido criado o Serviço Real de Persecução (*Crow Prosecution Service*), órgão público encarregado de deflagrar o processo criminal, sua atuação restringe-se a um número limitado de casos, razão pela qual pode-se asseverar que, na Inglaterra, predomina a acusação privada, sendo na maioria das vezes deflagrada pelos policiais assistidos por advogados (*prosecuting solicitors*).

Já no sistema do “juiz instrutor” (juizado de instrução), incumbe a um juiz, sujeito imparcial, dirigir e impulsionar de ofício (salvo nos delitos privados) as investigações, contando, para tanto, com o auxílio da polícia, que a ele se acha funcionalmente subordinada.

Na maioria dos sistemas concretos, tanto a defesa como o Ministério Público não passam de meros colaboradores do juiz instrutor, já que incumbe a este decidir sobre a realização ou não das diligências solicitadas, bem como sobre a abertura e conclusão do procedimento investigatório.

Alguns sistemas concretos admitem que, em se tratando de infrações penais de menor gravidade e complexidade, as investigações criminais possam ser diretamente conduzidas pelo Ministério Público.

⁸¹ LOPES JÚNIOR, Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.63-69.

⁸² DAVID, René. *O Direito Inglês*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

Neste sistema, o juiz instrutor, encarregado de dirigir as investigações na instrução preliminar e de determinar as medidas cautelares constritivas de direitos pessoais e reais do investigado, não pode posteriormente, em sendo deflagrada a ação penal, dirigir o processo criminal e julgar o réu. É que sua atividade na fase pré-processual importa em diversos prejuízos que comprometem definitivamente sua imparcialidade.

Este sistema que, entre outros países, é adotado na Espanha, França, Uruguai e Argentina, enseja maior credibilidade e efetividade dos elementos de convicção colhidos durante as diligências investigatórias, afinal o juiz instrutor é um sujeito imparcial. Contudo, levanta-se como crítica o fato de que quem investiga não pode simultaneamente ser o guardião dos direitos fundamentais do investigado.

Por derradeiro, existe um terceiro sistema, em que se sobressai na persecução a figura do "promotor". Neste sistema investigatório, que é adotado na maioria dos países da Europa Continental⁸³ (Alemanha, Itália, Portugal, Áustria, Bélgica etc), as diligências investigatórias, tem o valor probatório restrito ao fornecimento de elementos de convicção ao aludido órgão e servem como supedâneo para que este possa requerer medidas cautelares restritivas de direitos fundamentais ao juiz.

No Brasil, incumbe ao Ministério Público formar *opinio delicti* e promover, privativamente, a ação penal pública, nos termos do art. 129, I da CRFB/88⁸⁴, incumbindo às polícias civis e à polícia federal a realização das investigações criminais.

Por oportuno, registre-se que já houve profundo dissenso quanto à possibilidade do Ministério Público investigar diretamente os crimes, contudo, a questão foi pacificada pelo STF no ano de 2015⁸⁵, fixando-se a seguinte tese em repercussão geral:

O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei 8.906/1994, art. 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos,

⁸³ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias Constitucionais na Investigação Criminal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p.43-76.

⁸⁴ [...] Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei [...]

⁸⁵ STF. Plenário. RE 593727/MG, rel. orig. Min. Cezar Peluso, red. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, julgado em 14/5/2015 (repercussão geral) (Info 785).

necessariamente documentados (Súmula Vinculante 14), praticados pelos membros dessa Instituição⁸⁶.

Nesse sentido, mais uma vez se torna fundamental a consagração dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, eis que corroboram para a proteção dos direitos fundamentais, evitando abusos por parte do *Parquet* e da Polícia.

Contudo, não se trata de um sistema imune a críticas, as quais poderão, contudo, ser minimizadas, na medida em que se possibilite a manifestação da defesa antes do juiz se pronunciar sobre o recebimento ou não da denúncia, bem como a realização das diligências requeridas pela defesa que, numa cognição sumária, se revelarem passíveis de ilidir o recebimento da peça acusatória. Aqui, o princípio do contraditório participativo, caso seja albergado pela jurisprudência da forma que propugnamos, permitirá o aprimoramento de nosso sistema criminal, com a otimização da persecução penal e minimização dos riscos de punição de inocentes.

Comumente se busca vincular a origem do processo acusatório aos juízos criminais da primitiva República Romana, mas seguramente ele é anterior, remontando às antigas Repúblicas da Grécia⁸⁷.

Originariamente, enquanto se focalizou o delito pela ótica de ofensa a um interesse privado, o método acusatório consistia em se possibilitar ao ofendido e a seus parentes o direito de formularem junto às autoridades competentes uma acusação contra o autor do crime, sob o pressuposto de que “ninguém pode ser levado a juízo sem acusação”⁸⁸.

Posteriormente, passando o delito a ser enxergado como ofensa social, reconheceu-se a qualquer do povo, salvo raras exceções, na condição de cidadão, a faculdade de exercitar a acusação. Daí se evoluiu para a distinção entre delitos ofensivos aos interesses coletivos, cuja responsabilidade da acusação se atribuiu a um oficial público, na condição de representante da sociedade, e crimes que por lesarem, tão somente, interesses individuais, a acusação passou a ser desenvolvida exclusivamente pelos titulares dos bens ofendidos ou por seus parentes⁸⁹.

⁸⁶ Redação da tese aprovada nos termos do item 2 da Ata da 12ª Sessão Administrativa do STF, realizada em 09/12/2015.

⁸⁷ Cf. THONISSEN, *apud* CARRARA, Francesco. *Programa do Curso de Direito Criminal - Parte Geral*, vol. II. Tradução de José Luiz V. de A. Franceschini e J. R. Prestes Barra. São Paulo: Saraiva, 1957, p.313.

⁸⁸ CARRARA, Francesco. *Programa do Curso de Direito Criminal - Parte Geral*, vol. II. Tradução de José Luiz V. de A. Franceschini e J. R. Prestes Barra. São Paulo: Saraiva, 1957, p.313.

⁸⁹ *Ibidem*, p.313-314.

Nas palavras de Francesco Pagano⁹⁰: “as nações bárbaras desconhecem completamente o processo [...] A passagem à civilidade [...] se mede pela maneira de julgar”.

Efetivamente, o que distingue o método de justiça sumária dos bárbaros do processo penal, é que este objetiva conciliar dois objetivos aparentemente díspares: punir os culpados e paralelamente tutelar os inocentes. Há muito que o direito deixou de amparar a simples vingança, sintetizada na máxima “olho por olho, dente por dente”. Na sociedade moderna, o direito criminal tem uma função muito mais ampla, visando não apenas a vítima, mas toda a sociedade e o próprio infrator. Eis a razão pela qual, a reinserção social dos condenados tem gerado tantos debates na sociedade moderna. Outro não é o motivo pelo qual, referindo-se ao sistema acusatório, Carrara⁹¹ asseverou:

Este sistema apresenta, em máximo grau, as garantias da liberdade civil aos acusados; mas deixa em sério perigo a tutela do direito dos associados, e não é possível senão em um povo eminentemente educado nas virtudes cívicas.

Louvados nos ensinamentos de Ferrajoli⁹², podemos asseverar que, ao contrário do método inquisitório que preconiza uma relação processual vertical inquisidor-inquirido, do método acusatório resulta uma estrutura trigonal ou triangular com divisão dos papéis entre os três sujeitos do processo:

Controvertiam⁹³ os juristas a respeito da circunstância do nosso ordenamento jurídico contemplar ou não o sistema acusatório.

Rogério L. Tucci⁹⁴ encampa a tese do sistema misto, resultante da mescla entre os sistemas inquisitório e acusatório. Com efeito, enquanto nosso sistema investigatório (fase pré-processual ou preliminar) ostentaria feição inquisitória, a fase processual seria estruturada em torno do princípio acusatório.

Todavia, apesar do inquérito policial ser caracterizado pela inquisitorialidade, certas provas produzidas nesse momento podem deixar de ser reproduzidas na fase processual, como por exemplo as provas periciais. É o que se chama de contraditório postergado ou diferido, eis

⁹⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. Tradutores: Ana Paula Zomer et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.483.

⁹¹ CARRARA, Francesco. *Programa do Curso de Direito Criminal - Parte Geral*, vol. II. Tradução de José Luiz V. de A. Franceschini e J. R. Prestes Barra. São Paulo: Saraiva, 1957, p.315.

⁹² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. Tradutores: Ana Paula Zomer et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 482-498.

⁹³ Fazendo alusão à “estrutura acusatória do nosso processo penal”: MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*, vol. 1. Campinas: Bookseller, 1997, p.73.

⁹⁴ TUCCI, Rogério Lauria. *Persecução Penal, Prisão e Liberdade*. São Paulo: Saraiva, 1980, p.79-80.

que o mesmo ocorrerá, contudo em momento posterior, já na fase processual. No tocante aos demais elementos de investigação coletados, contudo, prevalece o entendimento de que não são provas, demandando a reprodução em juízo sob o crivo do contraditório, isto é, da participação da defesa e da acusação.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e conseqüentemente, com os princípios e garantias emanados desta Carta Magna, destacando-se obviamente o contraditório e a ampla defesa, podemos asseverar que o Brasil adota o sistema acusatório. Esta é a orientação que tem predominado na doutrina atual.

Confirmando a indissociável relação entre o princípio do contraditório, consagrado no brocardo latino *audiatur est altera pars*⁹⁵, e o sistema acusatório, configurando aquele alicerce necessário deste, destaca-se a lição de Tourinho⁹⁶:

Em todo processo do tipo acusatório, como o nosso, vigora tal princípio, segundo o qual o acusado, isto é, a pessoa contra quem se propõe a ação penal, goza do direito primário e absoluto da defesa. O réu deve conhecer a acusação que se lhe imputa para poder contrariá-la, evitando, assim, possa ser condenado sem ser ouvido.

Evidentemente, apesar das reformas pontuais de nosso Código de Processo Penal realizada pelas leis 11 690/08 e 11 689/90, por ser ele da década de 40, permanecem uma série de resquícios daquela época que se tornou notória pelo autoritarismo.

Assim, a doutrina já era uníssona em exigir a análise das normas processuais à luz dos princípios consagrados pela Lei Maior, realizando o processo que se convencionou chamar de *filtragem constitucional*⁹⁷.

Isto posto, observa-se que a busca pelo purismo do sistema acusatório não ocorreu de maneira imediata, mas vem lentamente se estabelecendo entre nós, seja através de novas leis como as que vêm reformando o Código de Processo Penal, seja através das decisões emanadas do Supremo Tribunal Federal.

Assim sendo, observa-se que a instituição dos princípios do contraditório e da ampla defesa há 20 anos atrás (promulgação de nossa atual Carta Magna), além de terem constituído os alicerces do sistema acusatório, vem gerando reflexos e uma mudança gradual de paradigmas até os dias de hoje⁹⁸.

⁹⁵ Sobre qualquer alegação de uma parte, a parte contrária deve ser ouvida.

⁹⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, vol. 1. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.49.

⁹⁷ POLASTRI, Marcellus. *Curso de Processo Penal*, 9ª ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016, p.8-9.

⁹⁸ PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p.207

4.3. O princípio do contraditório na dimensão participativa

A partir da 2ª metade do Século XX, surge o denominado *contraditório participativo*, no qual se amplia a atuação das partes ao longo do processo, enquanto o juiz passa a assumir figura ativa apta a coordenar o diálogo e a cooperação entre elas, tornando a comunicação verdadeira via de mão dupla, em que todos os envolvidos ouvem e são ouvidos num processo dialeticamente estruturado, construindo em conjunto a solução da causa. O processo, passa assim, a ser verdadeiro instrumento de realização dos valores da pessoa humana.

Nesse sentido, há que se abrir a possibilidade de através desse diálogo, as partes, assim como eventuais interessados, participarem da formação do convencimento do juiz, influenciando, por conseguinte, no resultado do processo. É o direito de influência advindo do Princípio do Contraditório.

Juntamente com o princípio da isonomia, destaca com propriedade Humberto Dalla, o contraditório constitui importante premissa democrática que com ele se relaciona de modo a garantir um efetivo equilíbrio entre as partes.⁹⁹

Comoglio salienta que, na Alemanha, o princípio do contraditório participativo ganhou feição constitucional:

graças a uma tríplice ordem de situações subjetivas processuais, na qual a qualquer parte vêm reconhecidos: 1 – o direito de receber adequadas e tempestivas informações, sobre o desencadear do juízo e as atividades realizadas, as iniciativas empreendidas e os atos de impulso realizados pela contraparte e pelo juiz, durante o inteiro curso do processo; 2 – o direito de defender-se ativamente posicionando-se sobre cada questão, de fato ou de direito, que seja relevante para a decisão da controvérsia; 3 – o direito de pretender que o juiz, a sua vez, leve em consideração as suas defesas, as suas alegações e as suas provas, no momento da prolação da decisão.¹⁰⁰

Conforme leciona Ronaldo Brêtas¹⁰¹, o princípio do contraditório, que já se considerou ser o binômio: informação e reação, implica, na dimensão participativa, num quadrinômio composto dos seguintes elementos: Informação, Reação, Diálogo e Influência.

⁹⁹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Os Princípios e as Garantias Fundamentais no Projeto de Código De Processo Civil: Breves Considerações Acerca Dos Artigos 1º A 12 Do Pls 166/10. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Volume VI, p.27. Disponível em: www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/download/7984/5770, último acesso em 10/08/16.

¹⁰⁰ COMOGLIO, Luigi Paolo. Voce: Contraddittorio (Principio del). In: *Enciclopedia giuridica*. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1988, vol. 8, p. 6.

¹⁰¹ A Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro deu início, no dia 02 de março de 2015, ao “Congresso Brasileiro sobre o novo Código de Processo Civil”, no qual o Professor Ronaldo Bretas proferiu a palestra “O novo CPC e o Processo Constitucional”, abordando o tema.

Informação, no sentido de que, os envolvidos devem ser adequadamente notificados de todos os atos processuais, preferencialmente através de comunicações reais e de maneira prévia. É aceitável, mas apenas excepcionalmente, que ocorra o chamado contraditório postergado, isto é, que a parte seja notificada da prática de um ato a posteriori, desde que isto ocorra de maneira fundamentada e em virtude da ponderação de interesses existentes no caso concreto, sopesando-se os riscos da falta de efetividade da decisão com o contraditório prévio ideal.

Reação, consistindo na possibilidade de as partes exporem suas alegações, propondo e produzindo provas (bem como de impugnar as produzidas por outrem), isto é, em síntese, é o direito de serem ouvidas.¹⁰²

Aqui, cabe destacar a associação existente entre o contraditório e a ampla defesa, sendo ambos erigidos como garantias fundamentais no mesmo inciso do artigo 5º da Constituição Federal, havendo quem considere esta última mero “aspecto substancial do princípio do contraditório”.¹⁰³ Certo é que estão intrinsecamente relacionados, e que a ampla defesa é a possibilidade de uma parte (não necessariamente o réu, posto a possibilidade de alternância momentânea das posições jurídicas ao longo do processo) se manifestar adequadamente após a outra.

Diálogo, como ferramenta tipicamente democrática, evidencia a necessidade de abertura de vias comunicativas entre o juiz e as partes, bem como entre estas, que devem cooperar em prol de uma solução jurisdicional dialeticamente construída. Influência, por sua vez, é o direito das partes e o dever do juiz de recepcionar a manifestação daquelas de forma efetiva, e não puramente formal, como parte da práxis. A possibilidade de influenciar a tomada de decisão configura verdadeiro direito de participação, contribuindo para a legitimação da decisão a ser proferida. Evidencia-se, assim, que o contraditório deve ser visto como um verdadeiro direito fundamental, traço distintivo do processo no Estado Democrático de Direito, permitindo a efetiva participação do indivíduo¹⁰⁴ na construção de um ato de poder.

¹⁰² MESQUITA, Gil Ferreira de. *Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa no Processo Civil Brasileiro*, São Paulo: Juarez Oliveira, 2003, p.195.

¹⁰³ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, Vol. I, 12. ed., Salvador: Juspodivm, 2010, p.55. Nesse trecho, Didier aduz que contraditório e ampla defesa formam um “*belo casal*”. Em nosso sentir, contraditório e ampla defesa são como irmãs, durante o período monárquico brasileiro. Só que a ampla defesa é a irmã feia, que nunca é escolhida para dançar nos bailes. Enquanto que o contraditório é a irmã bonita, cortejada por todos, mas que tem sempre que levar a irmã feia a tiracolo, por imposição dos pais.

¹⁰⁴ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. In: *Revista AJURIS*, n. 74, 1998.

Poderíamos dizer, seguindo as lições de Ângela Espindola e Igor Santos, que a democracia, no bojo do processo, recebe o nome de contraditório¹⁰⁵. Assim, a participação processual¹⁰⁶, como expressão da democracia, se materializa através de um contraditório efetivo, visualizado nessa nova roupagem, é elemento essencial e fator de legitimação democrática das decisões judiciais (em última análise, do próprio poder jurisdicional), repudiando a visão ultrapassada que focaliza a parte como simples objeto do pronunciamento judicial no *iter* procedimental¹⁰⁷, passando a reconhecê-la como sujeito de direitos. Arremata Leonardo Greco¹⁰⁸:

Como expressão do princípio político da participação democrática, o contraditório não é mais exclusivo do processo judicial, mas se estende a todas as atividades dos poderes públicos de que podem resultar decisões que atinjam a liberdade, o patrimônio ou a esfera de interesses de cidadãos determinados. Quando os possíveis atingidos não são determináveis, audiências públicas e outros procedimentos podem tornar viável a sua participação no processo de tomada de decisões dos poderes públicos.

Assim, concretizou-se mudança paradigmática, erigindo-se o contraditório participativo como verdadeiro instrumento de proteção à dignidade humana no Estado Democrático contemporâneo, e, graças a jurisprudência das cortes constitucionais da Alemanha, Itália e Espanha, bem como da Corte Europeia de Direitos Humanos, essa concepção se espalhou por toda a Europa Ocidental, alcançando países cujo processo judicial seguia tradições históricas extremamente assimétricas.

¹⁰⁵ ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira; SANTOS, Igor Raatz dos. O processo civil no estado Democrático de direito e a releitura das garantias constitucionais: entre a Passividade e o protagonismo judicial. In: *Revista NEJ - Eletrônica*, Vol. 16 - n. 2, maio- ago 2011, p.150-169. Disponível em siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/3278/2061, último acesso em 10/02/2016.

¹⁰⁶ CAPPELLETTI, Mauro. Spunti in tema di contraddittorio. In: *Studi in memoria di Salvatore Satta*. Volume primo. Padova: Cedam, 1982. p.210.

¹⁰⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O juiz e o princípio do contraditório. In: *Revista de Processo*, n. 73. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p.10.

¹⁰⁸ GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. In: *Revista Dialética de Direito Processual*, n° 24, março de 2005, ed. Dialética, São Paulo, págs.71/79.

4.4. O princípio do contraditório no Código de Processo Civil de 2015

Nesse contexto, entrou em vigor o novo Código de Processo Civil, de espírito e conteúdo “democrático”, na feliz expressão do Ministro Luiz Fux¹⁰⁹, incorporando em seu seio não só o contraditório participativo como as demais garantias constitucionais, como por exemplo, a necessidade de duração razoável dos processos e de fundamentação das decisões judiciais.

Basta manusear o referido diploma para se sepultar qualquer dúvida sobre isso, uma vez que o primeiro capítulo, intitulado “Das normas fundamentais e da aplicação das normas processuais”, inicia-se com dispositivo repleto de simbolismo (art. 1º):

Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

Não obstante ser imperiosa a interpretação das normas processuais à luz da Constituição Federal desde sua promulgação, a previsão é salutar e tem caráter didático, desvelando o espírito democrático do Código e consagrando a constitucionalização do processo.

Isto posto, passemos a verificar de que forma o novo Código alçou o contraditório participativo a verdadeiro traço distintivo do processo democrático. Nesse sentido, cabe trazer à baila o art. 7º:

Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

Gize-se que o dispositivo não se contenta com o simples contraditório, atribuindo ao juiz o dever de zelar pelo efetivo contraditório, consagrando os matizes modernos da Informação, Reação, Diálogo e Influência. No ponto, restam explicitadas diversas formas de “reação”, através das quais os envolvidos no processo “dialogam”, buscando “influenciar” no convencimento do julgador, emergindo, assim, novo paradigma processual.

No ponto, cabe trazer à baila a célebre indagação: “como as partes podem influir no convencimento do juiz se não sabem o que ele pensa?”¹¹⁰

¹⁰⁹ A Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro deu início, no dia 02 de março de 2015, ao “Congresso Brasileiro sobre o novo Código de Processo Civil”, recebendo o Presidente da Comissão responsável pela criação do anteprojeto do novo CPC, ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux para a palestra “O Código de Processo Civil Democrático”, que foi proferida pelo ilustre ministro na EMERJ no dia 02/03/2015.

¹¹⁰ GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil, vol I*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.541.

A resposta a essa pergunta, materializa-se na translúcida adoção do contraditório participativo, que deflui de maneira instantânea da leitura do art. 10, o qual estabelece a vedação da surpresa, verdadeiro corolário do contraditório:

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Registre-se que essa concepção já havia sido adotada pelo anterior Código de Processo Civil Francês, sendo mantida no art. 16 do atual Código de Processo daquela nação.

O juiz deve coordenar a interação entre as partes, abrindo-se ao diálogo e construindo em conjunto as decisões proferidas, com a efetiva participação e influência das partes, permitindo que o processo atinja o melhor resultado, distinguindo-se pela plena efetividade e adequação, e qualificado pelo proceder democrático, verdadeiro fator de legitimação das sentenças. Só assim torna-se verdadeiramente concretizado o acesso à Justiça.

Espancando qualquer dúvida acerca da relevância do contraditório, salta aos olhos a previsão de nulidade ou de ineficácia para as sentenças proferidas sem a devida integração com o contraditório, ou melhor, proferidas sem o devido diálogo capaz de legitimá-las, em nítido desacordo com o caráter democrático do processo:

Art. 115. A sentença de mérito, quando proferida sem a integração do contraditório, será:

I - nula, se a decisão deveria ser uniforme em relação a todos que deveriam ter integrado o processo;

II - ineficaz, nos outros casos, apenas para os que não foram citados.

Parágrafo único. Nos casos de litisconsórcio passivo necessário, o juiz determinará ao autor que requeira a citação de todos que devam ser litisconsortes, dentro do prazo que assinar, sob pena de extinção do processo.

Por outro lado, atento à concretização do real e amplo acesso à justiça, o Código assegura a gratuidade para a prática dos atos processuais inerentes ao exercício do contraditório a quem não possuir recursos, pois não há processo democrático sem a viabilização do contraditório participativo.¹¹¹

A relevância do contraditório também se observa no tocante à modificação do pedido ou da causa de pedir, que também encontra limites no predito princípio, posto ser possível entre a citação e o saneamento do processo, desde que assegurado o contraditório, mediante

¹¹¹ Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.
§ 1º A gratuidade da justiça compreende: [...] VIII - os depósitos previstos em lei para interposição de recurso, para propositura de ação e para a prática de outros atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório. (grifado)

manifestação do réu, facultado o requerimento inclusive de prova suplementar¹¹².

Como dito, em alguns casos, o direito à informação, que precede a reação, pode ser postergado excepcionalmente, em atenção à ponderação de interesses em possível conflito, mas nunca suprimido, sendo este o entendimento acolhido pelo art. 372¹¹³, que exige o contraditório para admissão da prova emprestada, e o art. 962¹¹⁴ que admite a execução de decisão estrangeira concessiva de medida de urgência, sem audiência do réu, desde que garantido o contraditório posterior.

Até mesmo nos notáveis avanços do novo Código se observa o traço distintivo do contraditório participativo, como ocorre no tratamento das questões prejudiciais, que atendidos alguns requisitos, entre os quais o contraditório prévio e efetivo (gize-se que mais uma vez o diploma frisa a necessária efetividade do princípio), sofrerão os influxos da coisa julgada¹¹⁵.

Dentro dessa concepção de contraditório participativo como alicerce do processo democrático, o novo Código de Processo Civil consagra ainda a cooperação, como verdadeiro princípio, abrangendo a boa-fé que deve nortear o diálogo entre os envolvidos em um processo justo. Nesse sentido, é a previsão do art. 6º:

Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Contudo, é possível vislumbrar a cooperação, reflexo do contraditório participativo, em diversos outros dispositivos, como no art. 3º, §3º, que impõe a permanente busca pelos métodos de solução consensual de conflitos por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, deixando claro que todos os mencionados atores, ao interagirem e

¹¹² Art. 329. O autor poderá:

[...]

II - até o saneamento do processo, aditar ou alterar o pedido e a causa de pedir, com consentimento do réu, assegurado o contraditório mediante a possibilidade de manifestação deste no prazo mínimo de 15 (quinze) dias, facultado o requerimento de prova suplementar. (grifado)

¹¹³ Art. 372. O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório. (grifado)

¹¹⁴ Art. 962. É passível de execução a decisão estrangeira concessiva de medida de urgência.

[...] § 2º A medida de urgência concedida sem audiência do réu poderá ser executada, desde que garantido o contraditório em momento posterior. (grifado)

¹¹⁵ Art. 503. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida.

§ 1º O disposto no caput aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentemente no processo, se:

[...]

II - a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia.

dialogarem, deverão estimular o alcance do consenso, ainda que no curso do processo¹¹⁶, bem como no art. 5º, ao prescrever o dever de boa-fé¹¹⁷ a todos que participam do processo, revelando verdadeiro dever anexo da cooperação e premissa para o diálogo efetivo.

Em que pesem as posições antagônicas das partes e a distinção destas com a posição do juiz, todos os sujeitos do processo estão inseridos dentro de um complexo de relações jurídicas (ou dentro de uma mesma relação jurídica) e devem colaborar entre si para que essa relação, que é dinâmica e visa a um determinado fim, desenvolva-se razoavelmente até a resposta jurisdicional final.

Registre-se que na Alemanha se proclama o dever de cooperação há mais de 70 anos, enquanto na França e no Brasil (por todos, cite-se Barbosa Moreira), há pelo menos 40 anos já se defendia a cooperação como princípio do Processo¹¹⁸. A cooperação busca seu fundamento justamente na plenitude do contraditório, um dos grandes pilares do novo Código, alicerçando-se ainda na boa fé, na moralidade e na razoabilidade.

A principal crítica feita a cooperação é que ela seria utópica, limitando-se a ser verdadeira exortação, sob a alegação de que o processo envolve um litígio e as partes se consideram adversárias. Entretanto, não é demais recordar, que até mesmo na guerra, há a instituição de regras básicas entre os inimigos.

Assim, consoante o escólio de Eduardo Talamini¹¹⁹, a cooperação englobaria a necessidade de esclarecimento das manifestações, sanando-se eventuais obscuridades, seja das partes ou do juiz; diálogo, como imposição do contraditório participativo, prevenção de erros, e auxílio mútuo, como no caso da distribuição dinâmica da prova, flexibilização procedimental, e dilação dos prazos.

¹¹⁶ Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial. (grifado)

¹¹⁷ Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

¹¹⁸ A Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro deu início, no dia 02 de março de 2015, ao “Congresso Brasileiro sobre o novo Código de Processo Civil”, onde o Dr. Eduardo Talamini proferiu palestra sobre o “Dever de cooperação no novo CPC”, expondo sua visão sobre o tema.

¹¹⁹ Ibidem.

A íntima relação, quase simbiótica, entre o contraditório participativo e a cooperação, salta aos olhos na previsão disposta no art. 357, §2º e 3º, que admite um “saneamento compartilhado”¹²⁰:

Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo: [...] § 2º As partes podem apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incisos II e IV, a qual, se homologada, vincula as partes e o juiz. § 3º Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações.

O diálogo, exigido pelo contraditório participativo, demanda a participação das partes no saneamento de causas complexas, devendo o juiz realizá-lo em cooperação com as partes, materializando a figura do Juiz “Hermes”, proposta por François Ost¹²¹, no qual a interação entre as partes e o juiz efetiva a democracia participativa no seio do Poder Judiciário, ao mesmo tempo em que legitima a decisão proferida.

¹²⁰ Fernando Gajardoni, em artigo publicado no site JOTA, considera o saneamento compartilhado como hipótese de negócio jurídico processual típico, assim como a calendarização processual prevista no art. 191 do NCPC. Disponível em <http://jota.info/colunas/novo-cpc/o-saneamento-compartilhado-no-ncpc-08082016>, último acesso em 20 jan. 2017.

¹²¹ Sobre o assunto, assim se posiciona o professor Lenio Luiz Streck: “[...]Uma discussão que atravessa os anos institucionalizou os modelos de juiz, como sendo Júpiter, Hércules, Hermes, a partir de um conhecido texto de François Ost (1993, p. 170-194), em que o professor belga propõe uma espécie de juiz pós-moderno-sistêmico (Hermes) que atuaria em rede e superaria, com grande vantagem, os “modelos anteriores”. Com efeito, para Ost, basicamente a teoria do direito trabalha com dois modelos de juiz, que também simboliza(ria)m “modelos de direito” (Júpiter e Hércules). Consequentemente, simbolizaram também os modelos de jurisdição. O primeiro representaria o modelo liberal-legal, de feição piramidal-dedutivo, isto é, sempre dito a partir do alto, de algum “Monte Sinai”; esse direito adota a forma de lei e se expressa em forma de imperativo, vindo a ser representado pelas tábuas da lei ou códigos e as Constituições modernas, sendo que dessa parametricidade é que são deduzidas as decisões particulares. Já o modelo herculeano está sustentado na figura do juiz, que seria a única fonte do direito válido. Trata-se de uma pirâmide invertida, no dizer de Ost. É Dworkin quem, no dizer do autor, ao revalorizar até o extremo a figura do juiz moderno, atribui-lhe as características de Hércules. Embora diga que não pretende “equiparar” a tese de Dworkin aos realistas ou pragmatistas, Ost termina por colocar no Hércules dworkiano os “defeitos” que caracterizariam o juiz “monopolizador da jurisdição” no modelo de direito do Estado Social, em que o direito “se reduz ao fato”, enfim, à indiscutível materialidade da decisão. Esse juiz propiciaria um decisioinismo, a partir da proliferação de decisões particulares.

Como contraponto, Ost apresenta um tertius genus, o juiz Hermes, que adota a forma de rede; nem um polo, nem dois, isto é, nem a pirâmide e nem um funil, e tampouco a superposição dos dois, senão uma multiplicidade de pontos de inter-relação; um campo jurídico que analisa como uma combinação infinita de poderes, tanto separados como confundidos, amiúde intercambiados; uma multiplicação dos atores, uma diversificação de regras, uma inversão de réplicas; tal circulação de significados e informações não se deixa aprisionar em um código ou em uma decisão: expressa-se sob a forma de um banco de dados. Assim, segundo Ost, o direito pós-moderno, o direito de Hermes, é uma estrutura em rede que traduz em infinitas informações disponíveis instantaneamente e, ao mesmo tempo, dificilmente matizáveis. Trata-se, em síntese, de uma teoria lúdica do direito. O juiz Hermes não é nem transcendência nem imanência; encontra-se em uma e outra dialética ou paradoxalmente (uma e outra)” in Streck, Lenio Luiz. *O (Pós-)positivismo e os propalados modelos de juiz (Hércules, Júpiter e Hermes) – dois decálogos necessários*. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais. Vitória: n.7, jan.- jun. 2010, p.15-45.

Nesse sentido, a possibilidade de acordos processuais disposta pelo §2º do art. 357 do CPC/2015, em reforço a previsão das convenções processuais inscrita no art. 190¹²² do mesmo diploma, é mera consequência lógica.

Assim, no Estado Democrático de Direito, o cidadão deve passar a ser visto como participante, e não como simples objeto da intervenção social do Estado¹²³. Isto posto, o processo deve incorporar essa premissa, à luz da Constituição Cidadã, e o traço distintivo deste modelo de processo constitucional é o contraditório participativo.

¹²² Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

¹²³ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 2006, p.191.

5. A APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 AO PROCESSO PENAL: A ÁRVORE PROCESSUAL

A partir das premissas dos modernos mestres italianos, como Ferri, Comoglio, Taruffo, Trocker e Varano, entre outros¹²⁴, o processo é visto, necessariamente, sob o prisma constitucional. Se o ordenamento jurídico fosse uma árvore, o direito constitucional seria o tronco e o processo civil seria um ramo ou galho dessa árvore.

Nessa ordem de ideias, a confluência das normas processuais constitucionais com as normas fundamentais previstas no CPC/2015 resulta no ponto em que nasce a copa da árvore e de onde se originam todos os ramos.

Por sua vez, as normas processuais penais, nascidas em sua maioria em 1941, são ramos antigos e, por vezes, já secos e sem vida, num evidente descompasso com o restante da árvore processual. Enquanto isso, as normas emanadas do CPC/2015 brotam e florescem, como se chegassem a primeira primavera, dando vida a densa e robusta copa metafórica.

Evidencia-se, portanto, a notória integração entre os diversos ramos do processo, como resultado de sua origem comum, qual seja, o paradigma processual oriundo de nossa Carta Magna.

Marcelo Cattoni adverte com propriedade:

Assim, no Brasil e cada vez mais em toda parte, a Constituição estabelece um verdadeiro Modelo Constitucional do Processo, estruturante do Direito Processual, que não pode ser desconsiderado, sob pena de inconstitucionalidade e até mesmo de descaracterização do instituto do processo enquanto tal. Nosso controle de constitucionalidade pode dar-se como preliminar de mérito em qualquer processo, cível ou penal, de tal forma que todo cidadão tem o direito de se opor ou de arguir uma inconstitucionalidade e todo juiz ou tribunal, da primeira a última instância, não só pode, mas deve, como atividade típica e função intrínseca à jurisdição brasileira, apreciar a constitucionalidade da lei ou ato normativo de qualquer espécie, negando a aplicação de comando eivado de inconstitucionalidade.¹²⁵

Outra não é a lição de José Alfredo Oliveira Baracho¹²⁶:

Existem diversas concepções sobre a Teoria ou doutrina geral do processo ou do Direito Processual que parte da sistematização dos princípios, conceitos e

¹²⁴ Ver, por todos, TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione: Problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Giuffrè, 1974.

¹²⁵ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Contribuições para uma teoria discursiva da constituição e do processo constitucional. In: Fredie Didier Junior. (Org.). *Teoria do Processo-Panorama doutrinário mundial-segunda série*. 1.ed.Salvador: Juspodivm, 2010, v. 1, p.615-644.

¹²⁶ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p.320-322.

instituições comuns a todos os ramos do processo, estudados de maneira unitária, de conformidade com as instituições fundamentais de toda a disciplina processual. Em cada um dos segmentos pertencentes ao campo do Direito Processual, existem matizes e modalidades peculiares que não impedem a existência de direcionamentos gerais. A independência das diversas disciplinas processuais, a respeito do direito substantivo, é relativamente recente, sendo que a distinção se iniciou com o Direito Processual Civil e o Direito Processual Penal, sendo que apenas mais tarde surgiram outros segmentos, como o Direito Processual Administrativo, o Direito Processual do Trabalho, o Direito Processual Agrário e novos segmentos da processualística. Com o tempo apareceu a mais moderna orientação processualística, através do processo constitucional.

Aliás, por oportuno, cabe assentar ser necessária uma desmistificação das distinções envolvendo processo penal e civil. De fato, são muitas as peculiaridades envolvendo cada um dos ramos e não estamos aqui a propor a sua reunificação. Entretanto, a usual alegação de que o processo penal envolve a liberdade e o processo civil o patrimônio, e que por tal razão a distinção entre ambos seria ampla, simplesmente é uma grande falácia.

O processo civil pode envolver a liberdade, como é a hipótese da prisão do devedor de alimentos, enquanto que muitos dos processos penais hoje em dia dificilmente levam a uma pena de prisão. É o caso das infrações de menor potencial ofensivo, cujo contingente é enorme, destacando-se, ainda, que mesmo os crimes apenados com mais de 2 anos de prisão resultam, muitas vezes, em penas restritivas de direito ou pecuniárias, quando não ocorre a suspensão condicional do processo.

Noutro giro, contudo, em diversas ocasiões a questão patrimonial, típica do processo civil, pode levar o indivíduo a um desespero ainda maior do que a restrição temporária de sua liberdade. Ademais, temas essenciais como família, filiação e paternidade tem notório viés publicista.

Ante o exposto, resta evidente que tanto o processo penal quanto o civil, guardadas as suas especificidades, devem ser “justos”, ou seja, há que se zelar pelo respeito aos direitos fundamentais e se assegurar as garantias processuais constitucionais.

Marcelo Lessa Bastos exclama:

Ora, o princípio do devido processo legal não escolhe o ramo do processo para incidir. Deve ter aplicação tanto no processo civil, como no processo penal, e em sua dimensão substantiva, como é de conhecimento geral. E, dentro do ramo do processo em que está sendo aplicado, também não distingue a natureza do direito em questão.”¹²⁷

¹²⁷ BASTOS, Marcelo Lessa. A prova como realização do direito das partes e o papel do juiz numa teoria geral do processo. In: *BASTOS, Marcelo Lessa (Org.). Tributo a Afrânio Silva Jardim - Estudos e Escritos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v. 1. p.389.

Não obstante a existência de diversos autores negando uma teoria geral do processo única¹²⁸, posição com a qual não concordamos, inegável até mesmo para estes é a influência do processo civil no processo penal, a qual é ratificada pelos tribunais superiores em diversos julgados.

A aplicação supletiva e subsidiária se faz não só por força do disposto no art. 3º do CPP¹²⁹, como também por absoluta necessidade. E esta certamente aumentará com a vigência de um Código de Processo Civil moderno, cujos dispositivos e institutos podem revigorar as anacrônicas previsões do Código de Processo Penal, conferindo-lhe uma unidade interpretativa à luz do devido processo constitucional. Trata-se do diploma de maior relevo do Estado Democrático Constitucional.

Apenas a título ilustrativo, na época em que o nosso Código de Processo Penal entrou em vigor, isto é, em 1941, a máquina de escrever era o que havia de mais moderno e a principal forma de comunicação da população era através das cartas distribuídas pelos correios, enquanto em 2015, data de promulgação do CPC/2015, vive-se a era da informática, com *notebooks*, *smartphones* e *whatsapp*.

A atuação dos juízes, enquanto garantidores dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito, é imperiosa para consecução dos valores propalados pela Constituição também no processo penal.

O fenômeno aludido encontra paralelo no processo penal espanhol, conforme aponta Lorenz M. Bujosa Vadell (Catedrático de Derecho Procesal – Universidad de Salamanca):

A parte mais importante da legislação processual penal espanhola é contida basicamente na chamada *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, o nosso Código processual penal centenário, promulgada em setembro de 1882. Foi esta uma lei muito avançada no seu tempo, que instaurou em nosso país o julgamento oral e público, aberto unicamente pela dedução da acusação por alguém diferente do juiz ou tribunal sentenciador, não somente o Ministério Público, também o acusador particular, ou seja, a vítima ou o prejudicado pela infração criminal, e mesmo pelo acusador popular, isto é, qualquer cidadão que defende o interesse geral no processo penal. A regra claramente acusatória e garantista da fase de julgamento não se estendeu na fase precedente, que remanesceu em seus caracteres inquisitórios. No século XX, houve algumas regressões em reformas mais concretas. Mas foi a Constituição de 1978 e, principalmente, com o trabalho gradual do nosso Tribunal Constitucional quando se fez uma releitura do processo penal desde o ponto de vista dos direitos fundamentais,

¹²⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

¹²⁹ Art. 3º A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.

das liberdades públicas e das garantias essenciais, que se avançou para um processo justo.¹³⁰

Vadell faz ainda salutar reflexão:

Ainda hoje naturalmente o problema da efetividade das garantias constitucionais de conteúdo processual é uma questão central em qualquer Estado de Direito. Não pode ser de outra maneira também no ordenamento espanhol. A complexa tarefa de constitucionalização não pôde ainda terminar. É uma missão permanente. Temos problemas velhos que não tem ainda uma solução idônea na lei processual penal, e questões relativamente novas que precisam de normas concretas que não podiam ter sido previstas precisamente pela sua relativa novidade.¹³¹

As normas processuais constitucionais configuram o elemento nuclear de nosso sistema processual, no entorno da qual gravitam todas as demais normas de processo. Há, entretanto, profunda confluência entre as previsões constitucionais e as normas fundamentais do processo previstas no CPC/2015, que não só consolidam aquelas como conferem maior dimensão, razão pela qual devem se espraiar pelos demais ramos processuais.

Positivando o caráter central do Código de Processo Civil no direito processual pátrio, o art. 15¹³² determinou a aplicação subsidiária e supletiva do diploma ao processo eleitoral, trabalhista e administrativo quando ocorrer a ausência de normas próprias.

Curiosamente, todavia, a referida norma não faz referência ao processo penal. Contudo, não se trata de silêncio eloquente, já que o próprio CPP, em diversas passagens reconhece a aplicação subsidiária do CPC. Sepultando qualquer dúvida, a doutrina¹³³ e nossos tribunais superiores também possuem consolidada jurisprudência nesse sentido¹³⁴.

Registre-se que os processos criminais chegaram a ser previstos na redação do dispositivo durante a tramitação, mas, inacreditavelmente, a referência foi suprimida. Portanto, o art. 15 do CPC/2015 deve ser objeto de interpretação extensiva, de forma a abranger o processo penal.

¹³⁰ VADELL, Lorenzo M. Bujoso. Direito Processual Penal: novas orientações. In: *DIDIER Jr., Fredie (coord.). Teoria Geral do Processo: panorama mundial*. v. 02. Bahia: Ed. JusPodivm, 2010, p.500.

¹³¹ *Ibidem*, p.501.

¹³² Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

¹³³ PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.10-12; TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*, 5. ed., 10. tir. São Paulo: Saraiva, 2002, p.29.

¹³⁴ HC 63720/DF, Relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, data do Julgamento 05/10/2006, data da publicação/fonte DJ 13/11/2006 p. 285

Noutro giro, há que se ressaltar que o art. 3º do Código Processo Penal¹³⁵ é expresso em reconhecer a interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.

Cabe esclarecer, acolhendo-se as lições de Hermes Zaneti Junior¹³⁶, que:

a aplicação do CPC aos demais processos depende, contudo, de um duplo filtro de adaptação: (a) as normas do CPC não podem estar em conflito com os princípios e a lógica próprias do direito processual que será completado; (b) há necessidade de conformação constitucional no resultado obtido com a aplicação do CPC... Não havendo conflito entre as normas do ramo processual específico e não ocorrendo desconformidade com os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal é possível a aplicação.

Enquanto a aplicação supletiva consiste na utilização de normas de uma legislação dita “principal” para preencher lacunas existentes em outra, a aplicação subsidiária permite que duas leis se completem, conferindo ainda um sentido único ou geral ao ordenamento.

Por sua vez, a aplicação residual, que na verdade é um critério de controle interpretativa, está relacionada a impossibilidade de utilização de uma norma quando esta afronta a lógica e os princípios próprios de outro sistema.

Por oportuno, cumpre esclarecer que a interpretação extensiva é uma forma de classificação quanto ao resultado e ocorre quando o operador do direito amplia o âmbito de aplicação expressamente previsto na norma, de forma que o sentido nela explicitado seja estendido para passar a abarcar situações que não foram originariamente contempladas.

A interpretação analógica configura recurso específico de interpretação extensiva, através da qual, frequentemente, o próprio legislador, por ter consciência de que não pode prever todas as hipóteses, faz uso de uma fórmula casuística (intuito exemplificativo) seguida de uma fórmula genérica¹³⁷. Exemplo célebre é a qualificadora pertinente ao meio insidioso ou cruel inculpada no art. 121, §2º, III do CP¹³⁸.

¹³⁵ Art. 3º A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.

¹³⁶ ZANETI JR., Hermes. Aplicação supletiva, subsidiária e residual do CPC ao CPP. Precedentes normativos formalmente vinculantes no processo penal e sua dupla função. Pro futuro in malam partem (matéria penal) e tempus regit actum (matéria processual penal). In: *DIDIER JUNIOR, Fred (Coord.); CABRAL, Antonio do Passo. PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schiatti (Org.); Coleção Repercussões do Novo CPC: Processo Penal*. Salvador: Juspodivm, 2016.

¹³⁷ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*, 5ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

¹³⁸ Homicídio simples
Art. 121. Matar alguém:
Pena - reclusão, de seis a vinte anos.
[...]
Homicídio qualificado

A analogia, por sua vez, não se confunde com a interpretação analógica, sendo meio de auto-integração da norma e não forma de interpretação, consistindo na aplicação de disposição legal relativa a hipótese que guarde semelhança com outra para a qual não há solução prevista, como forma de materialização dos brocardos latinos *ubi eadem ratio, ubi eadem legis dispositivo* e *ubi eadem ratio ibi idem jus*.

O art. 3º do CPP admite expressamente o emprego da interpretação extensiva e da aplicação analógica, reconhecendo, ainda, a possibilidade de suplementação pelos princípios gerais do direito. No tocante a estes, grassa alguma controvérsia na doutrina, mas podemos afirmar, com convicção, que abarcam os princípios constitucionais.

Assim, a dignidade da pessoa humana, enquanto fundamento de nossa república, bem como o devido processo legal, o contraditório, a duração razoável dos processos, entre outros direitos fundamentais, devem não só nortear a interpretação de qualquer norma processual penal, como balizar o próprio processo penal.

O CPC/2015 reafirma uma série de princípios de lastro constitucional, como é o caso do contraditório, tornando-lhes normas fundamentais do processo e conferindo-lhes uma dimensão ainda mais ampla (no caso do contraditório, a versão participativa), sendo, portanto, imperiosa a sua aplicação supletiva e subsidiária a todas as demais legislações processuais.

Nesse diapasão, por exemplo, os princípios da boa-fé processual (art. 5º), cooperação (art. 6º), fundamentação adequada (art. 489, §1º) e respeito aos precedentes (art. 489, §1º, V e VI; 926 e 927) devem ser observados em todos os ramos.

Como salienta Hermes Zaneti Junior, “mesmo que o Código de Processo Penal, a legislação eleitoral e o microsistema de processo coletivo não contenham normas sobre precedentes, a regra geral estabelecida no art. 927, que prevê que todos os juízes e tribunais observarão os precedentes, é aplicável para todos estes sistemas”.¹³⁹

§ 2º Se o homicídio é cometido:

[...]

III - com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum;

¹³⁹ ZANETI JR., Hermes. Aplicação supletiva, subsidiária e residual do CPC ao CPP. Precedentes normativos formalmente vinculantes no processo penal e sua dupla função. Pro futuro in malam partem (matéria penal) e tempus regit actum (matéria processual penal). In: DIDIER JUNIOR, Fred (Coord.); CABRAL, Antonio do Passo. PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schiatti (Org.); *Coleção Repercussões do Novo CPC: Processo Penal*. Salvador: Juspodivm, 2016.

5.1. Do diálogo das fontes

O advento do CPC/2015 atrai a invocação do “diálogo das fontes”, permitindo que diversos de seus dispositivos tenham seu campo de aplicação espreado para outros ramos processuais.

Trata-se de uma teoria pós-moderna, idealizada pelo germânico Erik Jayme e aplicada, no Brasil, pela primeira vez, por Cláudia Lima Marques, a fim de preservar a coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil, permitindo que normas gerais mais benéficas supervenientes suplantassem a aplicação de norma especial (concebida para conferir tratamento privilegiado a determinada categoria), a fim de preservar a coerência do sistema normativo.

A referida autora, ao discorrer sobre a teoria, asseverou ser um método da nova teoria geral do direito muito útil e que pode ser usada na aplicação de todos os ramos do direito, privado e público, nacional e internacional, como instrumento útil ao aplicador da lei no tempo, em face do pluralismo pós-moderno de fontes, que não parece diminuir no século XXI¹⁴⁰.

A ideia não é nova. Santi Romano, desde 1918, defendia uma visão concreta do direito como um corpo vivo de normas, isto é, uma ordem jurídica seria um fenômeno da vida real¹⁴¹. Por sua vez, em 1935, Karl Larenz defendeu que a unidade do direito ensejava uma interpretação sistemática e coerente de normas¹⁴².

Analisando a evolução jurídica ocorrida desde a ascensão do positivismo até o florescimento do neoconstitucionalismo, Bruno Miragem assevera que:

A neutralidade judicial e sua vinculação estrita ao texto da lei são concebidas como limitação do poder do Estado, e sua ingerência sobre as relações entre particulares exigiu a formação de uma lógica rigorosa, que pressupõe a unidade do sistema normativo e a não contradição entre normas pertencentes ao mesmo ordenamento.... Ocorre que essas soluções ofertadas pela ciência do direito, com expresso objetivo de assegurar sua validade e autoridade frente ao caráter dinâmico das relações da vida sobre as quais deve incidir a norma, perdem atualidade em vista da crescente complexidade da sociedade contemporânea e da afirmação dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana como valores superiores do ordenamento jurídico. Esta circunstância, que remonta ao segundo pós-guerra e o constitucionalismo de

¹⁴⁰ MARQUES, Cláudia Lima. O “Diálogo das Fontes” como método da nova teoria geral do Direito: um tributo a Erik Jayme. In: *MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo das Fontes do Conflito à Coordenação de Normas no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.18-19.

¹⁴¹ ROMANO, Santi. *L'ordre juridique*. Reimp. Paris: Dalloz, 2002, p.5.

¹⁴² KRAMER, Ernst A. *Juristische Methodenlehre*. München: Beck, p.65.

valores que lhe sucede, determina que a interpretação e aplicação das normas jurídicas se orientam no sentido da realização dos direitos fundamentais.¹⁴³

Erik Jayme, ao analisar o reflexo da cultura da comunicação no direito, afirma que a “solução dos conflitos de leis emerge agora de um diálogo entre as fontes mais heterogêneas...” e que “[...] estas fontes todas não mais se excluem, ou não mais se revogam mutuamente; ao contrário, elas falam uma às outras e os juízes são levados a coordenar estas fontes escutando o que as fontes dizem.”¹⁴⁴

Assim, o “sistema jurídico pressupõe uma certa coerência – o direito deve evitar a contradição. O juiz, na presença de duas fontes... com valores contrastantes, deve buscar coordenar as fontes, num diálogo das fontes (*Dialog der Quellen*)”¹⁴⁵.

Cláudia Lima Marques¹⁴⁶ destaca que:

Ao valorar os princípios, normas e o sistema de valores imanentes nas Constituições na lista de direitos fundamentais de cada país, a teoria de Erik Jayme homenageia a lógica de aplicação das leis de Perelman, pois para este autor o direito tem uma função social a realizar, e, portanto, de uma forma realista, não pode ser concebido sem que se leve em conta a sociedade que deve reger.¹⁴⁷

Nessa linha de ideias, há que destacar o art. 5º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB)¹⁴⁸, que deve balizar a aplicação de todas as leis, e o art. 8º do CPC/2015¹⁴⁹, que segundo a nossa compreensão, é norma fundamental do processo, alcançando todos os ramos processuais.

¹⁴³ MIRAGEM, Bruno. Eppure si muove: Diálogo das Fontes como método de interpretação sistemática no Brasil. In: MARQUES, Cláudia Lima. *Diálogo das Fontes do Conflito à Coordenação de Normas no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p.70-71.

¹⁴⁴ JAYME, Erik. Identité culturelle et integration: le droit international privé postmoderne. In: *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye, Haye*, Nijhoff, 1995, II, p.259.

¹⁴⁵ JAYME, Erik. Direito Internacional e privado e cultura pós-moderna. In: *Cadernos do PPGD/UFRGS* 1, n. 1, p. 59-68, mar. 2003, p. 109.

¹⁴⁶ MARQUES, Cláudia Lima. O “Diálogo das Fontes” como método da nova teoria geral do Direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Cláudia Lima. *Diálogo das Fontes do Conflito à Coordenação de Normas no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p.18-19.

¹⁴⁷ PERELMAN, Charles. *Logique Juridique* (reimpressão histórica da 2ª ed de 1979). Paris: Dalloz, 1999. P. 175.

¹⁴⁸ Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

¹⁴⁹ Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Ambos impõem ao magistrado que, ao interpretar e aplicar as normas jurídicas, o faça buscando atender os fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, sendo que a norma processual, por ter sido editada já sob a égide da CRFB/88, ainda determina que se procure resguardar e promover a dignidade da pessoa humana, observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência, isto é, valores constitucionais.

O diálogo das fontes deve ser norteado pelos valores constitucionais e pelos direitos humanos ou fundamentais, possibilitando influências recíprocas entre diplomas diversos (por exemplo o CPC/2015 e o CPP), bem como a aplicação conjunta de duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente.

Trata-se, portanto, de uma expressão que simboliza um novo paradigma de coordenação e coerência, próprio para a interpretação de normas em tempos de fontes plúrimas. A aplicação do direito é, na pós-modernidade, um fenômeno complexo que dificilmente admite a simples subsunção do fato à norma, como ocorria no período napoleônico.

O diálogo das fontes, portanto, pode ser usado em várias áreas jurídicas, pressupondo que os direitos fundamentais e os valores constitucionais norteiem a aplicação, seja simultânea, complementar ou subsidiária, de várias fontes.

Através de seu emprego, afastam-se eventuais lacunas e até evita-se a necessidade de um exame concreto da inconstitucionalidade de alguma das normas, permitindo a escolha das leis a aplicar, na sua ordem e na interpretação delas conforme a Constituição.

Cabe destacar elucidativo trecho sobre a teoria, proferido em acórdão da relatoria do ministro Napoleão Nunes Maia Filho¹⁵⁰:

O Direito deve ser compreendido, em metáfora às ciências da natureza, como um sistema de vasos comunicantes, ou de diálogo das fontes (Erik Jayme), que permita a sua interpretação de forma holística. Deve-se buscar, sempre, evitar antinomias, ofensivas que são aos princípios da isonomia e da segurança jurídica, bem como ao próprio ideal humano de Justiça.

¹⁵⁰ AgRg no REsp 1483780, Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Órgão Julgador: Primeira Turma, data do julgamento: 23/06/2015, data da Publicação/Fonte DJe 05/08/2015.

Nesse sentido, há que se destacar que os Tribunais brasileiros acolheram plenamente a “teoria do diálogo das fontes”¹⁵¹, reconhecendo, inclusive, sua aplicação de forma específica no âmbito processual¹⁵².

Consoante Cláudia Lima Marques:

Como os critérios da escolástica eram três – hierarquia, especialidade e anterioridade -, esta nova visão deve ter “diálogos”: a nova hierarquia, que é a coerência dada pelos valores constitucionais e a prevalência dos direitos humanos; a nova especialidade, que é a ideia de complementação ou aplicação subsidiária das normas especiais, entre elas com tempo e ordem nesta aplicação, primeiro a mais valorativa, depois, no que couberem, as outras; e a nova anterioridade, que não vem do tempo de promulgação da lei, mas sim da necessidade de adaptar o sistema cada vez que uma nova lei nele é inserida pelo legislador. Influências recíprocas guiadas pelos valores constitucionais vão guiar este diálogo de adaptação sistemático.¹⁵³

A autora sustenta serem possíveis três tipos de diálogo entre as variadas leis:

¹⁵¹ REsp 1272827 (repetitivo), Relator: Ministro Mauro Campbell Marques DJe 31/05/2013, REsp 1184765 (repetitivo) Relator: Ministro Luiz Fux DJe 03/12/2010, RMS 49370, relator: Ministro Herman Benjamin, 20/05/2016, AgRg no REsp 1483780, Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. DJe 05/08/2015, REsp 1321614, Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino DJe 03/03/2015, AgRg no AREsp 360490, Relator: Ministro Herman Benjamin DJe 07/03/2014, REsp 1216673, Relator: Ministro João Otávio de Noronha DJe 09/06/2011, REsp 1009591, Relatora: Ministra NANCY ANDRIGHI DJe 23/08/2010

¹⁵² PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. EFEITO SUSPENSIVO. LEI 11.382/2006. REFORMAS PROCESSUAIS. INCLUSÃO DO ART. 739-A NO CPC. REFLEXOS NA LEI 6.830/1980. PRECEDENTES. 1. A defesa do executado, seja por meio de impugnação ao cumprimento da sentença (art. 475-M), ou pelos embargos ao título extrajudicial (art. 739-A), é desprovida de efeito suspensivo, podendo o juiz conceder tal efeito se o executado requerer e desde que preenchido os pressupostos do *fumus boni iuris* e *periculum in mora* e, como regra, garantido integralmente o juízo, consoante a nova sistemática do processo satisfativo, introduzida pelas Leis n.ºs 11.232/05 e 11.382/06. 2. A mesma ratio deve ser estendida às Execuções Fiscais (Lei 6.830/1980), posto receber aplicação subsidiária do CPC (art. 1º, da LEF) e não possuir regra específica acerca dos efeitos dos embargos à execução fiscal. 3. É cedido que: "No atual quadro normativo, a execução fiscal supõe prévia formação do título executivo, mediante procedimento administrativo em que se assegura o contraditório, no âmbito do qual se promove a constituição do crédito tributário e a inscrição em dívida ativa. Ademais, a própria execução fiscal comporta embargos do devedor com efeito suspensivo, se for o caso (CPC, art. 739-A, § 1º)" (AgRg na MC 13249/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, DJ 25/10/2007). 4. Conforme decidiu a 2ª Turma desta E. Corte, no Resp. n.º 1.024.128/PR, Rel. Min. Herman Benjamin: "A novel legislação é mais uma etapa da denominada "reforma do CPC", conjunto de medidas que vêm modernizando o ordenamento jurídico para tornar mais célere e eficaz o processo como técnica de composição de lides. Sob esse enfoque, a atribuição de efeito suspensivo aos embargos do devedor deixou de ser decorrência automática de seu simples ajuizamento. Em homenagem aos princípios da boa-fé e da lealdade processual, exige-se que o executado demonstre efetiva vontade de colaborar para a rápida e justa solução do litígio e comprove que o seu direito é bom. Trata-se de nova concepção aplicada à teoria geral do processo de execução, que, por essa ratio, reflete-se na legislação processual esparsa que disciplina microssistemas de execução, desde que as normas do CPC possam ser subsidiariamente utilizadas para o preenchimento de lacunas. Aplicação, no âmbito processual, da teoria do "diálogo das fontes" (DJ. 19/12/2008). 5. Deveras, a aferição pelo Tribunal a quo acerca de serem "relevantes os fundamentos dos embargos, e podendo a execução causar ao executado grave dano de difícil reparação" (fl.88) é insindicável pelo E. STJ, ante o óbice da Súmula 07. 6. Recurso especial não conhecido. (REsp 1065668/SC, Relator: Ministro Luiz Fux, Primeira Turma do STJ, data do Julgamento: 25/08/2009, data da Publicação/Fonte: DJe 21/09/2009) (grifado).

¹⁵³ MARQUES, Cláudia Lima. O “Diálogo das Fontes” como método da nova teoria geral do Direito: um tributo a Erik Jayme. In: *MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo das Fontes do Conflito à Coordenação de Normas no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p.30-31.

uma lei pode servir de base conceitual para outra, no que seria um “diálogo sistemático de coerência”, em especial se uma lei for geral e a outra especial, bem como se uma for centro do sistema e a outra configurar um microsistema específico; b) uma lei pode complementar a aplicação de outra, quando suas normas, princípios e cláusulas gerais encontrarem uso subsidiário ou complementar, hipótese em que resta afastada a revogação e ab-rogação clássicas (“diálogo de complementaridade e subsidiariedade”); e, por fim, c) o “diálogo de coordenação e adaptação sistemática”, em que ocorrem influências recíprocas entre sistemas, através das quais há a transposição das conquistas do *Richterrecht* (Direito dos juízes) alcançadas em uma lei para outra.¹⁵⁴

Como podemos observar, os três diálogos se mostram não só possíveis, como necessários, para um processo penal efetivo e ao mesmo tempo garantista. Imperiosa a leitura do vetusto CPP à luz a Constituição Federal e do vanguardista CPC/2015, já que as normas fundamentais previstas neste propalam justamente os valores previstos na Carta Magna, permitindo uma redemocratização do processo penal.

5.2. Do reconhecimento da aplicabilidade das disposições do CPC ao processo penal pelos Tribunais Superiores

Há que se ressaltar, em outro giro, que a jurisprudência já era pacífica quanto a aplicabilidade das disposições do CPC ao processo penal, havendo inúmeros precedentes de nossos Tribunais Superiores.

Exemplo emblemático de aplicação supletiva decorre do instituto da *perpetuatio jurisdictionis*, que era previsto no art. 87 do CPC/1973¹⁵⁵ e agora no art. 43¹⁵⁶ do CPC/2015. Trata-se da perpetuação da competência, cuja aplicação ao processo penal sempre foi reconhecida também pela doutrina.

¹⁵⁴ MARQUES, Cláudia Lima. O “Diálogo das Fontes” como método da nova teoria geral do Direito: um tributo a Erik Jayme. In: *MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo das Fontes do Conflito à Coordenação de Normas no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.32.

¹⁵⁵ Art. 87. Determina-se a competência no momento em que a ação é proposta. São irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem o órgão judiciário ou alterarem a competência em razão da matéria ou da hierarquia.

¹⁵⁶ Art. 43. Determina-se a competência no momento do registro ou da distribuição da petição inicial, sendo irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem órgão judiciário ou alterarem a competência absoluta.

Assim, em regra, a criação de novas varas, através de alterações em lei de organização judiciária, não implica em alteração da competência territorial do juízo no qual já teve início o processo, permanecendo a competência para o julgamento e tornando irrelevantes as modificações posteriores irrelevantes.

Em recente precedente, o STF enfrentou a questão, assentando que a criação superveniente de vara federal na localidade de ocorrência de crime doloso contra a vida não enseja a incompetência do juízo em que já se tenha iniciado a ação penal. Incide, no caso, o princípio da *perpetuatio jurisdictionis* que, apesar de só estar previsto no CPC (art. 87 do CPC 1973 / art. 43 do CPC 2015), é aplicável também ao processo penal por força do art. 3º do CPP.¹⁵⁷

No mesmo sentido, já havia se posicionado anteriormente o STJ¹⁵⁸, também reconhecendo que, por força do art. 3º do CPP, aplica-se o disposto no Código de Processo

¹⁵⁷ STF. 1ª Turma. HC 117871/MG e HC 117832/MG, Rel. Min. Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Min. Rosa Weber, julgados em 28/4/2015 (Info 783). “A criação superveniente de vara federal na localidade de ocorrência de crime doloso contra a vida não enseja a incompetência do juízo em que já se tenha iniciado a ação penal. Com base nesse entendimento, a Primeira Turma, em conclusão de julgamento e por maioria, denegou a ordem em “habeas corpus” em que se pleiteava o reconhecimento de nulidade de acórdão do STJ, proferido em sede de reclamação, que cassara decisão do juízo federal em Belo Horizonte/MG, o qual havia declinado de sua competência ante a criação de vara federal em Unai/MG, local em que teriam sido praticados homicídios de auditores-fiscais do trabalho. Sustentava-se, ainda, a ocorrência de cerceamento de defesa em face da ausência de intimação da parte interessada para se manifestar sobre a referida reclamação — v. Informativo 722. O Colegiado, de início, afastou a alegação de nulidade do julgamento da reclamação pelo STJ — sob a premissa de eventual cerceamento de defesa —, visto que seria recomendável, mas não obrigatória, a intimação do ora paciente para acompanhá-la na condição de interessado. Em relação à alegada incompetência superveniente da vara federal de Belo Horizonte/MG, a Turma asseverou que incidiria, no campo do processo penal, a figura da “*perpetuatio jurisdictionis*”, reiterado o que decidido no RHC 83.181/RJ (DJU de 22.10.2004). Nesse julgado, o STF entendera que a criação de novas varas, por intermédio de modificações na lei de organização judiciária, não alteraria a competência territorial do juízo criminal em que instaurado o feito criminal de forma pretérita, ressalvados os casos excepcionados no art. 87 do CPC (“Determina-se a competência no momento em que a ação é proposta. São irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem o órgão judiciário ou alterarem a competência em razão da matéria ou da hierarquia”). Partindo dessa premissa, não haveria que se falar em constrangimento ilegal flagrante, já que, ao se perpetuar a jurisdição da vara federal de Belo Horizonte/MG, teria havido apenas a observância dessa regra processual de caráter geral aplicável ao processo penal (CPP, art. 3º). Ademais, seria preciso levar em conta o fato de que outros corréus, também acusados dos crimes em questão, já teriam sido julgados pelo referido juízo. Portanto, eventual deslocamento do processo-crime para Unai/MG seria temeroso, uma vez que poderia comprometer o princípio da isonomia no julgamento dos envolvidos, que deveria ser observado nesses casos. Vencido o Ministro Marco Aurélio (relator), que concedia a ordem para fixar a competência da vara federal de Unai/MG.”

¹⁵⁸ PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 121, § 1º, INCISOS I, IV E V, DO CÓDIGO PENAL. COMPETÊNCIA. REGRA GERAL. LUGAR DA INFRAÇÃO. ART. 70, CAPUT DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. CRIAÇÃO DE NOVA VARA FEDERAL COM JURISDIÇÃO SOBRE O MUNICÍPIO ONDE SE DEU O CRIME, APÓS O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. FEITO EM ANDAMENTO. PERPETUATIO JURISDICTIONIS. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA (ART. 3º DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL) DO ART. 87 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PRISÃO PREVENTIVA. APLICAÇÃO DA LEI PENAL E GARANTIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. NECESSIDADE DA MEDIDA CONSTRITIVA DEVIDAMENTE DEMONSTRADA. I - A criação de nova vara federal com jurisdição sobre o município onde se deu a infração não implica em incompetência superveniente do juízo em que se iniciou a ação penal. II - Por força do art. 3º do Código de Processo Penal, aplica-se ao caso o disposto no art. 87 do Código de Processo Civil, levando à perpetuação do foro em respeito ao princípio constitucional do juiz natural (Precedentes do Pleno do

Civil, levando à perpetuação do foro em respeito ao princípio constitucional do juiz natural (Precedentes do Pleno do Pretório Excelso e desta Corte).

Com o advento do CPC/2015, o instituto se mantém aplicável, havendo mera alteração de sua localização.

O STF também já reconheceu a possibilidade de aplicação analógica do art. 191 do CPC/1973¹⁵⁹ ao processo penal, oportunidade em que foi ressaltado que se no processo civil, em que se discutem direitos disponíveis, concede-se prazo em dobro, com mais razão no processo penal, em que está em jogo a liberdade do cidadão¹⁶⁰.

Por oportuno, cumpre esclarecer que o Supremo, durante análise de questão de ordem no Inquérito 3.980, redefiniu o entendimento para as ações penais onde todos os interessados têm acesso simultâneo ao inteiro teor dos autos, indeferiram em votação unânime o pleito de prazo em dobro. Tal alteração ocorreu em virtude da vigência do novo Código de Processo Civil, que possui regra específica para o processo eletrônico (art. 229, §2º do CPC/2015¹⁶¹).

Com efeito, conforme salientou o ministro Teori, em seu voto, a impossibilidade de acesso simultâneo ao inteiro teor dos autos — que eram exclusivamente físicos — é que justificava a norma anterior que dava prazo em dobro para as partes, o que não ocorre no processo eletrônico, razão pela qual deve ser aplicado subsidiariamente o artigo 229, §2º do

Pretório Excelso e desta Corte). III - A prisão preventiva deve ser considerada exceção, já que, por meio desta medida, priva-se o réu de seu jus libertatis antes do pronunciamento condenatório definitivo, consubstanciado na sentença transitada em julgado. É por isso que tal medida constrictiva só pode ser decretada se expressamente for justificada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, ex vi do artigo 312 do Código de Processo Penal IV - Na presente hipótese, restou devidamente evidenciada a necessidade de sua imposição, mediante a demonstração de elementos concretos, que o réu, solto, poderá causar risco à instrução do feito, ou mesmo frustrar a provável aplicação da lei penal, razão pela qual mesmo em sendo a liberdade a regra, esta se mostra devidamente excetuada pois efetivamente demonstrada, em relação ao paciente, a existência de periculum libertatis. Habeas corpus denegado. (HC 63720/DF, Relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, data do Julgamento 05/10/2006, data da publicação/fonte DJ 13/11/2006 p. 285).

¹⁵⁹ Art. 191. Quando os litisconsortes tiverem diferentes procuradores, ser-lhes-ão contados em dobro os prazos para contestar, para recorrer e, de modo geral, para falar nos autos.

¹⁶⁰ STF. Plenário. Inq 3983/DF, rel. orig. Min. Teori Zavascki, red. p/ o acórdão Min. Luiz Fux, julgado em 3/9/2015 (Info 797). STF. Plenário. Inq 4112/DF, rel. orig. Min. Teori Zavascki, red. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, julgado em 1º/9/2015 (Info 797).

¹⁶¹ Art. 229. Os litisconsortes que tiverem diferentes procuradores, de escritórios de advocacia distintos, terão prazos contados em dobro para todas as suas manifestações, em qualquer juízo ou tribunal, independentemente de requerimento. § 1º Cessa a contagem do prazo em dobro se, havendo apenas 2 (dois) réus, é oferecida defesa por apenas um deles. § 2º Não se aplica o disposto no caput aos processos em autos eletrônicos.

CPC/2015, e não o caput¹⁶². Reiterou-se, portanto, a aplicação subsidiária do CPC ao processo penal.

Sepultando qualquer dúvida, há que se destacar recente precedente do STJ¹⁶³, em que foi pacificada a possibilidade de condenação em honorários advocatícios em caso de ação penal privada (AgRg no REsp 1.206.311-SP, Quinta Turma, DJe 11/6/2014), com base no princípio geral de sucumbência e na aplicação do Código de Processo Civil, invocando-se o disposto nos arts. 3º e 804 do CPP¹⁶⁴, em harmonia com o art. 20 do antigo CPC.

Como se não bastasse, a Quinta Turma do STJ assentou a aplicabilidade do princípio da cooperação, com base na aplicação subsidiária do CPC/2015,¹⁶⁵ admitindo que o juiz intime o membro do Parque para complementar a denúncia apresentando o rol de testemunhas¹⁶⁶:

Isso porque, a despeito da previsão legal do momento processual adequado para o arrolamento das testemunhas tanto para a acusação (art. 41 do CPP) quanto para a defesa (arts. 396 e 396-A), aspectos procedimentais devem ser observados pelas partes, devendo-se proceder a uma visão global do todo previsto, interpretando sistematicamente o CPP.E, nos termos do art. 284 do CPC, aplicado subsidiariamente ao processo penal, por força do art. 3º do Diploma Processual Penal, *Verificando o juiz que a petição inicial não preenche os requisitos exigidos nos arts. 282 e 283, ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor a emende, ou a complete, no prazo de 10 dias e, acaso se mantenha inerte a parte autora, deverá o magistrado, aí sim, nos termos do parágrafo único do art. 284 do CPC, indeferir a petição inicial. Referida previsão legal*

¹⁶² STF, INQ 3.980. Conforme notícia divulgada pelo STF no dia 07 de junho de 2016, disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=318237&tip=UN>, último acesso em 10 nov. 16.

¹⁶³ DIREITO PROCESSUAL PENAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS EM AÇÃO PENAL PRIVADA EXTINTA SEM JULGAMENTO DE MÉRITO. É possível condenar o querelante em honorários advocatícios sucumbenciais na hipótese de rejeição de queixa-crime por ausência de justa causa. É pacífica a orientação de possibilidade de condenação em honorários advocatícios em caso de ação penal privada (AgRg no REsp 1.206.311-SP, Quinta Turma, DJe 11/6/2014), com base no princípio geral de sucumbência e na aplicação do Código de Processo Civil. Nesse contexto, o antigo Código de Processo Civil - aplicado quando da condenação dos honorários advocatícios - previa a fixação da referida verba em razão da sucumbência da parte, independentemente da apreciação do mérito do feito, com suporte no princípio da causalidade. Assim, considerando que o regime de fixação de honorários advocatícios em sede de ação penal privada deve seguir a mesma lógica do processo civil, não há como aplicar de forma restritiva o CPC/1973, devendo responder por custas e honorários advocatícios a parte que deu causa ao ajuizamento da demanda, mesmo quando não enfrentado o mérito. Portanto, deve prevalecer o entendimento da Corte Especial sobre o tema (EDcl no AgRg na PET na APn 735-DF, DJe de 18/12/2015), a qual confirmou a possibilidade de fixação de honorários advocatícios em caso de rejeição de queixa-crime, fundamentando-se nos arts. 3º e 804 do CPP, em harmonia com o art. 20 do antigo CPC. (REsp 1.218.726-RJ, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 22/6/2016, DJe 1/7/2016)

¹⁶⁴ Art. 804. A sentença ou o acórdão, que julgar a ação, qualquer incidente ou recurso, condenará nas custas o vencido.

¹⁶⁵ Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

¹⁶⁶ RHC 37.587-SC, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 16/2/2016, DJe 23/2/2016 (Informativo n. 577).

foi aprimorada no Novo CPC, o qual dispõe no seu art. 321 que o juiz tem o dever de, ao verificar que a petição inicial não preenche os requisitos legais dos arts. 319 e 320 ou que apresente defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinar ao autor que emende a inicial ou a complemente, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado, quando, tão somente após, estará legitimado a indeferir a petição inicial, caso o vício não seja suprimido. Com efeito, o nosso sistema processual é informado pelo princípio da cooperação, sendo pois, o processo, um produto da atividade cooperativa triangular entre o juiz e as partes, no qual todos devem buscar a justa aplicação do ordenamento jurídico no caso concreto, não podendo o magistrado se limitar a ser mero fiscal de regras, devendo, ao contrário, quando constatar deficiências postulatorias das partes, indicá-las, precisamente, a fim de evitar delongas desnecessárias e a extinção do processo sem a análise de seu mérito. Assim, ainda que não observado o referido momento processual adequado para a indicação das provas que pretendia produzir, o que, em tese, pode levar ao reconhecimento da preclusão na prática do referido ato processual, o certo é que o magistrado, verificando a irregularidade na denúncia que pode levar ao seu indeferimento por ser inepta, tem o poder-dever de determinar a intimação da parte para que proceda à correção da petição inicial, sob pena de não o fazendo, ter que reconhecer nulidade posterior, ensejando o desnecessário ajuizamento de nova ação penal. Vale observar, igualmente, que não se verifica violação do sistema acusatório, pois, como já ressaltado anteriormente, o juiz, no caso, verificando irregularidade na denúncia que poderia ensejar o reconhecimento de sua inépcia por ausência de condição da ação, intimou o *Parquet* para que este esclarecesse sua pretensão de produzir provas em juízo, devendo indicá-las em caso positivo, não tendo, em nenhum momento, indicado precisamente qual(is) prova(s) seria(m) esta(s). Logo, sua atividade foi de prevenção de extinção do processo sem julgamento de mérito e não de substituição da atividade probatória das partes.

No mesmo sentido, isto é, reconhecendo o dever de cooperação à luz de um contraditório participativo, a Sexta Turma do STJ já entendeu que o juiz pode, mesmo antes da sentença, proceder à correta adequação típica dos fatos narrados na denúncia para viabilizar, desde logo, o reconhecimento de direitos do réu caracterizados como temas de ordem pública decorrentes da reclassificação do crime¹⁶⁷.

¹⁶⁷ Sexta Turma DIREITO PROCESSUAL PENAL. EMENDATIO LIBELLI ANTES DA SENTENÇA. O juiz pode, mesmo antes da sentença, proceder à correta adequação típica dos fatos narrados na denúncia para viabilizar, desde logo, o reconhecimento de direitos do réu caracterizados como temas de ordem pública decorrentes da reclassificação do crime. Com efeito, é válida a concessão de direito processual ou material urgente, em tema de ordem pública, mesmo quando o fundamento para isso seja decorrência de readequação típica dos fatos acusatórios, em qualquer fase do processo de conhecimento. De fato, o limite do caso penal são os fatos indicados na peça acusatória. Irrelevante é a adequação típica indicada pelo agente ministerial, que em nada limita a persecução ou as partes do processo – o juiz e mesmo o acusador podem compreender até a sentença que os fatos descritos caracterizam crimes outros. Daí porque não cabe ao juiz corrigir defeito de enquadramento típico da denúncia – na sentença simplesmente enquadrará os fatos ao direito, na forma do art. 383 do CPP, como simples exercício de jurisdição. É a *emendatio libelli* reservada para o momento da prolação da sentença, ocasião em que o magistrado, após encerrada a instrução e debates, decidirá o direito aos fatos acusatórios – sem qualquer limitação de enquadramento típico. Ocorre que matérias de ordem pública, de enfrentamento necessário em qualquer fase processual – como competência, trancamento da ação, sursis processual ou prescrição –, podem exigir como fundamento inicial o adequado enquadramento típico dos fatos acusatórios, como descritos (assim independentemente da instrução). Não se trata de alteração do limite do caso penal pela mudança do tipo penal denunciado – irrelevante

Há que se registrar que o instituto da *emendatio libelli* também deverá ser revisitado com a vigência do CPC/2015. De fato, a legislação processual penal autoriza o juiz a discordar, à luz dos fatos narrados na denúncia, da capitulação apresentada pelo *Parquet* e atribuir definição jurídica diversa, em atenção ao o brocardo latino *narra mihi factum dabo tibi ius*.

A ascensão do contraditório participativo, contudo, torna imperiosa a observância dos preceitos fundamentais insculpidos nos arts. 9º e 10 do CPC/2015, vedando-se que seja prolatada decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Assim, o magistrado, ao vislumbrar a possibilidade de realização de *emendatio*, deverá oportunizar a manifestação do réu, abrindo a possibilidade de diálogo e influência antes de formar definitivamente a sua convicção.

Importante destacar que o próprio Código de Processo penal reconhece o diálogo com o Código de Processo Civil, tendo em vista a natureza processual de ambos, isto é, concernem a ramos de uma mesma árvore, à luz da doutrina de Nicolas Trocker, já citada.

É o caso da previsão insculpida no art. 362 do CPP¹⁶⁸, que acolhe o uso da citação por hora certa no processo penal, remetendo, contudo, a disciplina do procedimento para os artigos 227 a 229 do CPC/1973¹⁶⁹.

aos limites do caso penal – e sim de decidir se há direito material ou processual de ordem pública, como, por exemplo, a definição do direito à transação penal, porque os fatos denunciados configuram em verdade crime diverso, de pequeno potencial ofensivo. Trate-se de simples condição do exercício da jurisdição, aplicando o direito aos fatos narrados na denúncia para a solução de temas urgentes de conhecimento necessário. Cuida-se de manifestação em tudo favorável à defesa, pois permite incidir desde logo direitos do acusado. Impedir o exame judicial em qualquer fase do processo como meio de aplicar direitos materiais e processuais urgentes, de conhecimento obrigatório ao juiz, faz com que se tenha não somente a mora no reconhecimento desses direitos, como até pode torná-los prejudicados. Prejuízo pleno também pode ocorrer, como no direito à transação penal ou sursis processual se realizado o correto enquadramento típico na sentença, ou acórdão de apelação. Ou no enquadramento da supressão de valores mediante fraude bancária como estelionato ou furto, pois diferentes os locais da consumação e, como incompetência relativa, sem renovação dos atos no foro adequado. Assim, há direito do acusado a ver reconhecida a incompetência, a prescrição, o direito à transação, a inexistência de justa causa, e, se isso pode reconhecer o magistrado sem dilação probatória, pela mera aplicação do direito aos fatos denunciados, pode e deve essa decisão dar-se durante a ação penal, como temas de ordem pública, mesmo antes da sentença. Se a solução do direito ao caso penal dá-se em regra pela sentença – daí os arts. 383 e 384 do CPP – temas de ordem pública podem ser previamente solvidos. HC 241.206-SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 11/11/2014, DJe 11/12/2014 (Informativo 553).

¹⁶⁸ Art. 362. Verificando que o réu se oculta para não ser citado, o oficial de justiça certificará a ocorrência e procederá à citação com hora certa, na forma estabelecida nos arts. 227 a 229 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

¹⁶⁹ Art. 227. Quando, por três vezes, o oficial de justiça houver procurado o réu em seu domicílio ou residência, sem o encontrar, deverá, havendo suspeita de ocultação, intimar a qualquer pessoa da família, ou em sua falta a qualquer vizinho, que, no dia imediato, voltará, a fim de efetuar a citação, na hora que designar.

Art. 228. No dia e hora designados, o oficial de justiça, independentemente de novo despacho, comparecerá ao domicílio ou residência do citando, a fim de realizar a diligência. § 1º. Se o citando não estiver presente, o oficial de justiça procurará informar-se das razões da ausência, dando por feita a citação, ainda que o citando se tenha

Não obstante tal fato, importa observarmos que com a revogação do citado diploma pela Lei 13.105/15, apresentar-se-ia um problema evidente. Todavia, no Livro Complementar do CPC/2015, referente às Disposições Finais e Transitórias, foi prevista norma que dirime eventuais controvérsias acerca das alterações remissivas.

O art. 1.046, §4^o¹⁷⁰ do novo Código preconiza expressamente que “as remissões a disposições do Código de Processo Civil revogado, existentes em outras leis, passam a referir-se às que lhes são correspondentes neste Código”.

Portanto, a citação por hora certa será regulada, a partir da vigência do CPC/2015, pelos artigos 252 ao 254¹⁷¹. Há algumas novidades no instituto que devem ser ressaltadas, quais sejam, ocorreu uma diminuição no número de vezes em que o oficial de justiça tem que procurar o citando em seu domicílio ou residência, pois o antigo diploma exigia que o fizesse por pelo

ocultado em outra comarca. § 2º. Da certidão da ocorrência, o oficial de justiça deixará contrafé com pessoa da família ou com qualquer vizinho, conforme o caso, declarando-lhe o nome.

Art. 229. Feita a citação com hora certa, o escrivão enviará ao réu carta, telegrama ou radiograma, dando-lhe de tudo ciência.

¹⁷⁰ Art. 1.046. Ao entrar em vigor este Código, suas disposições se aplicarão desde logo aos processos pendentes, ficando revogada a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. [...] § 4º As remissões a disposições do Código de Processo Civil revogado, existentes em outras leis, passam a referir-se às que lhes são correspondentes neste Código.

¹⁷¹ Art. 252. Quando, por 2 (duas) vezes, o oficial de justiça houver procurado o citando em seu domicílio ou residência sem o encontrar, deverá, havendo suspeita de ocultação, intimar qualquer pessoa da família ou, em sua falta, qualquer vizinho de que, no dia útil imediato, voltará a fim de efetuar a citação, na hora que designar.

Parágrafo único. Nos condomínios edifícios ou nos loteamentos com controle de acesso, será válida a intimação a que se refere o caput feita a funcionário da portaria responsável pelo recebimento de correspondência.

Art. 253. No dia e na hora designados, o oficial de justiça, independentemente de novo despacho, comparecerá ao domicílio ou à residência do citando a fim de realizar a diligência.

§ 1º Se o citando não estiver presente, o oficial de justiça procurará informar-se das razões da ausência, dando por feita a citação, ainda que o citando se tenha ocultado em outra comarca, seção ou subseção judiciárias.

§ 2º A citação com hora certa será efetivada mesmo que a pessoa da família ou o vizinho que houver sido intimado esteja ausente, ou se, embora presente, a pessoa da família ou o vizinho se recusar a receber o mandado.

§ 3º Da certidão da ocorrência, o oficial de justiça deixará contrafé com qualquer pessoa da família ou vizinho, conforme o caso, declarando-lhe o nome.

§ 4º O oficial de justiça fará constar do mandado a advertência de que será nomeado curador especial se houver revelia.

Art. 254. Feita a citação com hora certa, o escrivão ou chefe de secretaria enviará ao réu, executado ou interessado, no prazo de 10 (dez) dias, contado da data da juntada do mandado aos autos, carta, telegrama ou correspondência eletrônica, dando-lhe de tudo ciência.

menos três vezes antes de, havendo suspeita de ocultação, adotar o procedimento de citação por hora certa, enquanto o atual Código se contenta com apenas duas tentativas.

Ademais, nos condomínios edifícios ou nos loteamentos com controle de acesso, será válida a intimação não só de qualquer pessoa da família ou, em sua falta, de qualquer vizinho, como também do funcionário da portaria responsável pelo recebimento de correspondência, de que, no dia útil imediato, voltará a fim de efetuar a citação, na hora que designar.

6. O CONTRADITÓRIO PARTICIPATIVO NA FASE PRÉ-PROCESSUAL: “CONTRADITÓRIO POSSÍVEL”

Demonstrada a aplicabilidade do novo Código de Processo Civil ao Processo Penal, torna-se imperioso observar que os princípios constitucionais processuais, ao serem redimensionados pelo novel diploma, impõem uma reinterpretação dos arcaicos institutos e dispositivos previstos no nosso CPP, de forma a torná-los adequados e dignos do Estado Democrático de Direito.

Nesse diapasão, há que se registrar que o inquérito policial, apesar de ser instrumento essencial, sempre foi relegado pela doutrina, permanecendo num verdadeiro limbo jurídico. Apenas recentemente, algumas obras vêm enfrentando o tema e dedicando maior espaço a primeira fase da persecução penal¹⁷².

Não há dúvidas de que o procedimento policial também deve se adequar aos novos tempos, passando por necessárias transformações.

O contraditório, na vertente participativa, acarreta a necessidade de se maximizar a participação dos investigados, dentro das possibilidades, como decorrência de uma polícia mais democrática, isto é, afinada com os cidadãos, dentro de uma concepção de polícia comunitária.

Não interessa a ninguém a identificação de supostos autores de crime a qualquer custo, suprimindo-se as possibilidades de defesa, uma vez que amplia as possibilidades de erro e injustiças. Práticas autoritárias não podem ser admitidas dentro de um estado democrático e, em especial, à luz de uma constituição cidadã como a nossa.

Registre-se que o contraditório encontra previsão em inúmeros tratados internacionais, como a Declaração Universal de Direitos Humanos¹⁷³ (1948) e a Convenção Americana de Direitos Humanos¹⁷⁴ (Pacto de São José da Costa Rica), ratificada pelo Brasil em 1992.

¹⁷² QUEIROZ, DAVID. *A permeabilidade do processo penal*. Florianópolis: Emporio do Direito, 2017.

¹⁷³ Artigo 10. Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele. Artigo 11. 1. Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

¹⁷⁴ Artigo 8. Garantias judiciais: Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

A Constituição Federal de 1988 foi expressa em acolher o princípio do contraditório¹⁷⁵ como garantia fundamental, abarcando-o de maneira bastante ampla, e que não havia sido devidamente acompanhada pela legislação vigente. Nesse diapasão, há que se destacar que foi conferida tanto em processo judicial quanto administrativo, e aos acusados em geral.

Portanto, não podemos conferir uma interpretação restritiva a um direito fundamental, suprimindo, por completo, o contraditório em relação aos investigados em inquérito policial. É evidente que integram o conceito de acusados em geral, em especial, quando se tornarem indiciados.

Noutro giro, não podemos esquecer que o inquérito policial é caracterizado pela inquisitorialidade, sendo também inaceitável que haja alguma perda de eficiência numa sociedade que já é tão assolada pela criminalidade como a nossa.

Dessa forma, propomos que o contraditório seja sim acolhido, mas dentro das possibilidades, isto é, sempre que for possível sem que haja prejuízo para a efetividade da investigação.

Tal conclusão, embora vanguardista e afrontando alguns dogmas há muito estabelecidos pela doutrina tradicional, decorre de maneira lógica da adoção dos princípios de interpretação constitucional.

De fato, a segurança pública é dever do Estado e, concomitantemente, direito e responsabilidade de todos, tendo lastro constitucional também¹⁷⁶. A preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio é, e não poderia ser diferente, tutelada pela nossa Carta Magna.

(a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal; (b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada; (c) concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa; (d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; (e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei; (f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos; (g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada [...] (h) direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.

¹⁷⁵ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

¹⁷⁶ Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

Dessa forma, à luz dos princípios da unidade da Constituição, da máxima efetividade e da concordância prática ou harmonização, os bens jurídicos constitucionalizados deverão existir de forma harmônica, suavizando-se os espaços de tensão, de forma a se evitar o sacrifício total de um princípio em relação a outro¹⁷⁷.

Imperioso, portanto, que o inquérito policial, enquanto instrumento utilizado pela polícia civil para exercício de seu *munus* atinente à segurança pública, não pode ignorar o contraditório, devendo acolhê-lo sempre que possível. É o campo de aplicação do “contraditório possível”.

Destaque-se que a Constituição, por si só, já imporia essa exigência a uma polícia digna do Estado Democrático de Direito. O novo Código de Processo Civil, através de sua aplicação supletiva e subsidiária, apenas reforça essa conclusão.

Preliminarmente, faz-se necessário investigar o contraditório nos procedimentos administrativos.

6.1. O “contraditório possível” no procedimento administrativo

A jurisprudência, inexplicavelmente, tem oscilado no tocante ao reconhecimento do direito fundamental ao contraditório em relação aos procedimentos administrativos.

Como já salientado, a Constituição Federal de 1988 é expressa em impor sua observância também nos processos administrativos.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, em 2007, pacificou a questão no tocante aos processos perante os Tribunais de Contas da União, através da edição de súmula vinculante nº 03¹⁷⁸, em que se assentou que:

Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a

¹⁷⁷ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 174-179.

¹⁷⁸ SÚMULA VINCULANTE 3 Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão. Data de Aprovação Sessão Plenária de 30/05/2007 Fonte de Publicação DJe nº 31 de 06/06/2007, p. 1. DJ de 06/06/2007, p. 1. DOU de 06/06/2007, p. 1. Referência Legislativa Constituição Federal de 1988, art. 5º, LIV e LV; e art. 71, III. Lei nº 9.784/1999, art. 2º. Precedentes MS 24728 Publicação: DJ de 09/09/2005 MS 24742 Publicações: DJ de 11/03/2005 RTJ 197/515 MS 24754 Publicação: DJ de 18/02/2005 MS 24268 Publicações: DJ de 17/09/2004 RTJ 191/922 8 Observação Veja o Debate de Aprovação (DJe nº 78 de 10/08/2007) da Súmula Vinculante 3.

apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.

Noutro giro, contudo, estabeleceu na Súmula Vinculante nº 05¹⁷⁹, que “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”.

A nosso sentir, tal entendimento fragiliza o princípio do contraditório, embora não o inviabilize por completo. O advogado é essencial à justiça¹⁸⁰, e esta não pode ser concebida como apenas aquela prestada pelo poder judiciário.

Não é a interpretação que confere a máxima efetividade à garantia constitucional, mas talvez seja a única possível ante a realidade brasileira, em que a Defensoria Pública e as Procuradorias não estão plenamente estabelecidas e que o número de procedimentos administrativos é assombroso.

Destaque-se, entretanto, que o verbete não impede a defesa técnica, apenas afirma sua desnecessidade para validade do processo. Portanto, a oportunização do contraditório é exigida, e a defesa técnica, corolário daquele, possível.

O próprio STF já mitigou o aludido entendimento, endossado pela 3ª Seção do STJ¹⁸¹, ao determinar que ele não se aplica a procedimento administrativo disciplinar instaurado para apurar o cometimento de falta grave por réu condenado. Fundamentou-se que:

[...] tendo em vista estar em jogo a liberdade de ir e vir, deve ser observado amplamente o princípio do contraditório, com a presença de advogado constituído ou defensor público nomeado, devendo ser-lhe apresentada defesa, em observância às regras específicas contidas na LEP[...]¹⁸².

¹⁷⁹ SÚMULA VINCULANTE 5 A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição. 9 Data de Aprovação Sessão Plenária de 07/05/2008 Fonte de Publicação DJe nº 88 de 16/05/2008, p. 1. DOU de 16/05/2008, p. 1. Referência Legislativa Constituição Federal de 1988, art. 5º, LV. Precedentes RE 434059 Publicação: DJe nº 172 de 12/09/2008 MS 24961 Publicação: DJ de 04/03/2005 RE 244027 AgR Publicação: DJ de 28/05/2002 AI 207197 AgR Publicação: DJ de 24/03/1998 Observação Veja o Debate de Aprovação (DJe nº 105 de 11/06/2008) da Súmula Vinculante 5.

¹⁸⁰ Constituição Federal: Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

¹⁸¹ STJ. 3ª Seção. REsp 1378557/RS, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 23/10/2013 (recurso repetitivo): RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. EXECUÇÃO PENAL. 1. RECONHECIMENTO DE FALTA GRAVE. IMPRESCINDIBILIDADE DE INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR (PAD). DETERMINAÇÃO EXPRESSA DO ART. 59 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. PODER DISCIPLINAR. ATRIBUIÇÃO DO DIRETOR DO PRESÍDIO (LEP, ARTS. 47 E 48). DIREITO DE DEFESA A SER EXERCIDO POR ADVOGADO CONSTITUÍDO OU DEFENSOR PÚBLICO NOMEADO. OBSERVÂNCIA DA GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. 2. RECURSO NÃO PROVIDO.1. Para o reconhecimento da prática de falta disciplinar, no âmbito da execução penal, é imprescindível a instauração de procedimento administrativo pelo diretor do estabelecimento prisional, assegurado o direito de defesa, a ser realizado por advogado constituído ou defensor público nomeado. 2. Recurso especial não provido.

¹⁸² STF. 2ª Turma. RE 398.269, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 15 dez. 2009.

Sepultando qualquer dúvida, o STJ editou a Súmula 533¹⁸³:

Para o reconhecimento da prática de falta disciplinar no âmbito da execução penal, é imprescindível a instauração de procedimento administrativo pelo diretor do estabelecimento prisional, assegurado o direito de defesa, a ser realizado por advogado constituído ou defensor público nomeado.

Há que se registrar que a validade da mencionada Súmula Vinculante nº 05 foi objeto de recente análise (PSV 58) pelo STF¹⁸⁴. O Conselho Federal da OAB postulou o cancelamento da Súmula Vinculante nº 5, alegando, além de vício formal, afronta ao conteúdo normativo axiológico da Constituição Federal, por implicar em violação ao direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa. O Tribunal, por apertadíssima maioria (6 a 5), rejeitou o pleito, sob, entre outros fundamentos, o entendimento de que a súmula não eliminou o direito de defesa por advogado no âmbito administrativo disciplinar, na medida em que apenas tornou facultativa a presença desse profissional. Tanto seria assim que no julgamento do Recurso Extraordinário nº 434.059/DF, que embasou a edição do verbete, determinou-se que a Administração Pública viabilizasse a presença de advogado nesses procedimentos, cientificando os servidores envolvidos acerca da possibilidade de contratação desse profissional para sua defesa.

No entanto, não podemos deixar de pontuar que o entendimento havia sido sumulado por unanimidade, mas permaneceu vigente por 6 votos a 5 (prevaleceu o entendimento do ministro Ricardo Lewandowski, no que acompanhado pelos ministros Roberto Barroso, Teori Zavascki, Rosa Weber, Dias Toffoli e Gilmar Mendes, enquanto a divergência foi robustecida pelos ministros Marco Aurélio, Edson Fachin, Luiz Fux, Celso de Mello e Cármen Lúcia), indicando que, num futuro próximo, a tese esposada nessa dissertação pode prevalecer no seio do STF.

O próprio ministro Roberto Barroso, que se manifestou pela manutenção da súmula, admitiu haver certa hesitação em equiparar plenamente o processo judicial ao processo administrativo, entre outras razões, pela possibilidade de revisão judicial deste último, ressaltando, no entanto, que sob certos aspectos, entende que o direito disciplinar sancionatório deve observar cautelas inerentes ao processo penal. Imperioso trazer à baila a síntese divulgada

¹⁸³ Disponível em: [http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27533%27\).sub.](http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27533%27).sub.), último acesso em 10 nov. 16.

¹⁸⁴ PSV 58/DF, julgamento em 30.11.2016. O Tribunal, por maioria, rejeitou proposta de cancelamento da Súmula Vinculante 5 (“A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”). Informativo nº 849 do STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo849.htm>, último acesso em 15 dez. 16.

no Informativo nº 849 do STF (28 de novembro a 2 de dezembro de 2016) dos votos vencidos que defendiam o cancelamento da Súmula Vinculante nº 05:

O ministro Marco Aurélio observava, inicialmente, que sua edição implicou a superação da Súmula 343 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) (“É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar”) e que a referida proposta de cancelamento foi ajuizada pelo CFOAB dois meses e seis dias após a edição do verbete vinculante. [...] Consignou, ademais, que, tanto quanto possível, deve ser garantida a participação de alguém que domine a ciência do Direito, ao menos para que o processo administrativo não seja simplesmente inquisitorial. O ministro Edson Fachin [...] Ponderava que, embora haja diversos precedentes da Corte no sentido da aplicação da Súmula Vinculante 5, o STF tem afastado a incidência do verbete para apurar infrações disciplinares no âmbito de execução penal. Tais precedentes abriram espaço para debate, rediscussão e eventual cancelamento da súmula. Quanto ao mérito, entendia que o ajuste da jurisprudência parece ter acompanhado o alcance dado — sobretudo pelas organizações internacionais de direitos humanos — aos princípios do contraditório e da ampla defesa. O ministro ressaltava, ainda, que a experiência do direito comparado tem estendido aos procedimentos disciplinares penitenciários as mesmas garantias do processo penal e que há na jurisprudência comparada e na doutrina brasileira uma tendência de aproximação entre o processo administrativo disciplinar e o processo penal. Ponderava que, não raro, as sanções de caráter administrativo assumem características muito próximas às sanções penais. Essa proximidade se dá pelo menos à luz de três critérios pelos quais as garantias penais devem ser estendidas aos acusados administrativos: a) a qualificação dada aos fatos pelo direito interno; b) a própria natureza da infração; e c) o grau de severidade da sanção aplicável ao acusado. Para ele, a riqueza da casuística coletada da experiência internacional está a revelar grande espaço de conformação do chamado direito à assistência legal aos procedimentos disciplinares e ao direito administrativo sancionatório. Destacava que as súmulas vinculantes acabam por colocar um selo jurídico em conquistas hermenêuticas, logo é preciso ter cautela a fim de evitar que o enunciado sumulado se torne autônomo. É certo que a adequada interpretação da súmula vinculante sempre depende dos casos que lhe deram origem e que, particularmente quanto à Súmula Vinculante 5, o principal precedente utilizado foi o Recurso Extraordinário 434.059/DF. Na oportunidade, o Tribunal definiu o direito à defesa, consagrado no art. 5º, LV, da CF, como o direito de informação, de manifestação e de ver os argumentos do interessado considerados. A referida decisão mostrou-se adequada àquele caso, da mesma forma que essa orientação, posteriormente sedimentada no verbete sumulado, serviu como razão de decidir em diversos outros julgados desta Corte. Sendo assim, não há falar em correção da solução adotada relativamente aos casos em que foi empregada. No entanto, as exceções reconhecidas e, assim, o alcance possível de ser atribuído ao direito de ampla defesa, à luz do indicado na jurisprudência comparada, permite compreender que o verbete sumular pode, de fato, prejudicar eventual aperfeiçoamento da compreensão do Tribunal sobre a matéria. Ressaltava, ademais, que o elastecimento do alcance do direito de defesa tem respaldo no próprio texto constitucional (arts. 5º, LV, e 133 da CF). Consignava que a Lei 9.784/1999 prevê, em seu art. 3º, IV, o direito a fazer-se assistir facultativamente por advogado, salvo quando obrigatória a representação por força de lei. O mencionado dispositivo legal reconheceu ao legislador espaço para conformação de situações em que a presença de advogado poderia ser considerada obrigatória. Além disso, não existe vedação

constitucional ao reconhecimento do direito à assistência legal obrigatória no processo administrativo disciplinar. Concluía que, na espacialidade que se abre com o cancelamento da Súmula Vinculante 5, haveria a possibilidade de casuística de graduação sem ofensa a direitos fundamentais nem violação das prerrogativas da administração. Nesses termos, a súmula deve contribuir para a formação de uma cultura jurídica que respeite a integralidade do direito e a institucionalização de uma tradição. Por essa razão, em vista de um espaço ainda não sedimentado de conformação de um direito fundamental, o debate acerca do alcance do direito à assistência legal deve ser possível nas vias ordinárias, motivo por que a proposta de cancelamento da Súmula Vinculante 5 deveria ser acolhida. O ministro Luiz Fux, por sua vez, afirmava que a expressão “aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa”, contida na Constituição (art. 5º, LV), significa que, toda vez que puder haver invasão na esfera jurídica de um acusado, ele tem de ter assegurado o contraditório e a ampla defesa. Ressaltou, ademais, que o art. 156 da Lei 8.112/1991 contém norma expressa em sentido semelhante (“É assegurado ao servidor o direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, arrolar e reinquirir testemunhas, produzir provas e contraprovas e formular quesitos, quando se tratar de prova pericial”). Asseverava que, seja no âmbito administrativo ou no âmbito judicial, é preciso observar essas garantias às quais a CF se refere, pois hoje a hermenêutica constitucional reclama que haja uma máxima efetividade dos direitos fundamentais consagrados na Carta Magna. Lembrava que a Súmula 343 do STJ foi editada com fundamento no entendimento de que a “presença obrigatória de advogado constituído ou de defensor dativo é elementar mesmo da garantia constitucional do direito à ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes, quer se trate de processo judicial ou administrativo, porque tem como sujeitos não apenas litigantes, mas acusados num sentido geral”. O ministro Celso de Mello ponderava que a observância dos direitos e garantias assegurados pela CF traduz fator de legitimação da atividade estatal, ainda mais quando o poder do Estado objetiva a imposição de sanção de natureza disciplinar a seus agentes e servidores. Enfatizava que, nos procedimentos administrativos, a Administração Pública não pode transgredir postulados básicos, notadamente a garantia do “due process”, que representam prerrogativa indisponível de índole constitucional, assegurada à generalidade das pessoas e não apenas aos agentes e servidores públicos. Mesmo em se tratando de procedimento administrativo, ninguém pode ser privado de sua liberdade, de seus bens ou de seus direitos, sem o devido processo legal, sobretudo naqueles casos em que se estabelece uma relação de polaridade conflitante entre o Estado, de um lado, e o indivíduo — inclusive o servidor —, de outro. Citava a jurisprudência da Corte, que se fixou no sentido de assistir ao interessado — no caso servidor público, mesmo em procedimentos de índole administrativa, inclusive naqueles de caráter eminentemente disciplinar, nos quais a Administração Pública exerce típica jurisdição censória —, como direta emanção da própria garantia fundamental do “due process”, a prerrogativa indisponível do contraditório e da plenitude de defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, consoante prescreve a Constituição da República (art. 5º, LIV e LV). Destacava que o respeito às prerrogativas profissionais do advogado constitui uma garantia da própria sociedade e das pessoas em geral. O advogado, nesse contexto, desempenha papel essencial na proteção e na defesa de direitos, garantias e liberdades fundamentais. Concluía, dessa forma, que a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar ofende a CF. A ministra Cármen Lúcia ponderava que a redação da Súmula Vinculante 5 leva à interpretação equivocada de que toda e qualquer falta de defesa técnica não ofende a Constituição, o que muitas

vezes pode de fato ocorrer. PSV 58/DF, julgamento em 30.11.2016. (grifado)¹⁸⁵

Uma terceira súmula vinculante encontra relevo no debate do tema. A Súmula 14 preconiza que:

É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.¹⁸⁶

O verbete se refere especificamente aos procedimentos investigatórios realizados por órgão com competência de polícia judiciária, entretanto, defendemos que a conclusão deve ser aplicada também aos demais procedimentos administrativos de cunho sancionador, sendo objeto de interpretação extensiva.

Não há razão para não se reconhecer o mesmo direito ao defensor que atue em procedimento investigatório que esteja sendo desenvolvido perante o Ministério Público, em procedimento que apure falta disciplinar na execução penal ou mesmo em procedimento administrativo disciplinar.

Aliás, no julgamento do RE 593727/MG, em que o STF reconheceu a competência do *Parquet* para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, foi expressa exigência no sentido de que:

“ [...] sejam respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os advogados (Lei 8.906/1994, art. 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos

¹⁸⁵ Informativo nº 849 do STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo849.htm>, último acesso em 15 dez. 16.

¹⁸⁶ SÚMULA VINCULANTE 14 É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa. Data de Aprovação Sessão Plenária de 02/02/2009 17 Fonte de Publicação DJe nº 26 de 09/02/2009, p. 1. DOU de 09/02/2009, p. 1. Referência Legislativa Constituição Federal de 1988, art. 1º, III, e art. 5º, XXXIII, LIV e LV. Código de Processo Penal de 1941, art. 9º; e art. 10. Lei nº 8.906/1994, art. 6º, parágrafo único; e art. 7º, XIII e XIV. Precedentes HC 91684 Publicação: DJe nº 71 de 17/04/2009 HC 92331 Publicação: DJe nº 142 de 01/08/2008 HC 88520 Publicação: DJe nº 165 de 19/12/2007 HC 90232 Publicação: DJ de 02/03/2007 HC 88190 Publicação: DJ de 06/10/2006 HC 87827 Publicação: DJ de 23/06/2006 HC 82354 Publicação: DJ de 24/09/2004 Observação Veja PSV 1 (DJe nº 59 de 27/03/2009), que aprovou a Súmula Vinculante 14.

atos, necessariamente documentados (Enunciado 14 da Súmula Vinculante), praticados pelos membros dessa Instituição.¹⁸⁷

Como salta aos olhos, o inquérito policial é modalidade de procedimento administrativo¹⁸⁸, que visa carrear justa causa para deflagração da ação penal, embasando a formação da *opinio delicti* pelo membro do Ministério Público.

Marcellus Polastri esclarece que “A natureza do inquérito policial no Brasil é de procedimento administrativo pré-processual, já que é a polícia judiciária que o realiza, e a polícia é órgão da administração.”¹⁸⁹

Evidencia-se, portanto, que o inquérito policial sequer dá azo a imposição de sanção diretamente, demandando a instauração de processo judicial. Ora, se nessa hipótese já se reconhece o direito de acesso ao defensor, com muito mais razão deve se admitir na hipótese de procedimento administrativo disciplinar.

¹⁸⁷ RE 593727/MG, rel. orig. Min. Cezar Peluso, red. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, 14.5.2015. (RE-593727): “O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os advogados (Lei 8.906/1994, art. 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Enunciado 14 da Súmula Vinculante), praticados pelos membros dessa Instituição. Com base nessa orientação, o Plenário, em conclusão de julgamento e por maioria, negou provimento a recurso extraordinário em que discutida a constitucionalidade da realização de procedimento investigatório criminal pelo Ministério Público. No caso, o acórdão impugnado dispusera que, na fase de recebimento da denúncia, prevaleceria a máxima *in dubio pro societate*, oportunidade em que se possibilitaria ao titular da ação penal ampliar o conjunto probatório. Sustentava o recorrente que a investigação realizada pelo “parquet” ultrapassaria suas atribuições funcionais constitucionalmente previstas — v. Informativos 671, 672 e 693. O Tribunal asseverou que a questão em debate seria de grande importância, por envolver o exercício de poderes por parte do Ministério Público. A legitimidade do poder investigatório do órgão seria extraída da Constituição, a partir de cláusula que outorgaria o monopólio da ação penal pública e o controle externo sobre a atividade policial. O “parquet”, porém, não poderia presidir o inquérito policial, por ser função precípua da autoridade policial. Ademais, a função investigatória do Ministério Público não se converteria em atividade ordinária, mas excepcional, a legitimar a sua atuação em casos de abuso de autoridade, prática de delito por policiais, crimes contra a Administração Pública, inércia dos organismos policiais, ou procrastinação indevida no desempenho de investigação penal, situações que, exemplificativamente, justificariam a intervenção subsidiária do órgão ministerial. Haveria, no entanto, a necessidade de fiscalização da legalidade dos atos investigatórios, de estabelecimento de exigências de caráter procedimental e de se respeitar direitos e garantias que assistiriam a qualquer pessoa sob investigação — inclusive em matéria de preservação da integridade de prerrogativas profissionais dos advogados, tudo sob o controle e a fiscalização do Poder Judiciário. Vencidos os Ministros Cezar Peluso (relator), Ricardo Lewandowski (Presidente) e Dias Toffoli, que davam provimento ao recurso extraordinário e reconheciam, em menor extensão, o poder de investigação do Ministério Público, em situações pontuais e excepcionais; e o Ministro Marco Aurélio, que dava provimento ao recurso, proclamando a ilegitimidade absoluta do Ministério Público para, por meios próprios, realizar investigações criminais.”

¹⁸⁸ LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de processo penal*, 4. ed., São Paulo: Juspodivm, 2016, p.107.

¹⁸⁹ POLASTRI, Marcellus. *Ministério Público e Persecução Criminal*, 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p.103.

Prestigiar a interpretação que confere máxima efetividade à garantia constitucional de contraditório permite não só a construção democrática de um ato de poder, como é o caso de uma decisão administrativa, como também contribui para uma maior segurança jurídica e para o maior acesso à justiça.

Há maior segurança em razão da concessão de espaço para manifestação do indivíduo que é objeto de o processo ensejar a possibilidade de serem desfeitos equívocos, que poderiam levar a decisões injustas. E como decorrência lógica disso, há uma ampliação do acesso à justiça ao diminuirmos o nível de demandas ajuizadas, proporcionando uma duração mais razoável dos demais processos e uma tutela mais efetiva.

Uma decisão administrativa errônea pode até ser revista através de um recurso administrativo, mas face a frequente ausência de efeito suspensivo, é comum o imediato ajuizamento de uma ação judicial para anulação ou reforma daquela. Tal fato acarreta uma enxurrada de processos judiciais que poderiam ser evitados com um maior respeito ao princípio do contraditório e seus corolários.

Exemplo prático que afronta a tese aqui defendida, é a consolidada jurisprudência, tanto no STF¹⁹⁰ quanto no STJ¹⁹¹, de que não é necessária a intimação do interessado para apresentar alegações finais após o relatório final de processo administrativo disciplinar, por inexistir previsão na Lei nº 8.112/1990.

A Constituição Federal, ao incorporar em seu texto diversos princípios que não estavam anteriormente expressos ou que eram mais limitados, infunde uma ideologia que deve nortear todos os ramos do direito, sendo marcadamente garantista¹⁹². Trata-se da força normativa da Constituição, propalada por Konrad Hesse¹⁹³.

E é alicerçado justamente no princípio do contraditório, que foi redimensionado pela Carta de 1988 e ainda mais ampliado pelo CPC/2015, que exsurge a ideia de processo

¹⁹⁰ STF. 1ª Turma. RMS 28774/DF, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Min. Roberto Barroso, julgado em 9/8/2016 (Info 834).

¹⁹¹ STJ. 1ª Seção. MS 18.090-DF, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 8/5/2013 (Info 523).

¹⁹² ZANETI JR., Hermes. *A Constitucionalização do Processo*, Vol. I, 18ª ed., Salvador: Juspodivm, 2016, p. 167.

¹⁹³ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

democrático. O processo como procedimento em contraditório, que tem sua matriz na máxima cooperação (*Kooperationsmaxima*)¹⁹⁴.

Dessa forma, a falta de expressa previsão na Lei que regula o processo administrativo de apresentação de alegações finais após o relatório final de processo administrativo disciplinar não é razão para se alijar o interessado da oportunidade de se defender dos fatos narrados e esclarecer o ocorrido, colaborando democraticamente com a construção da decisão final. A única hipótese que poderia motivar a não oportunidade da apresentação de alegações seria se esta prejudicasse o resultado final do procedimento, contudo, isto não ocorre como regra.

Assim, sustentamos aqui a adoção do “contraditório possível” também no processo administrativo, como resultado direto da previsão constitucional no art. 5º, LV da CRFB/88, sendo despicienda norma expressa nas leis administrativas. Como se não bastasse, o CPC/2015 reforça a necessidade de contraditório, ao acolher a vertente participativa no processo jurisdicional.

Sempre que a oportunidade de manifestação do interessado não trouxer qualquer prejuízo ao procedimento administrativo ou à Administração, mas puder beneficiar àquele através da influência na decisão a ser tomada, será imperioso que seja facultada.

Por fim, cabe salientar que o STF, em recente precedente¹⁹⁵, reconheceu que a razoável duração do processo se aplica no âmbito administrativo, nos termos preconizados pela nossa Carta Magna¹⁹⁶, que também o assegura no processo administrativo.

¹⁹⁴ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Poderes do Juiz e visão cooperativa do processo. *Revista Processo e Constituição: Cadernos Galeno Lacerda de Estudos de Direito Processual Constitucional*, Porto Alegre, Faculdade de Direito da UFRGS, n. 1, dez./mar. 2004, p.89 *et seq.*

¹⁹⁵ STF/RMS 28172: “A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (STF), por unanimidade, deu parcial provimento ao Recurso Ordinário em Mandado de Segurança (RMS) 28172 para determinar ao Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS) que aprecie, em até 30 dias, recurso administrativo contra decisão que cassou o certificado de entidade beneficente de assistente social do Serviço Social do Distrito Federal (Seconci-DF). Relatora do RMS, a ministra Cármen Lúcia destacou que a garantia constitucional à duração razoável do processo também deve ser assegurada no âmbito administrativo[...]. A ministra destacou que se deve aplicar ao caso o artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal de 1988. “A razoável duração do processo vale judicial e administrativamente e, neste caso, realmente, tem razão a insurgência”, frisou a ministra, uma vez que, segundo os autos, o processo está parado há quatro anos no âmbito da administração, que pode analisar e eventualmente rever as condições para concessão do certificado. Assim, a ministra votou no sentido de dar parcial provimento ao recurso e conceder a ordem para que a autoridade administrativa decida, motivadamente, dentro de até 30 dias, o pleito do Seconci-DF.” Notícia publicada pelo STF, disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=304741&tip=UN>, último acesso em 29/01/17.

¹⁹⁶ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

6.2. O contraditório no Inquérito Policial: “contraditório possível” como garantia do cidadão no Estado Democrático de Direito

A persecução penal, formada pela soma das fases investigativa e judicial, constitui um juízo progressivo de formação da culpa, nascendo com um juízo de possibilidade (identificado com o início das investigações), passando por um juízo de probabilidade (relacionado ao encerramento das investigações, isto é, da fase pré-processual, propositura da ação penal e início do processo) e terminando com o juízo de convencimento do julgador sobre o fato histórico investigado (sentença condenatória ou absolutória)¹⁹⁷.

A primeira fase da persecução, a etapa investigativa, deve ser levada a cabo pela Polícia Federal ou pelas Polícias Cíveis, sendo realizada através do instrumento denominado inquérito policial, que consiste em um procedimento, de natureza administrativa, que documenta o conjunto de diligências preliminares ao processo, cuja finalidade mais notória é a de reunir indícios de autoria da infração penal e prova da materialidade¹⁹⁸.

É nesse contexto que surge o indiciamento, que analisaremos de forma específica a seguir, traçando um paralelo com a *emendatio libelli* (art. 383 do CPP¹⁹⁹).

Assim, logrando-se reunir indícios de que um suspeito seja o provável autor do delito investigado e estando presente a prova da materialidade do crime, cabe ao delegado de polícia, dirigente do inquérito policial²⁰⁰, promover o formal indiciamento desse suspeito.

Por meio do indiciamento o delegado de polícia, de forma juridicamente fundamentada, profere decisão que atribui a prática de uma infração penal a um investigado, tendo em vista considerar existentes indícios de autoria e prova da materialidade. Trata-se de ato²⁰¹ exclusivo

¹⁹⁷ QUEIROZ, DAVID. *A permeabilidade do processo penal*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p.125.

¹⁹⁸ Vale destacar que o inquérito policial também possui as seguintes funções: a) apurar todas as circunstâncias do delito; b) evitar acusações infundadas (função de filtro); c) servir de fundamento para decretação de medidas cautelares; d) evitar a disparidade de armas entre acusação e defesa.

¹⁹⁹ Art. 383. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

²⁰⁰ Art. 144, §4º, da CF. “Às polícias cíveis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.”

²⁰¹ “Indiciar alguém, como parece claro, não deve surgir qual o ato arbitrário, ou de tarifa, da autoridade, mas, sempre legítimo. Não se funda, também, no uso do poder discricionário, visto que inexiste, tecnicamente, a possibilidade legal de escolher entre indiciar ou não”. (PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. O indiciamento como ato de polícia judiciária. São Paulo: RT, 1983. p. 313).

do delegado de polícia, que expressa um juízo opinativo sobre a probabilidade de autoria, baseado em uma análise perfunctória dos fatos.

Entretanto, em que pese os detalhes apresentados, o indiciamento vem sendo considerado “uma das grandes incógnitas da estrutura preparatória para o exercício da ação no sistema brasileiro”²⁰². As incertezas quanto ao tema já se iniciam pela falta de um conceito legal. Não obstante existirem pelo menos 20 (vinte) artigos no Código de Processo Penal empregando o termo “indiciado”²⁰³, certo é que nenhum deles fornece o conceito do instituto, que dirá enfrentar os inúmeros questionamentos que dele surgem.

²⁰² CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006. p. 111.

²⁰³ Algumas das principais referências ao indiciamento podem ser observadas nos artigos seguintes, cuja leitura é de relevo para a compreensão do tema:

“Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

I - dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais; (Redação dada pela Lei nº 8.862, de 28.3.1994) (Vide Lei nº 5.970, de 1973)

II - apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais; (Redação dada pela Lei nº 8.862, de 28.3.1994)

III - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias;

IV - ouvir o ofendido;

V - ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura;

VI - proceder a reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações;

VII - determinar, se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias;

VIII - ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes;

IX - averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuam para a apreciação do seu temperamento e caráter. (grifado)

Art. 10. O inquérito deverá terminar no prazo de 10 dias, se o indiciado tiver sido preso em flagrante, ou estiver preso preventivamente, contado o prazo, nesta hipótese, a partir do dia em que se executar a ordem de prisão, ou no prazo de 30 dias, quando estiver solto, mediante fiança ou sem ela.

§ 1º A autoridade fará minucioso relatório do que tiver sido apurado e enviará autos ao juiz competente.

§ 2º No relatório poderá a autoridade indicar testemunhas que não tiverem sido inquiridas, mencionando o lugar onde possam ser encontradas.

§ 3º Quando o fato for de difícil elucidação, e o indiciado estiver solto, a autoridade poderá requerer ao juiz a devolução dos autos, para ulteriores diligências, que serão realizadas no prazo marcado pelo juiz.

[...] Art. 14. O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade. (grifado).

[...]

Art. 23. Ao fazer a remessa dos autos do inquérito ao juiz competente, a autoridade policial oficiará ao Instituto de Identificação e Estatística, ou repartição congênere, mencionando o juízo a que tiverem sido distribuídos, e os dados relativos à infração penal e à pessoa do indiciado. (grifado).

[...]

Art. 405. Do ocorrido em audiência será lavrado termo em livro próprio, assinado pelo juiz e pelas partes, contendo breve resumo dos fatos relevantes nela ocorridos. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

§ 1º Sempre que possível, o registro dos depoimentos do investigado, indiciado, ofendido e testemunhas será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinada a obter maior fidelidade das informações. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

§ 2º No caso de registro por meio audiovisual, será encaminhado às partes cópia do registro original, sem necessidade de transcrição. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

Os problemas nevrálgicos que giram em torno do indiciamento - residindo, principalmente, na sua indefinição legal e no seu amorfismo – devem-se, em parte, à doutrina. Infelizmente, são poucos os estudiosos que se dedicam ou se dedicaram a desvelar e aprimorar a primeira fase da persecução penal. Há um verdadeiro desprezo doutrinário quanto ao tema.

Como bem observa Nereu Jose Giacomolli: “a indiferença e o desinteresse aproximam-se do menoscabo (desprezo, desconsideração) da fase preliminar policial, sob todas as perspectivas, inclusive a acadêmica”²⁰⁴. Não é outra a visão de Luigi Ferrajoli, que afirma que: “o direito policial, por ser um direito inferior, um não-direito é, talvez, um dos setores mais esquecidos pelos estudos acadêmicos”²⁰⁵.

É bem verdade que a recente Lei 12.830/13, mesmo que de forma acanhada, trouxe alguns contornos legais ao tema, estatuidando, no seu artigo 2º, §6º, que o indiciamento configura ato privativo do delegado de polícia, devendo ser fundamentado mediante análise técnico-jurídica do fato, e que deverá indicar a autoria, materialidade e circunstâncias de uma infração penal. Nesse mesmo sentido, já era a jurisprudência emanada de nossos Tribunais Superiores²⁰⁶.

Todavia, os pontos cruciais supracitados não foram elucidados até hoje pela doutrina e nem pela jurisprudência, quiçá pelo novo diploma legal, de maneira que o indiciamento permanece numa verdadeira penumbra jurídica. Em que pese as incertezas, contudo, investigados são diariamente indiciados nas delegacias de polícia de todo país, o que por vezes pode lhes ocasionar graves prejuízos, como se verá.

Como se não bastasse, foram ajuizadas as Ações Diretas de Inconstitucionalidade 5043 e 5059 questionando respectivamente o §1º e 2º do art. 2º da referida Lei. O ministro Luiz Fux

²⁰⁴ GIACOMOLLI, Nereu José. *A fase preliminar do processo penal: crise, misérias e novas metodologias investigatórias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.21.

²⁰⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Madrid: Trota, 1989. p.767.

²⁰⁶ RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ESTATUTO DO IDOSO. INFRAÇÃO DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO AUDIÊNCIA PRELIMINAR. RECUSA DOS ACUSADOS À PROPOSTA DE SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. DETERMINAÇÃO DE INDICIAMENTO PELO MAGISTRADO SINGULAR. IMPOSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 2º, § 6º, DA LEI 12.830/2013. VIOLAÇÃO AO SISTEMA ACUSATÓRIO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. PROVIMENTO DO RECLAMO. 1. É por meio do indiciamento que a autoridade policial aponta determinada pessoa como a autora do ilícito em apuração. 2. Por se tratar de medida ínsita à fase investigatória, por meio da qual o Delegado de Polícia externa o seu convencimento sobre a autoria dos fatos apurados, não se admite que seja requerida ou determinada pelo magistrado, já que tal procedimento obrigaria o presidente do inquérito à conclusão de que determinado indivíduo seria o responsável pela prática criminosa, em nítida violação ao sistema acusatório adotado pelo ordenamento jurídico pátrio. Inteligência do artigo 2º, § 6º, da Lei 12.830/2013. Doutrina. Precedentes do STJ e do STF. 3. Recurso provido para anular a decisão que determinou o indiciamento dos recorrentes. (RHC 201401147008 - Recurso Ordinário em Habeas Corpus – 47984 – Relator: Jorge Mussi – STJ/5ª Turma – Fonte: DJE – Data: 12/11/2014).

determinou a tramitação conjunta, com exame direto pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF)²⁰⁷. Entretanto, ainda não ocorreu o julgamento²⁰⁸.

Pois bem, pelo exposto até o presente momento é possível perceber que, no inquérito policial, o investigado pode ostentar dois *status* diferentes, quais sejam: o de suspeito e o de indiciado. A diferença entre ambos reside no fato do indiciado ser o suspeito contra o qual já se reuniu indícios mínimos de autoria e prova da materialidade.

Suspeito é o investigado contra quem repousa mera conjectura acerca da autoria do delito. Trata-se de um juízo hipotético, de caráter puramente subjetivo, baseado em suposições e sinônimo da desconfiança de que o investigado seja o possível autor do fato investigado. A investigação policial, diferentemente do processo, parte da hipótese formulada pelo investigador para a colheita de elementos informativos. O delegado de polícia, ao se deparar com a cena de um crime, ou mesmo com a notícia do crime, por vezes formula uma suposição acerca de como o crime ocorreu e de quem possa ser o autor da infração penal.

A inexistência de partes no inquérito policial faz com que a cognição do delegado de polícia seja formada a partir de suas próprias impressões sobre aquilo que auferiu durante a investigação. Essa hipótese, enquanto desprovida de qualquer elemento informativo ou prova, constitui somente uma suspeita, isto é, um juízo de convicção baseado em conjecturas, em critérios subjetivos decorrentes da interpretação da autoridade policial. Já o indiciado é o investigado contra quem se logrou reunir elementos objetivos que apontam a autoria do crime. O indiciamento indica que a simples suspeita se tornou algo palpável, concreto, que transbordou a psique do investigador e passou a ser demonstrado por meio de elementos objetivos. Com o ato de indiciamento o investigado, inicialmente mero suspeito da prática do crime, passa a ser considerado provável autor²⁰⁹. O indiciamento, portanto, consiste em um "ato posterior ao estado de suspeito e está baseado em um juízo de probabilidade, e não de mera possibilidade"²¹⁰.

Mas quais seriam, atualmente, as consequências do indiciamento?

²⁰⁷ Conforme notícia divulgada pelo STF, disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=252718>, último acesso em 26/02/17.

²⁰⁸ Nesse sentido, ver: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4483504> e <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4464179>, último acesso em 26/02/17.

²⁰⁹ MOUGENOT, Edílson Mougenot Bonfim. *Curso de Processo Penal*, 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.176.

²¹⁰ LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2013. p.431.

Dentro do inquérito policial (endoprocedimentalmente), o indiciamento não vem ensejando qualquer modificação na instrução preliminar ou mesmo qualquer nascimento de direito ou obrigação ao investigado ou ao delegado de polícia. Na prática, não se tem diferenciado o indiciado do mero suspeito. Outrossim, o indiciamento, por si só, não resulta em restrição da liberdade ou de bens do investigado ou qualquer sanção expressa na lei.

Do ponto de vista extraprocedimental, igualmente, não há nada na lei estatuinto as consequências do indiciamento. Se dentro do inquérito, o indiciamento tem sido praticamente inócuo, fora do inquérito seu reflexo aparenta inexpressividade num primeiro momento. Isto, em razão do fato de que, processualmente falando, o indiciamento não vincula o Ministério Público no momento da denúncia, tampouco o juiz no momento da sentença.

Ademais, o fato de determinado indivíduo já ter sido indiciado, ainda que em vários inquéritos, conforme entendimento majoritário, não pode sequer ser usado como motivo para aumentar a pena-base a título de maus antecedentes, ante o princípio constitucional da não culpabilidade. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já havia editado a Súmula 444: “*É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena base*”, tendo o entendimento sido reiterado, em dezembro de 2014, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, em Recurso Extraordinário com repercussão geral reconhecida²¹¹.

Cabe registrar, por oportuno, que a questão ainda não está sepultada, existindo julgados recentes que não se perfilham ao entendimento acima e parecem indicar a possibilidade de uma virada jurisprudencial, destacando-se que o Pleno do STF, durante o julgamento do HC 94.620 e HC 94.680 (realizado em 24/06/2015)²¹², aventou a possibilidade de superação do

²¹¹ RE 591.054. Na ocasião, por 6 votos a 4, o plenário do STF entendeu que “[...] ante o princípio constitucional da não culpabilidade, inquéritos e processos criminais em curso são neutros na definição dos antecedentes criminais”.

²¹² Conforme publicado no Informativo 791 do STF: “Princípio da não-culpabilidade: processos em curso e maus antecedentes. O Plenário, em conclusão de julgamento e por maioria, concedeu, em parte, a ordem em dois “habeas corpus” para determinar ao juízo das execuções penais que proceda ao novo cálculo da pena imposta aos pacientes, devendo considerar como circunstâncias negativas, na primeira fase da dosimetria, somente a culpabilidade e as consequências do crime. Em ambos os casos, discutia-se a possibilidade de inquéritos policiais e ações penais sem trânsito em julgado poderem ser considerados como elementos caracterizadores de maus antecedentes — v. Informativo 538. Prevaleceu o voto do Ministro Teori Zavascki. Salientou recente posicionamento do STF a respeito do tema, firmado no julgamento do RE 591.054/SC (DJe de 25.2.2015), com repercussão geral, no sentido da impossibilidade de se considerar esses elementos como maus antecedentes para fins de dosimetria da pena. Salientou, ainda, que no HC 94.620/MS, também haveria outra discussão, a respeito da admissibilidade de alegações genéricas — de que o agente possuiria conduta inadaptada ao convívio social e personalidade voltada para o crime, e de que as circunstâncias e motivos seriam deploráveis — embasarem a reprimenda do paciente. Reputou que essa fundamentação genérica também não poderia ser considerada para esse fim. Os Ministros Ricardo Lewandowski (Presidente e relator) — que reajustou seu voto —, Teori Zavascki, Edson Fachin e Rosa Weber, embora ressalvassem seu entendimento pessoal, acompanharam a orientação firmada no recurso com repercussão geral, em respeito ao princípio da colegialidade. Vencidos a Ministra Cármen Lúcia e o Ministro Luiz Fux, que denegavam a ordem em ambos os casos. Por fim, o Tribunal, tendo em conta as manifestações proferidas

entendimento fixado em repercussão geral no bojo do RE 591.054. É, inclusive, a posição a qual nos filiamos, por ser mais consentânea com o princípio da isonomia, de lastro constitucional.

Afinal, se igualdade é tratar os iguais de maneira igual e os desiguais de maneira desigual, na célebre definição de Aristóteles, nada mais injusto que se considerar merecedores de uma mesma pena-base um cidadão que nunca foi parar em uma Delegacia e outro que responda a diversas ações penais ou seja investigado em inúmeros inquéritos.

Superado este aspecto, em síntese, portanto, o indiciamento não possui qualquer consequência prevista em lei. A única exceção reside no artigo 17-D²¹³ da Lei 9.613/1998 (Lei de Lavagem de Dinheiro), introduzido por meio da Lei 12.683/2012, que estabelece que servidores públicos indiciados devem ser afastados de seus cargos e determina que eles não tenham prejudicados a remuneração e os demais direitos previstos em lei, “até que o juiz competente autorize, em decisão fundamentada, o seu retorno”. Todavia, não podemos deixar de registrar que a Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR) ajuizou ação direta de inconstitucionalidade (ADI 4911) questionando o dispositivo, sob o argumento de que a medida configura punição antecipada, uma vez que não possibilita o direito de defesa por parte do servidor alvo de investigação em inquérito policial, violando regras previstas no artigo 5º da Constituição Federal, entre elas, a que estabelece que ninguém será privado dos seus bens sem o devido processo legal (inciso LIV), bem como as garantias do contraditório e da ampla defesa (inciso LV), da presunção da inocência (inciso LVII) e da inafastabilidade da jurisdição (inciso XXXV), além de supostamente usurpar a atribuição privativa do Ministério Público para formar *opinio delicti* em crime de ação penal pública, como estabelecido no inciso I do artigo 129 da Carta Magna²¹⁴. Ainda não houve julgamento da referida ação²¹⁵, entretanto, como analisaremos a seguir, a argumentação expendida na referida ADI perderia grande parte da força

e o fato de se tratar de “habeas corpus”, pronunciou-se no sentido da possibilidade de rever a tese firmada no precedente em repercussão geral, em recurso extraordinário a ser oportunamente submetido à apreciação da Corte. HC 94620/MS rel. Min. Ricardo Lewandowski, 24.6.2015. (HC-94620); HC 94680/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 24.6.2015. (HC-94680)”.

²¹³ Art. 17-D. Em caso de indiciamento de servidor público, este será afastado, sem prejuízo de remuneração e demais direitos previstos em lei, até que o juiz competente autorize, em decisão fundamentada, o seu retorno. (Incluído pela Lei nº 12.683, de 2012)

²¹⁴ Conforme notícia divulgada pelo STF, disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=238210>, último acesso em 26/02/17.

²¹⁵ Nesse sentido, ver: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4366589>, último acesso em 26/02/17.

se acolhida a orientação que será aqui preconizada, acolhendo-se o “contraditório possível” no inquérito policial (e em qualquer procedimento investigatório).

A despeito da referida previsão legal, fato é que a falta de maiores consequências legais para o indiciamento, notadamente no âmbito extraprocedimental, não reflete as verdadeiras implicações que o indiciamento pode ocasionar na vida do investigado.

É indiscutível que a simples condição de investigado, isto é, de ser objeto de investigação, já é motivo de preocupação para qualquer pessoa, que dirá o fato de ser indiciado por determinado crime. O indiciamento configura verdadeiro estigma na vida de um indivíduo, maculando sua reputação. Se não existem consequências legais de relevo, muitas podem ser apontadas no plano social.

Quem contrataria para cuidar de seus filhos, alguém que já tivesse sido “meramente” indiciado por crimes sexuais ou mesmo por maus-tratos? Quem realizaria negócios, sem no mínimo redobrar as cautelas habituais, com um indivíduo que “apenas” foi indiciado por estelionato? Quem confiaria seu patrimônio a alguém que já foi indiciado pelos crimes de roubo ou mesmo de furto?

A verdade é que, independente do entendimento jurídico ou teórico sobre o indiciamento, no plano fático, o indiciamento configura inegável chaga e traz consigo uma série de sanções morais e penas de cunho social, alijando, por vezes, determinada pessoa de seu emprego, amigos e até mesmo família.

A condenação social costuma vir muito antes da condenação judicial. Dependendo do crime que é imputado a determinado indivíduo, olhares de reprovação se ampliam a todas as esquinas, os contatos com os amigos vão rareando e a própria família parece não se importar com a sua sorte, preferindo a distância ao peso da proximidade com o indiciado.

Por vezes, a sua vida se altera de maneira tão drástica que a permanência em determinada localidade se torna insustentável, levando-o a se mudar em busca de uma “vida nova”, em uma comunidade em que as pessoas desconheçam o seu passado, e tudo isso pode se dar, sem que sequer se tenha sido iniciada uma ação penal, que dirá proferida condenação.

E o que dizer do estigma moral que o indiciamento ocasiona quando revelado pela mídia, por exemplo? O indiciamento, muitas vezes desprezado por juristas e pela própria Autoridade Policial, pode gerar consequências negativas de proporções avassaladoras na vida de uma pessoa, quiçá fadando-a ao fracasso profissional e a extirpação de um projeto de vida.

Ao indiciar um suspeito o Delegado de Polícia impõe-lhe uma mácula perene (perene porque sequer existe mecanismo legal específico para expurgá-lo), isto é, o rótulo de “fichado na polícia”, que o acompanhará pelo resto de sua vida, sendo por vezes seu algoz.

Não se mostra absurdo comparar o indiciamento a uma sanção penal, já que seus efeitos desmoralizantes e estigmatizantes podem equivaler a uma sentença condenatória, com a agravante de que essa “pena” foi aplicada desprezando o contraditório, recurso e todas as demais garantias processuais.

O próprio Estado, em determinados casos, reconhece juridicidade aos questionamentos sociais que se faz a reputação de alguém “meramente” indiciado, conferindo-lhe relevância jurídica.

Imaginemos um bacharel em direito que almeje a aprovação em um concurso público, como juiz, promotor ou delegado de polícia, por exemplo. Alguém duvidaria de que o indiciamento desse candidato seria um provável empecilho para sua aprovação para um desses cargos? Certamente que não.

Sepultando qualquer dúvida, cabe salientar que a 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, já proferiu decisão asseverando que quando se trata daqueles cargos públicos cujos ocupantes agem *stricto sensu* em nome do Estado, como o Delegado de Polícia, não se pode tolerar o acesso a alguém que responda por crimes como o de formação de quadrilha e de corrupção ativa²¹⁶.

Com efeito, se o indiciamento não vincula a opinião do titular da ação penal, tampouco o julgador, e ainda é capaz de impelir consequências desastrosas para a vida do investigado, resta esclarecer qual seu objetivo.

Por meio do indiciamento o Estado-administração, representado pelo delegado de polícia, conforme estabelece o art. 144, §4º, da CF, emite um juízo de valor, fundamentado em argumentos técnico-jurídicos (art. 2º, §6º, da Lei 12.830/13), acerca da materialidade, circunstâncias e autoria do fato investigado.

²¹⁶ ADMINISTRATIVO. CONCURSO PARA DELEGADO DE POLÍCIA. FASE DE INVESTIGAÇÃO SOCIAL. CANDIDATA DENUNCIADA PELA PRÁTICA DOS CRIMES DE FORMAÇÃO DE QUADRILHA E DE CORRUPÇÃO ATIVA. O Superior Tribunal de Justiça tem inúmeros precedentes no sentido de que o candidato indiciado em inquérito policial ou condenado em sentença penal sem trânsito em julgado não pode ser eliminado do concurso público com base nessas circunstâncias. Essa jurisprudência pode justificar-se a respeito de cargos públicos de menor envergadura, v.g., o de agente penitenciário, precisamente a situação examinada no precedente de que trata o RMS 32.657, RO, relator o Ministro Arnaldo Esteves Lima (DJe, 14.10.2010). Outra, no entanto, deve ser a solução quando se cuida daqueles cargos públicos cujos ocupantes agem *stricto sensu* em nome do Estado, incluído nesse rol o cargo de Delegado de Polícia. O acesso ao Cargo de Delegado de Polícia de alguém que responde ação penal pela prática dos crimes de formação de quadrilha e de corrupção ativa compromete uma das mais importantes instituições do Estado, e não pode ser tolerado. Recurso ordinário desprovido. (ROMS201302088315 - Recurso Ordinário em Mandado de Segurança – 43172 – STJ – 1ª Turma – Relator: Ari Pargendler – Fonte: DJE – Data: 22/11/2013)

Em breve reconstrução histórica, cabe ressaltar que a primeira codificação de leis processuais penais no Brasil ocorreu no ano de 1832, com a promulgação do “Código do Processo Criminal”²¹⁷.

Referido código, contudo, não previa o inquérito policial, tampouco a figura do Delegado de Polícia. Sem correspondente na legislação atual, o citado código atribuía ao Juiz de Paz, cargo eletivo, funções cumulativas, policiais e jurisdicionais. Competia ao Juiz de Paz, por exemplo, proceder ao auto de corpo de delito e a “formação da culpa”²¹⁸ (o que se assemelha

²¹⁷ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-29-11-1832.htm#art12§1

²¹⁸ CAPITULO IV. DA FORMAÇÃO DA CULPA

Art. 134. Formar-se-ha auto de corpo de delicto, quando este deixa vestigios que podem ser ocularmente examinados; não existindo porém vestigios, formar-se-ha o dito auto por duas testemunhas, que deponham da existencia do facto, e suas circunstancias.

Art. 135. Este exame será feito por peritos, que tenham conhecimento do objecto, e na sua falta por pessoas de bom senso, nomeadas pelo Juiz de Paz, e por elle juramentadas, para examinarem e descreverem com verdade quanto observarem; e avaliarem o damno resultante do delicto; salvo qualquer juizo definitivo a este respeito.

Art. 136. O Juiz mandará colligir tudo, quanto encontrar no lugar do delicto, e sua vizinhança, que possa servir de prova.

Art. 137. O auto de corpo de delicto será escripto pelo Escrivão, rubricado pelo Juiz, e assignado por este, peritos, e testemunhas.

Art. 138. O Juiz procederá a auto de corpo de delicto a requerimento de parte, ou ex-officio nos crimes, em que tem lugar a denuncia.

Art. 139. Os autos de corpo de delicto, feitos a requerimento de parte nos crimes, em que não tem lugar a denuncia, serão entregues á parte, se o pedir, sem que delles fique traslado.

Art. 140. Apresentada a queixa, ou denuncia com o auto do corpo de delicto, ou sem elle, não sendo necessario, o Juiz a mandará autuar, e procederá á inquirição de duas até cinco testemunhas, que tiverem noticia da existencia do delicto, e de quem seja o criminoso.

Art. 141. Nos casos de denuncia, ainda que não haja denunciante, o Juiz procederá á inquirição de testemunhas na fórma do artigo antecedente, fazendo autuar o auto de corpo de delicto, se o houver.

Art. 142. Estando o delinquente preso, ou afiançado, ou residindo no Districto, de maneira que possa ser conduzido á presença do Juiz, assistirá á inquirição das testemunhas, em cujo acto poderá ser interrogado pelo Juiz, e contestar as testemunhas sem as interromper.

Art. 143. Da inquirição das testemunhas, interrogatorio, e informações, se lavrará termo, que será escripto pelo Escrivão, e assignado pelo Juiz, testemunha, parte, e informantes, guardada a disposição do art. 89.

Art. 144. Se pela inquirição das testemunhas, interrogatorio ao indiciado delinquente, ou informações, a que tiver procedido, o Juiz se convencer da existencia do delicto, e de quem seja o delinquente, declarará por seu despacho nos autos que julga procedente a queixa, ou denuncia, e obrigado o delinquente á prisão nos casos, em que esta tem lugar, e sempre a livramento.

Art. 145. Quando o Juiz não obtenha pleno conhecimento do delicto, ou indicios vehementes de quem seja o delinquente (não se tratando de crimes politicos), declarará por seu despacho nos autos que não julga procedente a queixa, ou denuncia.

Art. 146. Procedendo a queixa, ou denuncia, o nome do delinquente será lançado no livro para isso destinado, o qual será gratuitamente rubricado pelo Juiz de Direito, e se passarão as ordens necessarias para a prisão.

Art. 147. A formação da culpa terá lugar, em quanto não prescrever o delicto, e proceder-se-ha em segredo sómente, quando a ella não assista o delinquente, e seus socios.

Art. 148. A qualquer que fôr preso sem culpa formada dentro em vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em cidades, villas, ou outras povoações proximas aos lugares da residencia do Juiz; e em lugares remotos dentro de um prazo razoavel, proporcionado á distancia daquelle, onde foi commettido, o delicto, contando-se um dia por cada tres leguas, o Juiz por uma nota por elle assignada, fará constar ao réo o motivo da prisão, os nomes do seu accusador, e o das testemunhas, havendo-as.

Entender-se-hão por lugares proximos á residencia do Juiz todos os que se comprehenderem dentro do espaço de duas leguas.

A formação da culpa não excederá o termo de oito dias, depois da entrada na prisão, excepto quando a affluencia de negocios publicos, ou outra difficuldade insuperavel obstar, fazendo-se com tudo o mais breve que fôr possivel.

ao inquérito policial), prender “os culpados”, conceder fiança e até mesmo julgar alguns crimes e contravenções²¹⁹.

Em 1841 o Código em questão foi reformado pela Lei 261. As figuras do Chefe de Polícia, Delegados e Subdelegados foram recriadas, sendo-lhes atribuídas competências antes destinadas aos Juízes de Paz. Dentre elas a de julgar algumas espécies de crimes e contravenções²²⁰.

Os Chefes de Polícia eram escolhidos entre os Desembargadores e Juízes, sendo nomeados pelo Imperador. Já os Delegados e Subdelegados eram escolhidos entre os Juízes e cidadãos²²¹, sendo, igualmente, nomeados pelo Imperador.

A Lei 261/1841 estabeleceu, ainda, os contornos legais do hoje chamado inquérito policial, prevendo, no art. 4º, §9º, que aos Chefes de Polícia e aos Delegados competia *remetter*,

Art. 149. O Juiz de Paz ainda que pelas primeiras informações não obtenha o conhecimento de quem é o delinquente, não deixará de proceder contra elle em qualquer tempo, que seja descoberto, em quanto não prescrever o delicto.

²¹⁹ Art. 12. Aos Juizes de Paz compete: [...] § 1º Tomar conhecimento das pessoas, que de novo vierem habitar no seu Districto, sendo desconhecidas, ou suspeitas; e conceder passaporte ás pessoas que lh'o requererem. § 2º Obrigar a assignar termo de bem viver aos vadios, mendigos, bebados por habito, prostitutas, que perturbam o socego publico, aos turbulentos, que por palavras, ou acções offendem os bons costumes, a tranquillidade publica, e a paz das familias. § 3º Obrigar a assignar termo de segurança aos legalmente suspeitos da pretensão de commetter algum crime, podendo cominar neste caso, assim como aos comprehendidos no paragrapho antecedente, multa até trinta mil réis, prisão até trinta dias, e tres mezes de Casa de Correção, ou Officinas publicas. § 4º Proceder a Auto de Corpo de delicto, e formar a culpa aos delinquentes. § 5º Prender os culpados, ou o sejam no seu, ou em qualquer outro Juizo. § 6º Conceder fiança na fórmula da Lei, aos declarados culpados no Juizo de Paz. § 7º Julgar: 1º as contravenções ás Posturas das Camaras Municipaes: 2º os crimes, a que não esteja imposta pena maior, que a multa até cem mil réis, prisão, degredo, ou desterro até seis mezes, com multa correspondente à metade deste tempo, ou sem ella, e tres mezes de Casa de Correção, ou Officinas publicas onde as houver. § 8º Dividir o seu Districto em Quarteirões, contendo cada um pelo menos vinte e cinco casas habitadas.

²²⁰ Art. 4º Aos Chefes de Policia em toda a Provincia e na Côrte, e aos seus Delegados nos respectivos districtos compete: § 1º As attribuições conferidas aos Juizes de Paz pelo art. 12 §§ 1º, 2º, 3º, 4º, 5º e 7º do Codigo do Processo Criminal. § 2º Conceder fiança, na fórmula das leis, aos réos que pronunciarem ou prenderem. § 3º As attribuições que ácerca das Sociedades secretas e ajuntamentos illicitos concedem aos Juizes de Paz as leis em vigor. § 4º Vigiar e providenciar, na fórmula das leis, sobre tudo que pertence à prevenção dos delictos e manutenção da segurança o tranquillidade publica. § 5º Examinar se as Camaras Municipaes tem providenciado sobre os objectos do Polícia, que por Lei se achão a seu cargo, representando-lhes com civilidade as medidas que entenderem convenientes, para que se convertão em Posturas, e usando do recurso do art. 73 da Lei do 1º de Outubro de 1828, quando não forem attendidos. § 6º Inspeccionar os Theatros e espectaculos publicos, fiscalizando a execução de seus respectivos Regimentos, e podendo delegar esta inspecção, no caso de impossibilidade de a exercerem por si mesmos, na fórmula dos respectivos Regulamentos, ás Autoridades Judiciarias, ou Administrativas dos lugares. § 7º Inspeccionar, na fórmula dos Regulamentos as prisões da Provincia. § 8º Conceder mandados de busca, na fórmula da Lei. § 9º Remetter, quando julgarem conveniente, todos os dados, provas e esclarecimentos que houverem obtido sobre um delicto, com uma exposição do caso e de suas circumstancias, aos Juizes competentes, a fim de formarem a culpa. Se mais de uma autoridade competente começarem um processo de formação de culpa, proseguirá nelle o Chefe de Policia ou Delegado, salvo porém o caso da remessa de que se trata na primeira parte deste paragrapho.

²²¹ Art. 2º Os Chefes de Policia serão escolhidos d'entre os Desembargadores, e Juizes de Direito: os Delegados e Subdelegados d'entre quaesquer Juizes e Cidadãos: serão todos amoviveis, e obrigados a aceitar.

*quando julgarem conveniente, todos os dados, provas e esclarecimentos que houverem obtido sobre um delicto, com uma exposição do caso e de suas circunstancias, aos Juizes competentes, a fim de formarem a culpa*²²².

O ponto que mais nos interessa desse contexto histórico é o referente à natureza jurídica dos atos praticados pelo delegado de polícia. À época, os atos realizados pelo delegado de polícia, no curso do inquérito policial, consistiam em verdadeiros atos processuais, podendo até mesmo resultar em uma sentença condenatória ou de pronúncia.

É o que se deduz da leitura do art. 4º, §§ 1º e 2º; art. 26, 1º; art. 49 e art. 54, todos da Lei 261/1841. Somente com a reforma na legislação judiciária, promovida pela Lei 2.033, de setembro de 1871²²³, ou seja, 30 anos após a citada lei, é que os atos de colheita de elementos de convicção, realizados sob o comando do Delegado de Polícia, passaram a constituir uma fase pré-processual.

Pela importância da disposição legal, já que praticamente se mantém até os dias de hoje, vale a citação literal:

Art. 9º Fica extinta a jurisdição dos Chefes de Policia, Delegados e Subdelegados no que respeita ao julgamento dos crimes de que trata o art. 12 § 7º do Codigo do Processo Criminal, assim como quanto ao julgamento das infracções dos termos de bem viver e segurança, e das infracções de posturas municipaes. Paragrapho unico. Fica tambem extinta a competencia dessas autoridades para o processo e pronuncia nos crimes communs; salva aos Chefes de Policia a faculdade de proceder á formação da culpa e pronunciar no caso art. 60 do Regulamento de 31 de Janeiro de 1842. Do despacho de pronuncia, neste caso, haverá, sem suspensão das prisões decretadas, recurso necessario, nas Provincias de facil communicacão com a séde das Relações, para o Presidente da respectiva Relação; nas de difficil communicacão, para o Juiz de Direito da capital da mesma Provincia.

Art. 10. Aos Chefes, Delegados e Subdelegados de Policia, além das suas actuaes attribuições tão sómente restringidas pelas disposições do artigo antecedente, e § unico, fica pertencendo o preparo do processo dos crimes, de que trata o art. 12 § 7º do Codigo do Processo Criminal até a sentença exclusivamente. Por escripto serão tomadas nos mesmos processos, com os depoimentos das testemunhas, as exposições da accusação e defesa; e os competentes julgadores, antes de proferirem suas decisões, deverão rectificar o processo no que fôr preciso.

§ 1º Para a formação da culpa nos crimes communs as mesmas autoridades policiaes deverão em seus districtos proceder ás diligencias necessarias para descobrimento dos factos criminosos e suas circunstancias, e transmittirão aos Promotores Publicos, com os autos de corpo de delicto e indicação das testemunhas mais idoneas, todos os esclarecimentos colligidos; e desta remessa ao mesmo tempo darão parte á autoridade competente para a formação da culpa.

²²² http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM261.htm.

²²³ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LIM/LIM2033.htm.

Como se denota, a mencionada lei extinguiu grande parte das competências jurisdicionais antes exercidas pelo delegado de polícia, como o julgamento de certos crimes, a presidência de uma das fases do processo e a pronúncia, estabelecendo-lhe, ainda, a atribuição do *preparo do processo* de crimes (art. 10) e do *descobrimiento dos factos criminosos e suas circunstancias*, (art. 10, §1º), conjunto de ações que podem ser consideradas as bases primárias do inquérito policial. Tanto é verdade que, ainda no ano de 1871, o Decreto 4.824, que regulamentou a Lei 2.033/1871, expressamente previu a expressão “inquérito policial” em um texto legal.

Dessa forma, resta estampado que o indiciamento é um resquício da competência outrora exercida pelo delegado de polícia.

Entretanto, o indiciamento não pode ser concebido somente como ato que expressa a convicção do delegado sobre o provável autor do delito, sob pena de ser considerado um ato autoritário, infértil e desprovido de uma finalidade que se coadune com os ditames de um Estado Democrático de Direito.

O legislador originário de 1988, atendendo aos anseios da população e a ruptura política com o regime autoritário, fundou a Lei Maior em bases democráticas, instituindo, já no art. 1º da CF, a República Federativa do Brasil como um Estado Democrático de Direito.

Uadi Lammêgo Bulos explica que ao utilizar a terminologia Estado Democrático de Direito a Constituição “reconheceu a República Federativa do Brasil como uma ordenação estatal justa, mantenedora dos direitos individuais e metaindividuais”²²⁴.

Mostrando-se coerente com sua ideologia, o texto constitucional prevê em seu bojo, notadamente em seu art. 5º, uma série de garantias individuais contra o aparelho repressivo estatal, claramente, adotando uma matriz acusatória para o processo penal e referendando o direito de liberdade²²⁵.

Nesse contexto, o indiciamento deve ser entendido, também, como ato que busca tutelar direitos do investigado.

James Goldschmit preleciona que a estrutura do processo penal é o termômetro do quanto autoritária ou democrática é a Constituição de um país²²⁶. O processo penal reflete

²²⁴ LAMMÊGO BULOS, Uadi. *Constituição Federal anotada*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p.79.

²²⁵ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006. p.97.

²²⁶ GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso: problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. vol. II. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961, p.72.

diretamente a forma como o governo soberano dialoga com os indivíduos: um processo penal autoritário, repressivo, é sinônimo de um Estado autoritário; um processo penal garantista, regrado por direitos e garantias individuais, espelha um Estado liberal, pois as orientações políticas influem na concepção estrutural do processo²²⁷. “Sem dúvida, o direito processual penal é o sismógrafo da Constituição do Estado”²²⁸.

O Estado, "pela sua óptica, cria uma regulamentação processual penal a partir dos valores políticos dominantes"²²⁹. A Constituição Federal de 1988 foi erigida a partir de valores liberais, em que, certamente, predominou o pensamento de proteção ao acusado e não ideias de segurança social e de eficiência repressiva²³⁰.

Dessa forma, afigura-se certo que não só o processo penal, mas a persecução penal como um todo, devem convergir para o atual modelo de Estado Democrático de Direito, sendo igualmente constitucional e democrático²³¹, com ênfase à proteção dos direitos fundamentais e limitação do excesso por parte do Estado. Inexoravelmente, a instrução preliminar "não pode ser afastar do instrumento-maior ao qual presta serviço"²³².

Como preleciona Manuel Guedes Valente, a essência "legitimadora e limitadora da atividade de polícia é de natureza constitucional com a consagração de um duplo dever ser – defender e garantir – e de uma tríplice dinâmica material – legalidade democrática, segurança e direitos de todos os cidadãos"²³³.

Com efeito, é imprescindível que façamos uma acoplagem constitucional e convencional do inquérito policial. As regras constitucionais devem iluminar toda a persecução penal²³⁴.

²²⁷ FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra, 1974. p.59.

²²⁸ ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Traduzido por Daniel Pastor e Gabriela Córdoba. Buenos Aires: Del Puerto, 2000. p.10.

²²⁹ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 8.

²³⁰ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: RT, 2012. p.23.

²³¹ LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2013. p.32.

²³² LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.44.

²³³ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Ciências policiais: ensaio*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2014, p.44.

²³⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.44.

Infelizmente, as práticas criminais brasileiras permanecem enclausuradas no tempo e sem referência constitucional, sendo necessária "uma leitura convencional e constitucional do processo penal, a partir da constitucionalização dos direitos humanos"²³⁵.

Estando a investigação policial está diretamente atrelada ao processo, exercendo forte influência no seu deslinde, resta estampado de maneira ainda mais evidente que os atos de investigações policiais devem ser vistos à luz da Constituição Federal.

Como afirma José Nereu Giacomolli, em um regime de Estado Democrático de Direito o paradigma constitucional deve ser respeitado em toda a persecução penal, "ou seja, existem regras fixadas pelo modelo jurídico delineado pela Constituição Federal aos quais todas as instituições pertencentes ao sistema criminal estatal devem se adequar"²³⁶.

A ideologia, tuteladora das liberdades individuais, inexoravelmente, possui uma permeabilidade cada vez maior não só no processo penal, como também nos procedimentos e processos administrativos, "daí porque deve ser encarada com naturalidade a inserção de valores antes somente afetos à etapa jurisdicional, já na investigação"²³⁷.

Sob esse prisma, portanto, o investigado deixa de ser objeto de investigação e passa a assumir o papel de protagonista no inquérito policial. Nesse contexto, o indiciamento encontra no investigado sua razão de existir. A finalidade do indiciamento, sob essa ótica, seria conferir ao investigado a possibilidade de participar ativamente da investigação, com direito de informação e garantia do exercício do direito de defesa desde a fase pré-processual.

Como prelecionam Aury Lopes Junior e Ricardo Jacobsen: "o indiciamento deve ser considerado uma carga para o sujeito passivo, mas também marca o nascimento de direitos, entre eles o de defesa. Logo, é também uma garantia."²³⁸

Com efeito, o Delegado de Polícia, diante de indícios de autoria e prova da materialidade, deve oportunizar ao indiciado a possibilidade de se manifestar garantindo-lhe os direitos inerentes à ampla defesa e a possibilidade de conhecimento das acusações, a fim de que, querendo, possa iniciar sua defesa no germe do processo.

²³⁵ GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014, p.12.

²³⁶ GIACOMOLLI, Nereu José. *A fase preliminar do processo penal: crise, misérias e novas metodologias investigatórias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.6.

²³⁷ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p.97.

²³⁸ LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2013, p.435.

Nesse passo, o indiciamento ganha *status* de ato indispensável, pois a partir do momento que o precede o investigado já pode se manifestar e buscar influir na convicção do delegado de polícia e do membro do ministério público que tiver atribuição para formação da *opinio delicti*, seja afastando a condição de autor ou mesmo defendendo capitulação diversa.

A partir do indiciamento o investigado teria o direito de saber que está oficialmente sendo considerado o provável autor de um delito e, portanto, buscar acostar ao procedimento elementos para a sua defesa, bem como solicitar diligências e ter acesso ao andamento das investigações, ciente de que o inquérito será remetido ao *Parquet* para possível deflagração da ação penal.

Tais medidas apresentam-se de extrema relevância no possível futuro processo penal, pois mitigariam o grande descompasso de forças entre acusação e defesa existente na fase pré-processual, preservando com isso o princípio da paridade de armas.

O processo penal é constituído de incertezas. Nem sempre um culpado será condenado e nem sempre um inocente será absolvido. Nas palavras de Pedro Aragonese Alonso:

*[...] cuando el ser y el deber ser coinciden, el proceso penal ha verificado la norma contenida en el CP. Pero nadie puede desconocer el hecho cierto de que tal identidad no siempre es posible, y mucho menos es siempre realizable en la práctica.*²³⁹

Pela concepção de processo como situação jurídica, defendida por James Goldschmidt, o conteúdo da sentença depende, primordialmente, dos atos processuais praticados pelas partes no curso do processo. As situações processuais se formam pelos atos processuais, ou seja, atos das partes e do juiz que constituem, modificam ou extinguem expectativas, possibilidades ou cargas processuais ou dispensa de cargas.²⁴⁰ Praticado um ato processual edifica-se a expectativa de uma sentença favorável; havendo omissão, nasce a perspectiva de uma sentença desfavorável.

James Goldschmidt explica que:

*La causa jurídica consiste en que la lucha de las partes integra la esencia del pleito, y en que impone a las partes la necesidad de actuar, es decir, de emplear los medios de ataque y de defensa. Y la consecuencia del descuido de la parte es el empeoramiento de su situación procesal, es decir, el inicio o el aumento de la perspectiva de una sentencia desfavorable*²⁴¹.

²³⁹ ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Instituciones de derecho procesal penal* I. Madrid: Gráficas Encinas, 1979. p.56.

²⁴⁰ GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso: problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. v. I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961. p.111-112.

²⁴¹ *Ibidem*, p.92.

Nesse contexto, a participação efetiva do réu na fase pré-processual é de extrema relevância para sua defesa processual. Isso porque, “o inquérito policial não se constitui em um compartimento incomunicável no cosmos processual, embora ali devesse se circunscrever”²⁴².

A prática demonstra que os atos produzidos no inquérito policial exercem forte influência no deslinde do processo e na sentença judicial, sendo, por vezes, preponderantes na formação da convicção do julgador.

Luiz Flávio Gomes e Flávio Scliar prelecionam que apesar de esquecido como parte integrante do Direito Processual Penal e desprezado pela doutrina, o inquérito policial “informa decisivamente o espírito do julgador, sendo por vezes os atos de instrução processual meras reiteraões do que nele foi produzido”²⁴³.

Não é outra a visão de Fauzi Hassan Choukr, para quem o Ministério Público pouco acrescenta em juízo àquilo que foi produzido no contexto investigatório, apenas ratificando-o judicialmente e reduzindo a ação penal a um mero apêndice da investigação²⁴⁴.

No mesmo sentido, Salo de Carvalho assevera que, embora no “plano discursivo a doutrina processual penal atribua ao procedimento policial papel secundário, o fato de ser o ‘input’ do sistema de persecução criminal constitui o inquérito como o principal mecanismo de produção da verdade processual”²⁴⁵.

Não é demais dizer que, na prática, o inquérito policial tem sido utilizado não como instrumento que busca auferir indícios de autoria para um juízo de probabilidade, mas sim como instrumento que busca reunir “provas” suficientes para a condenação do investigado.

Há uma hipertrofia da fase pré-processual, notadamente no aspecto acusatório, o que, como consequência, deixa a presunção de inocência de cabeça para baixo e “impõe a defesa a tarefa de provar a incorreção da denúncia, caso ela realmente queira conseguir uma absolvição”²⁴⁶.

²⁴² GIACOMOLLI, Nereu José. *A fase preliminar do processo penal: crise, misérias e novas metodologias investigatórias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.4.

²⁴³ GOMES, Luiz Flávio; SCLIAR, Flavio. *Investigação preliminar, polícia judiciária e autonomia*. 2008. Disponível em: http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20081020154145672&mode=print, acesso em 11 dez. 2016.

²⁴⁴ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Inquérito policial: novas tendências e prática*. IBCRIM, São Paulo, boletim 84, novembro 1999.

²⁴⁵ CARVALHO, Salo de. *O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo (o exemplo privilegiado da aplicação da pena)*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010, p.89.

²⁴⁶ SCHUNEMMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Luis Greco (coordenador) vários tradutores. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p.216.

A desigualdade de forças, nas palavras de Luiz Flávio Gomes, tornaria o processo uma luta marcada com dia e hora certos, arena iluminada, aberta ao público com regras absolutamente claras e justas, mas os lutadores, que finalmente sobem ao ringue são, de um lado um peso-pesado, e do outro, um peso-pena²⁴⁷.

Logo, considerando que o inquérito policial é, muitas vezes, decisivo para o resultado do processo, afigura-se inequívoco que a igualdade de “armas” entre acusação e defesa no processo esteja vinculada ao exercício do direito de defesa na fase pré-processual, fato que, no inquérito policial, nasce por meio do indiciamento.

Ademais, os fundamentos do indiciamento ou do não indiciamento, já que ambos devem ser justificados, podem servir de contrapeso à opinião do órgão acusador, evitando o monopólio intelectual valorativo, o que se mostra salutar para a aplicação hígida da justiça criminal.

Destarte, a finalidade do indiciamento, numa perspectiva constitucional, vai além do ato de formalizar opinião do delegado de polícia acerca da probabilidade de autoria, passando a representar um importante instrumento de tutela de direitos ao investigado.

Desprezar o investigado como sujeito de direitos na fase policial, ignorando os efeitos deletérios que o indiciamento pode surtir na vida de uma pessoa, representa uma concepção oca deste instituto, desprovida de finalidade e contrária aos vetores democráticos que deveriam ser acoplados a toda a persecução penal.

A sobrevivência do indiciamento no atual cenário depende da readequação de suas finalidades, o que passa, necessariamente, por um filtro constitucional. Somente assim se mostra possível justificar a permanência do instituto no modelo de persecução penal democrático.

À luz do que foi exposto, torna-se imperioso reconhecer a possibilidade de incidência do princípio do contraditório, ainda que de maneira mitigada, no inquérito policial, a partir do momento que antecede o indiciamento.

Reitere-se que o referido cânone foi consagrado pela Constituição Federal brasileira no art. 5º, inciso LV, sendo sua observância imposta até para os processos administrativos: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

É claro que, diante da natureza do inquérito e dos fins a que este se presta, há que se ressaltar os casos em que haja urgência ou perigo para a efetividade da investigação, como

²⁴⁷ GOMES, Luiz Flávio e SCLIAR, Fábio. *Investigação preliminar, polícia judiciária e autonomia* - Luiz Flávio Gomes e Fábio Scliar. Disponível em <http://www.lfg.com.br> 21 out. 2008.

ocorre no próprio processo cautelar, hipótese em que a abertura de prazo para manifestação prévia não ocorrerá.

Contudo, há que se ressaltar que tais situações configuram um número diminuto de casos dentro do universo de procedimentos policiais que tramitam nas Delegacias, razão pela qual se deve ter por regra a possibilidade da defesa se manifestar antes do indiciamento.

Sustenta-se, assim, a adoção do “contraditório possível”. Isto é, considerando que o contraditório é, não só uma garantia constitucional, mas também um princípio que deve nortear o processo, tanto civil quanto penal, espraiando-se, ainda, nos termos da CRFB/88, para os procedimentos administrativos, dúvida não há que deve ser possibilitado durante o inquérito policial, facultando-se a ciência e manifestação da defesa sempre que não houver risco para a investigação.

Fundamental que se desconstitua a ideia demonizada de investigado que reina no imaginário popular. Qualquer um está sujeito a ser investigado pela prática de um crime. E resulta evidente que muitos passam por essa situação sem ter qualquer participação em prática criminosa, apenas por um lampejo investigativo que atraia a desconfiança policial para si.

Nesse cenário, o indivíduo pode ter todo o interesse em colaborar com a investigação e auxiliar a polícia a elucidar o delito, como forma de rapidamente afastar a mácula social que poderia recair sobre si.

Apenas a título exemplificativo, em alguns homicídios, muitas vezes as primeiras hipóteses de autoria recaem sobre a motivação passional, o que lança os holofotes investigativos para cônjuges e companheiros, que, na verdade são vítimas do evento e almejam igualmente a identificação e punição do criminoso.

Noutro giro, com alguma frequência, observa-se que são noticiados crimes de violência doméstica e estupro de vulnerável, com atribuição de autoria a pessoas sabidamente inocentes, pelas motivações mais mesquinhas, como por exemplo, o revanchismo. O suposto “autor” de um crime num primeiro momento, muitas vezes, se revela vítima de outro ao fim da investigação.

Assim, o contraditório deve ser considerado possível ao longo de todo o inquérito policial, sendo afastado quando puder comprometer o desenvolvimento das investigações. Repise-se, o que estamos a propor, é que seja facultado o contraditório com a maior amplitude que a apuração dos fatos possibilite sem comprometê-la.

Por ser o indiciamento o grande marco do inquérito policial, conferindo novo status (mais gravoso) ao cidadão, deve ser antecedido, sempre que possível, pelo contraditório, isto é, pela possibilidade de manifestação defensiva.

Gize-se, aqui, que nos referimos ao contraditório na dimensão participativa construída pelo novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/15), ao qual consideramos traço distintivo do Estado Democrático de Direito.

Não se trata de uma mera exigência formal, de meramente acostar aos autos as alegações do investigado, mas sim de permitir a participação do próprio na construção de um ato de poder, legitimando-o.

Assim, a partir do momento em que se considerar terem sido carreadas ao caderno investigativo prova da materialidade e indícios de autoria, o contraditório participativo exige que se informe o investigado do iminente indiciamento, possibilitando sua reação, seja através da exposição de argumentos jurídicos ou apresentação de elementos probatórios, de forma a permitir sua influência no convencimento do Delegado de Polícia, para a constituição ou não do ato que se segue.

Ressalve-se que a exigência aqui delineada não abarca os casos em que o sigilo seja valoroso para postulação de medida cautelar, prática de novos crimes, identificação de outros autores etc.

Oportuno ressaltar, em paralelo com o que sustentamos para a *emendatio libelli*,²⁴⁸ que a defesa habilitada nos autos do inquérito ou o próprio investigado, ao serem notificados para se manifestarem quanto ao indiciamento, deverão ser informados a respeito do tipo penal que ensejou indícios de autoria, de forma a possibilitar não só uma manifestação fática quanto jurídica em relação ao ocorrido.

Como dito, trata-se do contraditório possível. E a possibilidade se insere nos mais diversos aspectos. Assim, deve ser facultado se possível (aspecto investigativo), quando for possível (aspecto temporal) e na maior amplitude possível (aspecto modal).

Não há antinomia entre o contraditório e o inquérito policial, o que ocorre é que em razão da natureza e dos fins a que se destina, este não pode ser exercido de maneira plena, posto inexistirem partes.

Aliás, há muito a doutrina já admite a aplicação do princípio em sede policial. Nesse sentido, Rubens Casara e Antonio Melchior lecionando sobre o inquérito policial no contexto democrático, asseveram:

O exercício do contraditório no inquérito policial, em razão de sua natureza, não pode ocorrer com sua máxima plenitude. O contraditório enuncia duas dimensões: a) necessidade de informação (conhecimento da acusação e acesso às provas já produzidas); e b) possibilidade de reação. Por direito à informação, entende-se não apenas o informe da existência de uma imputação

²⁴⁸ Cf. p. 64-65.

sobre si (citação e intimação), mas fundamentalmente o direito de conhecer uma imputação corretamente deduzida. Por direito de reação, diz-se a possibilidade concreta de contrapor, em paridade de armas, os argumentos deduzidos pela outra parte. Para tanto, é preciso permitir à parte uma condição de diálogo que viabilize a resistência ou produção de significantes probatórios a seu favor.²⁴⁹

O êxito do investigado em repelir a acusação na fase pré-processual pode impedir não só o indiciamento, cujas consequências sociais já abordamos, como um mal maior, que seria o oferecimento da denúncia pelo membro do Ministério Público, quiçá o recebimento desta pelo magistrado e início do processo, momento em que se tornaria efetivamente réu.

É cediço que o integrante do *Parquet* não sofre qualquer limitação em razão do indiciamento, tendo plena liberdade para formar a *opinio delicti* como titular da ação penal. Contudo, caso o investigado apresente, ainda no inquérito policial, verdadeira defesa prévia atinente aos fatos apresentados, inspirado nos arts. 396-A e 397 do Código de Processo Penal, por exemplo, poderá lograr comprovar a existência manifesta de causa da exclusão da ilicitude, que o fato narrado não constitui crime ou mesmo que a punibilidade do agente já está extinta.

Nesse caso, além de rechaçar o indiciamento, poderá influenciar no convencimento do promotor de justiça, que ao receber os autos do inquérito policial, terá contato não só com os indícios de autoria eventualmente carreados ao feito, como também com as alegações da defesa, impedindo a deflagração de uma ação penal equivocada.

Portanto, nessa linha de ideias, o simples fato do Delegado de Polícia facultar a manifestação do investigado quanto à atribuição a si de um crime, pode lançar luz sobre os fatos ocorridos e evitar uma escalada de equívocos estatais, quais sejam, o indiciamento, a denúncia e a decisão que a recebe.

Aliás, o Estatuto da OAB foi recentemente modificado pela Lei nº 13.245, de 2016, que alterou a redação do inciso XIV e acrescentou o inciso XXI²⁵⁰, regulamentando a atuação dos

²⁴⁹ CASARA, Rubens R R. MELCHIOR, Antonio Pedro. *Teoria do Processo Penal Brasileiro, Vol I*, 2013, p.295.

²⁵⁰ Art. 7º São direitos do advogado: [...] XIV - examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital (Redação dada pela Lei nº 13.245, de 2016).

[...]

XXI - assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração: (Incluído pela Lei nº 13.245, de 2016) a) apresentar razões e quesitos; (Incluído pela Lei nº 13.245, de 2016); b) (VETADO). (Incluído pela Lei nº 13.245, de 2016). § 1º Não se aplica o disposto nos incisos XV e XVI: 1) aos processos sob regime de segredo de justiça; 2) quando existirem nos autos documentos originais de difícil restauração ou ocorrer circunstância relevante que justifique a permanência dos autos no cartório, secretaria ou repartição, reconhecida pela autoridade em despacho motivado, proferido de ofício, mediante representação ou a

defensores na fase investigatória e assegurando uma série de direitos a estes, o que reforça a ideia de contraditório no inquérito.

Por oportuno, há que se registrar que o defensor até poderá pleitear diligências ao longo da investigação, mas se tratará de mera solicitação e não de requisição. Essa foi, inclusive a motivação do veto²⁵¹ da alínea ‘b’ do inciso XXI do art. 7º do Estatuto da OAB, que seria incluída pela Lei 13.245/16. Assim, requerimentos irrelevantes, impertinentes ou protelatórios de produção de elementos de convicção podem ser indeferidos pelo delegado de polícia, aplicando-se analogicamente o art. 400, § 1.º do CPP²⁵².

O “contraditório possível” configura, portanto, uma verdadeira garantia cidadã contra o arbítrio estatal, apta a evitar os erros que tantas vezes já tivemos a infelicidade de acompanhar, em que o indivíduo, quando tem ciência da imputação de um fato criminoso, já está integrado

requerimento da parte interessada; 3) até o encerramento do processo, ao advogado que houver deixado de devolver os respectivos autos no prazo legal, e só o fizer depois de intimado.

[...]

§ 10. Nos autos sujeitos a sigilo, deve o advogado apresentar procuração para o exercício dos direitos de que trata o inciso XIV. (Incluído pela Lei nº 13.245, de 2016). § 11. No caso previsto no inciso XIV, a autoridade competente poderá delimitar o acesso do advogado aos elementos de prova relacionados a diligências em andamento e ainda não documentados nos autos, quando houver risco de comprometimento da eficiência, da eficácia ou da finalidade das diligências. (Incluído pela Lei nº 13.245, de 2016). § 12. A inobservância aos direitos estabelecidos no inciso XIV, o fornecimento incompleto de autos ou o fornecimento de autos em que houve a retirada de peças já incluídas no caderno investigativo implicará responsabilização criminal e funcional por abuso de autoridade do responsável que impedir o acesso do advogado com o intuito de prejudicar o exercício da defesa, sem prejuízo do direito subjetivo do advogado de requerer acesso aos autos ao juiz competente. (Incluído pela Lei nº 13.245, de 2016)

²⁵¹ MENSAGEM Nº 10, DE 12 DE JANEIRO DE 2016.

“Senhor Presidente do Senado Federal, Comunico a Vossa Excelência que, nos termos do § 1º do art. 66 da Constituição, decidi vetar parcialmente, por contrariedade ao interesse público, o Projeto de Lei no 78, de 2015 (no 6.705/13 na Câmara dos Deputados), que “Altera o art. 7º da Lei no 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil)”. Ouvido, o Ministério da Justiça manifestou-se pelo veto ao seguinte dispositivo: Alínea ‘b’ do inciso XXI do art. 7º da Lei no 8.906, de 4 de julho de 1994, alterada pelo art. 1º do projeto de lei “b) requisitar diligências.” Razões do veto: “Da forma como redigido, o dispositivo poderia levar à interpretação equivocada de que a requisição a que faz referência seria mandatória, resultando em embaraços no âmbito de investigações e consequentes prejuízos à administração da justiça. Interpretação semelhante já foi afastada pelo Supremo Tribunal Federal - STF, em sede de Ação Direita de Inconstitucionalidade de dispositivos da própria Lei no 8.906, de 4 de julho de 1994 - Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (ADI 1127/DF). Além disso, resta, de qualquer forma, assegurado o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder, nos termos da alínea ‘a’, do inciso XXXIV, do art. 5º da Constituição.” Essas, Senhor Presidente, as razões que me levaram a vetar o dispositivo acima mencionado do projeto em causa, as quais ora submeto à elevada apreciação dos Senhores Membros do Congresso Nacional. Este texto não substitui o publicado no DOU de 13.1.2016

²⁵² Art. 400. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

§ 1º As provas serão produzidas numa só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008). § 2º Os esclarecimentos dos peritos dependerão de prévio requerimento das partes. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

a um processo criminal e é muitas vezes surpreendido com seu nome nas capas dos jornais, embora disponha de elementos ou provas suficientes para demonstrar, de imediato, sua inocência.

Ainda que se possa suscitar que, nessas hipóteses, o processo culminará com a absolvição, seria uma irresponsabilidade ignorarmos que os males causados a esse inocente, por vezes, são mais gravosos que a própria imposição de uma pena.

Ante o exposto, em síntese, sustentamos que o delegado de polícia, ao presidir inquérito policial, verificando estar próximo de reunir indícios de autoria e prova da materialidade de determinado crime contra um indivíduo, isto é, avizinando-se o momento do indiciamento, deverá notificá-lo, concedendo-lhe prazo razoável para que, se assim desejar, constitua defensor Público ou advogado e manifeste-se nos autos sobre o possível indiciamento pelo crime vislumbrado. Concretiza-se assim, na medida possível, o contraditório participativo no inquérito policial.

Além da referida notificação não dever ser realizada quando houver urgência ou quando acarretar perigo concreto à efetividade da investigação, será desnecessária também quando o investigado tiver sido intimado para prestar depoimento e tiver se quedado inerte, demonstrando que não pretende exercer seu direito ao contraditório. Em todas as hipóteses, porém, deverá haver a devida fundamentação.

Não há óbice, pelo contrário, seria salutar, que o Delegado de Polícia possibilitasse também a manifestação acerca do indiciamento ao membro do Parquet destinatário da investigação, dentro da concepção de contraditório participativo e de maior democratização dos atos de poder, sejam quais forem.

Como dito anteriormente, essa conduta do Delegado de Polícia não deve configurar simples formalidade, isto é, a Autoridade Policial não deve chegar a uma conclusão e, antes de materializá-la em uma decisão, abrir prazo para que as partes protocolem petições, mas sim, ao antever a possível formação de seu convencimento, oportunizar a manifestação das partes, levando-as em conta ao decidir, pois só através da efetiva participação e influência das partes, teremos um proceder democrático, verdadeiro fator de legitimação das decisões, in casu, do indiciamento.

O presente entendimento, inclusive, já foi sufragado no enunciado de nº 22 do 1º Encontro Nacional de Delegados de Polícia sobre Aperfeiçoamento da Democracia e Direitos Humanos, que se realizou em novembro de 2014. Confira-se:

A súmula vinculante 14 do Supremo Tribunal Federal institui a defesa na investigação criminal, cuja efetividade implica em intimar o imputado a se

pronunciar sobre os elementos informativos antes do relatório final ou decisão de indiciamento, ressalvados os casos de urgência ou de perigo concreto à eficácia da investigação.

A adoção da presente proposição, nos termos sugeridos, não traz qualquer prejuízo a efetividade do inquérito policial, pelo contrário, contribui para sua valorização ao dissociá-lo da visão tacanha de outrora, que relaciona o inquérito a um procedimento ultrapassado, no qual prevalece o arbítrio e o abuso, figura quase que ditatorial, arcaica e não efetiva, que não se amolda ao Estado Democrático de Direito e no bojo do qual não são observados os direitos fundamentais.

Assim, o inquérito conduzido à luz do contraditório participativo, se amolda a visão contemporânea do Delegado de Polícia como “primeiro garantidor da legalidade e da justiça”, como bem asseverou o ilustre Ministro Celso de Melo, no bojo do voto proferido no HC 84548/SP.

Nesse sentido, merece friso também, a decisão monocrática de Gilmar Mendes no HC 92.599, onde ficou expressamente consignado que o réu tem direito de defesa mesmo na fase do Inquérito. No caso em tela, o ministro aceitou o pedido de liminar de Ivo Almeida Costa, através do qual este objetivava garantir o direito de juntar laudo pericial, em sua defesa, no inquérito policial que corria na Polícia Federal (Operação Navalha).

In casu, foi atacado acórdão relatado pela ministra Eliana Calmon, no qual se asseverava que o “inquérito policial é um procedimento investigatório e inquisitorial, não envolto pelo contraditório, não tendo o indiciado direito de se envolver na colheita da prova”.

Em seu voto, o ministro Gilmar Mendes relacionou uma série de precedentes da Corte em relação a pedidos semelhantes e no sentido de deferir o pedido da defesa. “Tais julgados respaldam a tendência interpretativa de garantir aos investigados e indiciados a máxima efetividade constitucional no que concerne à proteção dos direitos fundamentais mencionados (CF, art. 5o, LIV e LV)”, concluiu.

Eis excertos da decisão:

Com relação à argumentação expendida pelo acórdão recorrido no sentido de que o inquérito policial seria procedimento investigatório e inquisitorial não envolto pelo contraditório, é pertinente traçar algumas considerações. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal (STF) tem assegurado a amplitude do direito de defesa mesmo que em sede de inquéritos policiais e/ou originários. Nesse particular, em especial no que concerne ao exercício do contraditório e ao acesso de dados e documentos já produzidos no âmbito das investigações criminais, destaco os seguintes julgados:

EMENTA: ADOGADO. Investigação sigilosa do Ministério Público Federal. Sigilo inoponível ao patrono do suspeito ou investigado. Intervenção nos autos. Elementos documentados. Acesso amplo. Assistência técnica ao cliente ou constituinte. Prerrogativa profissional garantida. Resguardo da

eficácia das investigações em curso ou por fazer. Desnecessidade de constarem dos autos do procedimento investigatório. HC concedido. Inteligência do art. 5o, LXIII, da CF, art. 20 do CPP, art. 7o, XIV, da Lei no 8.906/94, art. 16 do CPPM, e art. 26 da Lei no 6.368/76 Precedentes. É direito do advogado, suscetível de ser garantido por habeas corpus, o de, em tutela ou no interesse do cliente envolvido nas investigações, ter acesso amplo aos elementos que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária ou por órgão do Ministério Público, digam respeito ao constituinte” - (HC no 88.190/RJ, Rel. Min. Cezar Peluso, 2ª Turma, unânime, DJ 6.10.2006).

EMENTA: I. Habeas corpus prejudicado dado o superveniente julgamento do mérito do mandado de segurança cuja decisão liminar era objeto da impetração ao Superior Tribunal de Justiça e, em consequência, deste. II. Habeas corpus: inviabilidade: incidência da Súmula 691 (‘Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de impetrado contra decisão do Relator que, em requerido a Tribunal Superior, indefere a liminar’). III. Inquérito policial: inoponibilidade ao advogado do indiciado do direito de vista dos autos do inquérito policial. 1. Inaplicabilidade da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa ao inquérito policial, que não é processo, porque não destinado a decidir litígio algum, ainda que na esfera administrativa; existência, não obstante, de direitos fundamentais do indiciado no curso do inquérito, entre os quais o de fazer-se assistir por advogado, o de não se incriminar e o de manter-se em silêncio. 2. Do plexo de direitos dos quais é titular o indiciado – interessado primário no procedimento administrativo do inquérito policial -, é corolário e instrumento a prerrogativa do advogado de acesso aos autos respectivos, explicitamente outorgada pelo Estatuto da Advocacia (L. 8906/94, art. 7o, XIV), da qual – ao contrário do que previu em hipóteses assemelhadas – não se excluíram os inquéritos que correm em sigilo: a irrestrita amplitude do preceito legal resolve em favor da prerrogativa do defensor o eventual conflito dela com os interesses do sigilo das investigações, de modo a fazer impertinente o apelo ao princípio da proporcionalidade. 3. A oponibilidade ao defensor constituído esvaziaria uma garantia constitucional do indiciado (CF, art. 5o, LXIII), que lhe assegura, quando preso, e pelo menos lhe faculta, quando solto, a assistência técnica do advogado, que este não lhe poderá prestar se lhe é sonogado o acesso aos autos do inquérito sobre o objeto do qual haja o investigado de prestar declarações. 4. O direito do indiciado, por seu advogado, tem por objeto as informações já introduzidas nos autos do inquérito, não as relativas à decretação e às vicissitudes da execução de diligências em curso (cf. L. 9296, atinente às interceptações telefônicas, de possível extensão a outras diligências); dispõe, em consequência a autoridade policial de meios legítimos para obviar inconvenientes que o conhecimento pelo indiciado e seu defensor dos autos do inquérito policial possa acarretar à eficácia do procedimento investigatório. 5. Habeas corpus de ofício deferido, para que aos advogados constituídos pelo paciente se faculte a consulta aos autos do inquérito policial e a obtenção de cópias pertinentes, com as ressalvas mencionadas” — (HC no 87.827/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, unânime, DJ 23.6.2006).

Enorme é a contribuição do contraditório participativo para um procedimento “justo”, pois ao se possibilitar que a defesa se manifeste formalmente antes do indiciamento, oportuniza-se verdadeira defesa prévia antes da formação da convicção não só do Delegado, como do membro do ministério público, que poderá ler as alegações da defesa antes de formar *opinio*

delicti e denunciar o acusado, bem como do juiz, que também poderá levar em conta a manifestação prévia da defesa, levando-a em conta ao proferir a decisão de recebimento ou rejeição da denúncia.

Evita-se assim, um sem-número de acusações indevidas, que só poderiam ser refutadas já com um processo criminal em curso, já que a defesa só teria a possibilidade de se manifestar, nos termos dos arts. 396 e 396-A do Código de Processo Penal, após o investigado ser indiciado, denunciado e, por fim, formalmente virar réu.

E se o status de indiciado já configura um grande estigma para qualquer pessoa, o que se dizer da condição de réu em processo penal?!

Imperioso reconhecer, portanto, que se faz necessária a incidência do princípio do contraditório participativo não só nos processos judiciais, mas também no inquérito policial, ainda que de forma mitigada, dentro das possibilidades concretas, e que a sua observância antes do indiciamento contribui para a realização da Justiça e, em última análise, para maximização da dignidade humana.

Trata-se da adoção do “contraditório possível”.

6.3. O “contraditório possível” na lavratura do auto de prisão em flagrante e as audiências de custódia

O auto de prisão em flagrante consiste em procedimento policial, com expressa previsão no art. 304 do CPP²⁵³, por meio do qual o Delegado de Polícia materializa sua análise de tipicidade e de situação flagrancial, “homologando” a chamada prisão-captura. A sua natureza

²⁵³ Art. 304. Apresentado o preso à autoridade competente, ouvirá o condutor e colherá, desde logo, sua assinatura, entregando a esta cópia do termo e recibo de entrega do preso. Em seguida, procederá à oitiva das testemunhas que o acompanharem e ao interrogatório do acusado sobre a imputação que lhe é feita, colhendo, após cada oitiva suas respectivas assinaturas, lavrando, a autoridade, afinal, o auto. (Redação dada pela Lei nº 11.113, de 2005). § 1º Resultando das respostas fundada a suspeita contra o conduzido, a autoridade mandará recolhê-lo à prisão, exceto no caso de livrar-se solto ou de prestar fiança, e prosseguirá nos atos do inquérito ou processo, se para isso for competente; se não o for, enviará os autos à autoridade que o seja. § 2º A falta de testemunhas da infração não impedirá o auto de prisão em flagrante; mas, nesse caso, com o condutor, deverão assiná-lo pelo menos duas pessoas que hajam testemunhado a apresentação do preso à autoridade. § 3º Quando o acusado se recusar a assinar, não souber ou não puder fazê-lo, o auto de prisão em flagrante será assinado por duas testemunhas, que tenham ouvido sua leitura na presença deste. (Redação dada pela Lei nº 11.113, de 2005). § 4º Da lavratura do auto de prisão em flagrante deverá constar a informação sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa. (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016).

jurídica configura verdadeira *vexata quaestio*, mas não é objeto deste trabalho, razão pela qual não nos alongaremos no tema.

Daniela Cristina Rios Gonçalves, citada por Marcellus Polastri Lima²⁵⁴, sustenta que a prisão em flagrante:

[...]consubstancia-se, inicialmente, em um ato de natureza administrativa, já que a captura do flagrado é efetivada fora da esfera processual, sem mandado, por qualquer do povo e, em regra, pela Polícia Judiciária, sendo esta última também responsável pela determinação da custódia. Expressa o flagrante, assim, o exercício da atividade administrativa do Estado, sendo emanada do poder de polícia deste [...]. Torna-se em um segundo momento, por previsão constitucional, que determina a imediata comunicação da prisão ao juiz competente (art. 5º, LXII), de natureza jurisdicional e processual, uma vez que convalidada pelo juiz e projeta consequências na relação processual que se estabelece no juízo penal.²⁵⁵

Polastri considera que a prisão em flagrante delito é forma extraordinária de prisão provisória constitucionalmente autorizada²⁵⁶, enquanto parcela da doutrina sustenta seu caráter pré-cautelar²⁵⁷.

A reforma realizada pela Lei 12.403/11 agravou a controvérsia ao impor ao juiz a obrigação de, caso entenda presentes os requisitos legais, convolar a prisão em flagrante em prisão preventiva.

Com a clareza solar que lhe é peculiar, o autor citado elucida:

Mesmo quando não se necessitava de convoção como hoje (art. 310 do CPP), quando o flagrante tinha uma maior autonomia e persistia até a condenação (antes da reforma de 2011), o que sempre existiu, e sempre foi mal compreendido, é que havia o fracionamento dessa cautelar em dois atos distintos, a detenção pela autoridade policial e a apreciação do *periculum libertatis* por parte do juiz, só se completando a sua natureza cautelar com a ratificação judicial... Mas não se exigia anteriormente que necessariamente deveria ser a prisão em flagrante substituída pela prisão preventiva, pois uma vez ratificada pelo juiz ela deveria se manter como modalidade autônoma cautelar: a da cautelar de prisão em flagrante delito, tal como é previsto na própria Constituição Federal. Assim, pode-se até dizer que, de certa forma a nova lei de 2011, que modifica o CPP, neste ponto, até subverte a disposição constitucional que dá a prisão em flagrante um verdadeiro status de medida cautelar autônoma.²⁵⁸

²⁵⁴ POLASTRI, Marcellus. *Curso de Processo Penal*, 9. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016, p.764.

²⁵⁵ GONÇALVES, Daniela Cristina Rios. *Prisão em flagrante*. São Paulo: Atlas, 2002, p.366.

²⁵⁶ POLASTRI, Marcellus. *Curso de Processo Penal*, 9ª ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016, p.765.

²⁵⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p.214-215.

²⁵⁸ POLASTRI, Marcellus. *Curso de Processo Penal*, 9ª ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016, p.772.

Fundamental para nossa análise, contudo, é que caso não se trate de infração de menor potencial ofensivo (que acarreta, em regra, a simples elaboração de termo circunstanciado e não de auto de prisão) ou não seja arbitrada e devidamente recolhida fiança (a autoridade policial somente pode conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 anos, nos termos do art. 322 do CPP²⁵⁹), a consequência imediata da lavratura do auto é o recolhimento à prisão.

No entanto, o Código de Processo Penal prevê, mesmo após alteração promovida pela Lei nº 12.403, de 2011, que a prisão será comunicada imediatamente apenas ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada, concedendo até 24 horas para a remessa de cópia integral à Defensoria Pública²⁶⁰.

Como se depreende da redação legal atual, o indivíduo conduzido seria ouvido pela autoridade policial sem qualquer assistência jurídica, e tão somente após a lavratura do auto de prisão é que tal fato seria comunicado, em até 24 horas, ao defensor. Tal prática, todavia, não se coaduna a nossa Carta Magna e ao Estado Democrático de Direito.

Com efeito, a CRFB/88 assegura como direito fundamental o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, aos acusados em geral, em procedimento administrativo ou judicial, exigindo, ainda que o preso seja informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.

O STJ, inclusive, já reconheceu em recente precedente, a nulidade de oitiva realizada em sede policial, por não ter sido a autuada informada do direito ao silêncio e à assistência de um advogado, nos termos preconizados pelo artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal, o que afrontaria os requisitos formais de validade do auto de prisão em flagrante, ensejando o relaxamento da prisão²⁶¹.

²⁵⁹ Art. 322. A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Parágrafo único. Nos demais casos, a fiança será requerida ao juiz, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

²⁶⁰ Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 1º. Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 2º. No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

²⁶¹ PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. LATROCÍNIO. POSSE E PORTE DA ARMA DE FOGO. PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO PARA A CONCLUSÃO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. MATÉRIA NÃO EXAMINADA PELA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONFIGURAÇÃO. AUSÊNCIA DE POTENCIAL LESIVO DE

O auto de prisão em flagrante é um procedimento administrativo de imediata judicialização, o que demonstra a plena aplicabilidade da garantia do contraditório. Noutra giro, a Carta Magna assegura ao preso a assistência de advogado. Mas como poderia ser viabilizada esta ao conduzido juridicamente necessitado, se, à luz do disposto no CPP, a comunicação à defensoria se realizaria em até 24 horas?

Por óbvio, já terá sido lavrado o flagrante e o indivíduo terá sido recolhido a prisão, sem ser assistido e sem ter tido oportunidade de procurar exercer influência no convencimento do Delegado para manutenção do seu *status libertatis*.

Evidente o descompasso. O que ocorre, atualmente, é que, infelizmente, temos dois processos penais. Um para os mais abastados e outro para os miseráveis. No tocante a estes, a Defensoria só toma conhecimento do fato após a lavratura do auto de prisão já estar concluída.

Já aqueles que podem pagar por um advogado, costumam acioná-los imediatamente, e os causídicos muitas vezes chegam às delegacias antes dos próprios conduzidos, de forma que passam a assisti-los durante a confecção do procedimento policial, orientando-os antes de prestarem declarações.

Tal fato, por vezes, permite que consigam esclarecer situações de suposta tipicidade, impedindo a prisão e afastando o mal do cárcere, ou ao menos infundir dúvida no delegado de polícia, acarretando a instauração de inquérito para uma maior dilação probatória, com liberação do conduzido, ao invés da lavratura do auto de prisão e conseqüente recolhimento a cela.

ARMAMENTO E LICITUDE DA ORIGEM DE NUMERÁRIO APREENDIDO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. DIREITO AO SILÊNCIO E À ASSISTÊNCIA DE ADVOGADO HABILITADO. AUSÊNCIA DE INFORMAÇÃO AO PRESO. NULIDADE. OCORRÊNCIA. CONSTRICÇÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. INTERROGATÓRIO POLICIAL. EVIDENTE PECHA. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO. ORDEM CONCEDIDA EX OFFICIO. 1. A alegação de excesso de prazo para a conclusão da instrução criminal não foi examinada pelo Tribunal de origem, não podendo, assim, ser apreciada por esta Corte Superior, sob pena de indevida supressão de instância. 2. Afigura-se inviável, na estreita via do writ, revolver o material probatório para aquilatar o potencial lesivo de armamento ou a origem lícita de relevante numerário apreendido no momento da prisão em flagrante. 3. Consoante o termo do interrogatório policial, a autuada não foi informada do direito ao silêncio e à assistência de um advogado, ex vi do artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal, em franca desatenção aos requisitos formais de validade do auto de prisão em flagrante. 4. Ausentes as formalidades legais, imperiosa a declaração de nulidade do depoimento extrajudicial, cujo vício formal ensejaria o relaxamento da prisão em flagrante. 5. Diante da sobrevinda de decreto preventivo, calcado no interrogatório policial outrora realizado, fulminado pela pecha, de rigor o reconhecimento da inidoneidade da fundamentação do decisum constritivo. 6. Recurso ordinário conhecido em parte e, nessa extensão, desprovido. Ordem de habeas corpus concedida, de ofício, a fim de revogar a prisão preventiva da recorrente, sem prejuízo de que o Juízo a quo, de maneira fundamentada, examine se é caso de aplicar uma das medidas cautelares implementadas pela Lei n.º 12.403/11, ressalvada, inclusive, a possibilidade de decretação de nova prisão, caso demonstrada sua necessidade, sem que se lance novamente como lastro o depoimento extrajudicial fulminado pelo vício formal. (RHC 61959/ES, Relatora: Maria Thereza de Assis Moura, Órgão Julgador: Sexta Turma, data do julgamento: 13/10/2015, data da publicação/fonte: DJe 04/12/2015) – grifo nosso. (grifado).

Por outro lado, o indivíduo miserável, no máximo, informa a algum parente que está sendo preso, mas face a insuficiência de recursos para contratação de advogado e não-atuação da Defensoria, fica plenamente desamparado. Assim, recebe tão somente o aviso do Delegado de Polícia de que pode permanecer em silêncio ante o fato criminoso imputado, o que minimiza a possibilidade de se refutar a ocorrência de infração penal ou de situação flagrancial. Como se não bastasse, frequentemente a desventura financeira está associada a ignorância, levando a confissão durante a tomada das declarações e, conseqüente, piora da situação jurídica.

É claro que é possível que a confissão resulte de uma estratégia da defesa. O problema, a nosso sentir, é quando resulta da falta de assistência jurídica. Se essa não fosse oportunizada a ninguém, tratar-se-ia de uma regra isonômica ao menos.

A perversidade social, contudo, deriva do fato de indivíduos em idêntica situação fática alcançarem resultados diversos (ser preso ou não!) em razão de terem ou não gozado de assistência jurídica, estando esta intrinsecamente relacionada a possibilidade de pagar por um advogado.

Cabe ressaltar que, por vezes, famílias paupérrimas se endividam em busca de um advogado, abrindo mão de valores essenciais a própria sobrevivência familiar.

Importante destacar que a atuação dos advogados durante a lavratura dos autos de prisão em flagrante e durante a tramitação do próprio inquérito policial foi fortalecida pela Lei nº 13.245, de 2016, que incluiu o inciso XXI ao art. 7º do Estatuto da OAB²⁶², estabelecendo que a assistência ao cliente investigado é direito do advogado, sob pena de nulidade absoluta.

Como dito, existem dois processos penais hoje, em especial na fase preliminar, um envolvendo os assistidos pela Defensoria (que, na verdade, são desassistidos pelo Estado neste momento) e um para aqueles que podem contratar bancas de advogados (e que acompanham não só a lavratura do auto como toda a tramitação da investigação).

A realidade é vexatória, consubstanciando violação a vários direitos fundamentais, entre eles os insculpidos nos incisos I, XLIX, LXIII e LXXIV da CRFB/88²⁶³.

²⁶² Art. 7º São direitos do advogado: [...] XXI - assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração: (Incluído pela Lei nº 13.245, de 2016).

²⁶³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; [...] XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral; [...] LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado; [...] LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

Portanto, como corolário de nossa defesa da viabilização de um “contraditório possível” na fase investigatória e sob a premissa da igualdade substancial e não meramente formal, valor este albergado pela Constituição Federal, propugnamos pela necessidade de ciência à Defensoria Pública no momento que antecede a apreciação da situação flagrancial pelo delegado de polícia, facultando-se, ao menos, contato telefônico entre conduzido e defensor, para que receba uma mínima orientação.

Na era digital em que vivemos, não há qualquer dificuldade para implementação de tal procedimento, bastando o esforço institucional da polícia e da defensoria, com um grande ganho para um processo penal mais justo e democrático. Uma simples escala de plantão na defensoria e uma ligação telefônica já contribuiriam sobremaneira para a concretização da cidadania e da própria dignidade da pessoa humana, fundamentos de nossa República.

“Contraditório possível” em razão de não sustentarmos a exigência da presença da defesa para realização da oitiva do conduzido ou para lavratura do auto de prisão em flagrante, mas tão somente de lhe ser facultada prévia comunicação com seu advogado ou com defensor público. Nesse sentido, inclusive, há recente precedente do STJ quanto a assistência por advogado²⁶⁴.

²⁶⁴ HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. CRIME DE FURTO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE. AUSÊNCIA DE ACOMPANHAMENTO POR ADVOGADO. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. REMESSA TARDIA À DEFENSORIA PÚBLICA. QUESTÃO SUPERADA. FLAGRANTE HOMOLOGADO PELO JUIZ E CONVERTIDO EM PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. RISCO DE REITERAÇÃO. NECESSIDADE DA PRISÃO PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. SEGREGAÇÃO JUSTIFICADA. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA HOMOGENEIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal. 2. Eventual nulidade no auto de prisão em flagrante por ausência de assistência por advogado somente se verificaria caso não tivesse sido oportunizado ao conduzido o direito de ser assistido por advogado, não sendo a ausência de causídico por ocasião da condução do flagrado à Delegacia de Polícia para oitiva pela Autoridade Policial, por si só, causa de nulidade do auto de prisão em flagrante (RHC n. 61.959/ES, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, Dje 4/12/2015). Isso porque a documentação do flagrante prescinde da presença do defensor técnico do conduzido, sendo suficiente a lembrança, pela autoridade policial, dos direitos constitucionais do preso de ser assistido. 3. No caso, o Tribunal de origem não se manifestou quanto à oportunização ao flagrante de assistência por advogado, o que obsta seu exame direto por supressão de instância. Precedentes. 4. De acordo com as instâncias ordinárias, as cópias do auto de prisão em flagrante foram remetidas ao Juiz de primeiro grau e à Defensoria Pública dentro do prazo de 24h (vinte e quatro horas), não havendo, assim, nenhuma ilegalidade a ser examinada ou reconhecida por este Tribunal, visto que observadas as disposições do artigo 306, § 1º, do Código de Processo Penal. Conclusão em sentido contrário demanda reexame dos autos, providência inadmissível na via estreita do habeas corpus. 5. Operada a conversão do flagrante em prisão preventiva, fica superada a alegação de nulidades porventura existentes no auto de prisão em flagrante. Precedentes. 6. A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico, e a medida deve estar embasada em decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da CF), que demonstre a existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal. Exige-se, ainda, na linha perfilhada pela jurisprudência dominante deste Superior

Saliente-se que em nenhum momento defendemos uma concepção de “processo penal nefelibata”, isto é, utópica e inviável de ser aplicada. Temos um compromisso com a realidade, defendendo medidas passíveis de implementação sem importar em custos desarrazoados para o Estado ou em prejuízo para efetividade dos procedimentos policiais e do próprio processo penal. Nosso norte é tão somente o “processo penal justo”, evitando-se o desnecessário aprisionamento e condenação de inocentes.

Há que se gizar que, de maneira alguma, se está tecendo algum tipo de crítica à Defensoria Pública, instituição essencial à função jurisdicional do Estado²⁶⁵ e que realiza trabalho hercúleo e brilhante em prol dos necessitados. A implementação da Defensoria nos Estados Brasileiros, sem dúvida alguma, foi um grande passo no caminho de um real Estado Democrático de Direito.

Inclusive, a trágica situação, no tocante às prisões em flagrante, foi mitigada pela adoção das “audiências de custódia”, cuja implementação decorreu também da incessante luta de muitos defensores.

A Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), que ficou conhecida como "Pacto de San Jose da Costa Rica", promulgada no Brasil pelo Decreto 678/92, prevê em seu art. 7.5²⁶⁶ que toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz. No mesmo sentido, é o disposto no art. 9.3²⁶⁷ do Pacto dos Direitos Civis e Políticos,

Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que a decisão esteja pautada em motivação concreta, sendo vedadas considerações abstratas sobre a gravidade do crime. 7. No presente caso, a prisão preventiva está devidamente justificada para a garantia da ordem pública, em razão da periculosidade do agente e do risco de reiteração criminosa, evidenciado pelo fato de o paciente já ter sido condenado por fato anterior. 8. Mostra-se indevida a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, quando evidenciada a sua insuficiência para acautelar a ordem pública. 9. "Não há falar em ofensa ao princípio da homogeneidade das medidas cautelares na espécie, pois não cabe a esta Corte Superior, em um exercício de futurologia, prever de antemão qual seria o possível quantum de aplicação da pena ou se seria substituída por restritiva de direitos, em razão de o recorrente, supostamente, possuir condições pessoais favoráveis, o que implicaria análise do conjunto probatório, inviável nesta via estreita" (RHC n. 65.754/BA, Rel. Min. FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, Dje 14/3/2016). 10. Habeas corpus não conhecido. (HC 347050/RS, Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Órgão Julgador: Quinta Turma, data do julgamento: 12/04/2016, data da publicação/fonte: DJe 19/04/2016). (grifado).

²⁶⁵ Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014).

²⁶⁶ Artigo 7. Direito à liberdade pessoal [...] 5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

²⁶⁷ Art. 9. [...] 3. Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam

promulgado através Decreto nº 592/92. Há, ainda, previsão similar no art. 5.3²⁶⁸ da Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH).

O procedimento previsto no CPP exige tão somente que o auto de prisão em flagrante seja encaminhado em até 24 horas para o juiz (art. 306, §1º do CPP²⁶⁹), que, com ou sem manifestação do Ministério Público e da defesa (seja por advogado ou defensor público), deverá (art. 310 do CPP²⁷⁰): I - relaxar a prisão ilegal; ou, II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou, III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. Como se pode observar, pela nossa legislação processual penal, inexistia qualquer contato pessoal entre o magistrado e o preso (bem como qualquer interlocução entre este e o defensor público), sendo a análise feita estritamente pelo conteúdo dos autos e documentos a ele acostados.

Guilherme Nucci, desembargador do TJSP, chegou a se manifestar, no bojo de acórdão do qual foi relator, sustentando que no cenário jurídico brasileiro caberia ao Delegado de Polícia

juízo não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.

²⁶⁸ Art. 5º. Direito à liberdade e à segurança: 1. Toda a pessoa tem direito à liberdade e segurança. Ninguém pode ser privado da sua liberdade, salvo nos casos seguintes e de acordo com o procedimento legal: [...] 3. Qualquer pessoa presa ou detida nas condições previstas no parágrafo 1, alínea c), do presente artigo deve ser apresentada imediatamente a um juiz ou outro magistrado habilitado pela lei para exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada num prazo razoável, ou posta em liberdade durante o processo. A colocação em liberdade pode estar condicionada a uma garantia que assegure a comparência do interessado em juízo.

²⁶⁹ Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). § 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o atuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). § 2º No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

²⁷⁰ Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). I - relaxar a prisão ilegal; ou (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011). II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011). III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011). Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

a função de receber e ratificar a ordem de prisão em flagrante e que em 24 horas o juiz analisaria o auto de prisão em flagrante, tornando dispensável a referida audiência.²⁷¹

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, todavia, possui inúmeros precedentes²⁷² que não se comprazem com a simples comunicação da prisão ao juízo, exigindo a apresentação pessoal:

87. Em conformidade com o artigo 7.5 da Convenção e com os princípios de controle judicial e imediação processual, a pessoa detida ou retida deve ser levada, sem demora, perante um juiz ou autoridade judicial competente. Isso é essencial para a proteção do direito à liberdade pessoal e de outros direitos, como a vida e a integridade pessoal. O simples conhecimento judicial de que uma pessoa está detida não satisfaz essa garantia; o detido deve comparecer pessoalmente e prestar declaração perante o juiz ou autoridade competente.²⁷³

Ademais, como o STF assentou que os tratados internacionais de direitos humanos de que o Brasil foi signatário incorporam-se em nosso ordenamento jurídico com status de norma jurídica suprallegal²⁷⁴, a CADH é norma hierarquicamente acima de qualquer lei ordinária, como é o caso do CPP, submetendo-se tão somente às normas constitucionais.

²⁷¹ “Quanto à afirmada ilegalidade da prisão em flagrante, ante a ausência de imediata apresentação dos pacientes ao Juiz de Direito, entendo inexistir qualquer ofensa aos tratados internacionais de Direitos Humanos. Isto porque, conforme dispõe o art. 7º, 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos, toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais. No cenário jurídico brasileiro, embora o Delegado de Polícia não integre o Poder Judiciário, é certo que a Lei atribui a esta autoridade a função de receber e ratificar a ordem de prisão em flagrante. Assim, In concreto, os pacientes foram devidamente apresentados ao Delegado, não se havendo falar em relaxamento da prisão. Não bastasse, em 24 horas, o juiz analisa o auto de prisão em flagrante” (TJSP – HC n. 2016152-70.2015.8.26.0000-Rel. Guilherme de Souza Nucci, em 12.05.2015).

²⁷² Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador Sentencia de 24 de junio de 2005. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_129_esp1.pdf, acesso em 25 jan. 17, p.26: “78. *Tal y como lo ha señalado en otros casos, este Tribunal estima necesario realizar algunas precisiones sobre este punto*⁶⁴. *En primer lugar, los términos de la garantía establecida en el artículo 7.5 de la Convención son claros en cuanto a que la persona detenida debe ser llevada sin demora ante un juez o autoridad judicial competente, conforme a los principios de control judicial e inmediatez procesal. Esto es esencial para la protección del derecho a la libertad personal y para otorgar protección a otros derechos, como la vida y la integridad personal. El simple conocimiento por parte de un juez de que una persona está detenida no satisface esa garantía, ya que el detenido debe comparecer personalmente y rendir su declaración ante el juez o autoridad competente.*” No mesmo sentido, Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Palamara Iribarne Vs. Chile Sentencia de 22 de noviembre de 2005 (Fondo Reparaciones y Costas). Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf, último acesso em 25/01/17.

²⁷³ Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso López Álvarez Vs. Honduras Sentença de 1º de fevereiro de 2006. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/1fd1d4af1569a345e837bd0ce47ce9d9.pdf>, acesso em 25 jan. 2017, p.38-39.

²⁷⁴ RE 349.703/RS, Relator Min. Carlos Britto, Relator p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Julgamento: 03/12/2008, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, DJe de 5/6/2009: PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL EM FACE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INTERPRETAÇÃO DA PARTE FINAL DO INCISO LXVII DO ART. 50 DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988. POSIÇÃO HIERÁRQUICO-NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto

Com fulcro na referida previsão, o TJSP editou o Provimento Conjunto nº 03/2015²⁷⁵ regulamentando a audiência de custódia no âmbito daquele Tribunal e ampliando a celeuma.

Assim, os presos em flagrante passaram a ser conduzidos a uma audiência, onde são assistidos por um defensor ou advogado, e apresentados perante um magistrado, que efetuava

Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002). ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. DECRETO-LEI Nº 911/69. EQUIPAÇÃO DO DEVEDOR-FIDUCIANTE AO DEPOSITÁRIO. PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR-FIDUCIANTE EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. A prisão civil do devedor-fiduciante no âmbito do contrato de alienação fiduciária em garantia viola o princípio da proporcionalidade, visto que: a) o ordenamento jurídico prevê outros meios processuais-executórios postos à disposição do credor-fiduciário para a garantia do crédito, de forma que a prisão civil, como medida extrema de coerção do devedor inadimplente, não passa no exame da proporcionalidade como proibição de excesso, em sua tríplice configuração: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito; e b) o Decreto-Lei nº 911/69, ao instituir uma ficção jurídica, equiparando o devedor-fiduciante ao depositário, para todos os efeitos previstos nas leis civis e penais, criou uma figura atípica de depósito, transbordando os limites do conteúdo semântico da expressão "depositário infiel" insculpida no art. 5º, inciso LXVII, da Constituição e, dessa forma, desfigurando o instituto do depósito em sua conformação constitucional, o que perfaz a violação ao princípio da reserva legal proporcional. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

²⁷⁵ Art. 1º Determinar, em cumprimento ao disposto no artigo 007º, item 5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (pacto de San Jose da Costa Rica), a apresentação de pessoa detida em flagrante delito, até 24 horas após a sua prisão, para participar de audiência de custódia.

[...]

Art. 3º A autoridade policial providenciará a apresentação da pessoa detida, até 24 horas após a sua prisão, ao juiz competente, para participar da audiência de custódia.

§ 1º O auto de prisão em flagrante será encaminhado na forma do artigo 306, parágrafo 1º, do Código de Processo Penal, juntamente com a pessoa detida.

[...]

Art. 5º O autuado, antes da audiência de custódia, terá contato prévio e por tempo razoável com seu advogado ou com Defensor Público.

Art. 6º Na audiência de custódia, o juiz competente informará o autuado da sua possibilidade de não responder perguntas que lhe forem feitas, e o entrevistará sobre sua qualificação, condições pessoais, tais como estado civil, grau de alfabetização, meios de vida ou profissão, local da residência, lugar onde exerce sua atividade, e, ainda, sobre as circunstâncias objetivas da sua prisão.

§ 1º Não serão feitas ou admitidas perguntas que antecipem instrução próprio de eventual processo de conhecimento.

§ 2º Após a entrevista do autuado, o juiz ouvirá o Ministério Público que poderá se manifestar pelo relaxamento da prisão em flagrante, sua conversão em prisão preventiva, pela concessão de liberdade provisória com imposição, se for o caso, das medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal.

§ 3º A seguir, o juiz dará a palavra ao advogado ou ao Defensor Público para manifestação, e decidirá, na audiência, fundamentadamente, nos termos do artigo 310 do Código de Processo Penal, podendo, quando comprovada uma das hipóteses do artigo 318 do mesmo Diploma, substituir a prisão preventiva pela domiciliar.

[...] Art.

7º O juiz competente, diante das informações colhidas na audiência de custódia, requisitará o exame clínico e de corpo de delito do autuado, quando concluir que a perícia é necessária para a adoção de medidas, tais como: I – apurar possível abuso cometido durante a prisão em flagrante, ou a lavratura do auto; II - determinar o encaminhamento assistencial, que repute devido.

Disponível em: <http://www.conjur.com.br/dl/regulamentacao-audiencia-custodia.pdf> , acesso em 15 jan. 2017.

a análise supracitada (art. 310 do CPP) após contato pessoal com o preso, perquirindo ainda se os direitos fundamentais dessa pessoa foram respeitados durante a prisão.

A Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (Adepol) ajuizou ADI 5240/SP²⁷⁶ contra o Provimento Conjunto nº 03/2015, do TJSP, mas o STF a julgou improcedente em 20/08/15, entendendo que o Provimento Conjunto do TJSP não inovou na ordem jurídica, apenas explicitou conteúdo normativo já existente em diversas normas da CADH e do CPP.

Ademais, inexistiria violação ao princípio da separação dos poderes em razão de não ter sido o Provimento a criar obrigações para os delegados de polícia, mas sim a citada convenção²⁷⁷.

²⁷⁶ Na ação, a referida associação defendeu que a audiência de custódia somente poderia ter sido criada por lei federal e jamais por intermédio de tal provimento autônomo, já que a competência para legislar sobre a matéria é da União (art. 22, I, da CF/88), por meio do Congresso Nacional.

²⁷⁷ AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PROVIMENTO CONJUNTO 03/2015 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. 1. A Convenção Americana sobre Direitos do Homem, que dispõe, em seu artigo 7º, item 5, que “toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz”, posto ostentar o status jurídico supralegal que os tratados internacionais sobre direitos humanos têm no ordenamento jurídico brasileiro, legítima a denominada “audiência de custódia”, cuja denominação sugere-se “audiência de apresentação”. 2. O direito convencional de apresentação do preso ao Juiz, conseqüentemente, deflagra o procedimento legal de habeas corpus, no qual o Juiz apreciará a legalidade da prisão, à vista do preso que lhe é Supremo Tribunal Federal Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 9345512. Supremo Tribunal Federal Inteiro Teor do Acórdão - Página 1 de 83 Ementa e Acórdão ADI 5240 / SP apresentado, procedimento esse instituído pelo Código de Processo Penal, nos seus artigos 647 e seguintes. 3. O *habeas corpus ad subjiciendum*, em sua origem remota, consistia na determinação do juiz de apresentação do preso para aferição da legalidade da sua prisão, o que ainda se faz presente na legislação processual penal (artigo 656 do CPP). 4. O ato normativo sob o crivo da fiscalização abstrata de constitucionalidade contempla, em seus artigos 1º, 3º, 5º, 6º e 7º normas estritamente regulamentadoras do procedimento legal de habeas corpus instaurado perante o Juiz de primeira instância, em nada exorbitando ou contrariando a lei processual vigente, restando, assim, inexistência de conflito com a lei, o que torna inadmissível o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade para a sua impugnação, porquanto o status do CPP não gera violação constitucional, posto legislação infraconstitucional. 5. As disposições administrativas do ato impugnado (artigos 2º, 4º, 8º, 9º, 10 e 11), sobre a organização do funcionamento das unidades jurisdicionais do Tribunal de Justiça, situam-se dentro dos limites da sua autogestão (artigo 96, inciso I, alínea a, da CRFB). Fundada diretamente na Constituição Federal, admitindo ad argumentandum impugnação pela via da ação direta de inconstitucionalidade, mercê de materialmente inviável a demanda. 6. In casu, a parte do ato impugnado que versa sobre as rotinas cartorárias e providências administrativas ligadas à audiência de custódia em nada ofende a reserva de lei ou norma constitucional. 7. Os artigos 5º, inciso II, e 22, inciso I, da Constituição Federal não foram violados, na medida em que há legislação federal em sentido estrito legitimando a audiência de apresentação. 8. A Convenção Americana sobre Direitos do Homem e o Código de Processo Penal, posto ostentarem eficácia geral e erga omnes, atingem a esfera de atuação dos Delegados de Polícia, conjurando a alegação de violação da cláusula pétrea de separação de poderes. 9. A Associação Nacional dos Delegados de Polícia – ADEPOL, entidade de classe de âmbito nacional, que congrega a totalidade da2 Supremo Tribunal Federal Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 9345512. Supremo Tribunal Federal ADI 5240 / SP apresentado, procedimento esse instituído pelo Código de Processo Penal, nos seus artigos 647 e seguintes. 3. O *habeas corpus ad subjiciendum*, em sua origem remota, consistia na determinação do juiz de apresentação do preso para aferição da legalidade da sua prisão, o que ainda se faz presente na legislação processual penal (artigo 656 do CPP). 4. O ato normativo sob o crivo da fiscalização abstrata de constitucionalidade contempla, em seus artigos 1º, 3º, 5º, 6º e 7º normas estritamente regulamentadoras do procedimento legal de habeas corpus instaurado perante o Juiz de primeira instância, em nada exorbitando ou contrariando a lei processual vigente, restando, assim,

Logo em seguida, em 09/09/2015, o plenário da Suprema Corte apreciou o pedido de liminar da ADPF 347 MC/DF, ajuizada pelo Partido Socialista e Liberdade (PSOL) e que pedia o reconhecimento de que a situação atual do sistema penitenciário brasileiro viola preceitos fundamentais da Constituição Federal e, em especial, direitos fundamentais dos presos. Pleiteava, como consequência, que a Corte determinasse à União e aos Estados uma série de providências com o objetivo de sanar as lesões aos direitos dos presos.

Em síntese, Daniel Sarmiento e os demais advogados que subscreveram a exordial, que foi baseada em representação formulada pela Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da UERJ, apontava o chamado "Estado de Coisas Inconstitucional"²⁷⁸ no sistema penitenciário brasileiro, por haver vulneração massiva e generalizada de direitos fundamentais de um número significativo de pessoas e prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações, demandando a adoção a atuação conjunta e coordenada de uma pluralidade de autoridades para resolução do problema²⁷⁹.

inexistência de conflito com a lei, o que torna inadmissível o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade para a sua impugnação, porquanto o status do CPP não gera violação constitucional, posto legislação infraconstitucional. 5. As disposições administrativas do ato impugnado (artigos 2º, 4º, 8º, 9º, 10 e 11), sobre a organização do funcionamento das unidades jurisdicionais do Tribunal de Justiça, situam-se dentro dos limites da sua autogestão (artigo 96, inciso I, alínea a, da CRFB). Fundada diretamente na Constituição Federal, admitindo *ad argumentandum* impugnação pela via da ação direta de inconstitucionalidade, mercê de materialmente inviável a demanda. 6. In casu, a parte do ato impugnado que versa sobre as rotinas cartorárias e providências administrativas ligadas à audiência de custódia em nada ofende a reserva de lei ou norma constitucional. 7. Os artigos 5º, inciso II, e 22, inciso I, da Constituição Federal não foram violados, na medida em que há legislação federal em sentido estrito legitimando a audiência de apresentação. 8. A Convenção Americana sobre Direitos do Homem e o Código de Processo Penal, posto ostentarem eficácia geral e erga omnes, atingem a esfera de atuação dos Delegados de Polícia, conjurando a alegação de violação da cláusula pétreia de separação de poderes. 9. A Associação Nacional dos Delegados de Polícia – ADEPOL, entidade de classe de âmbito nacional, que congrega a totalidade da2 Supremo Tribunal Federal Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 9345512. Inteiro Teor do Acórdão - Página 2 de 83 Ementa e Acórdão ADI 5240 / SP categoria dos Delegados de Polícia (civis e federais), tem legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade (artigo 103, inciso IX, da CRFB). Precedentes. 10. A pertinência temática entre os objetivos da associação autora e o objeto da ação direta de inconstitucionalidade é inequívoca, uma vez que a realização das audiências de custódia repercute na atividade dos Delegados de Polícia, encarregados da apresentação do preso em Juízo. 11. Ação direta de inconstitucionalidade PARCIALMENTE CONHECIDA e, nessa parte, JULGADA IMPROCEDENTE, indicando a adoção da referida prática da audiência de apresentação por todos os tribunais do país. (STF. Plenário. ADI 5240/SP, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 20/8/2015, Info 795).

²⁷⁸ A expressão “Estado de Coisas Inconstitucional” deriva de um julgamento da Corte Constitucional da Colômbia, em 1997, tratando-se da chamada “Sentencia de Unificación (SU)”. Foi aí que primeiro se utilizou essa expressão, sendo utilizada, posteriormente, em mais nove oportunidades naquela Corte. Existe também notícia de utilização da expressão pela Corte Constitucional do Peru. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

²⁷⁹ “Esta técnica, que não está expressamente prevista na Constituição ou em qualquer outro instrumento normativo, permite à Corte Constitucional impor aos poderes do Estado a adoção de medidas tendentes à superação de violações graves e massivas de direitos fundamentais, e supervisionar, em seguida, a sua efetiva implementação. Considerando que o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional confere ao Tribunal uma ampla latitude de poderes, tem-se entendido que a técnica só deve ser manejada em hipóteses excepcionais, em que, além da séria

A Suprema Corte reconheceu a existência das violações e que as penas privativas de liberdade aplicadas nos presídios acabam sendo cruéis e desumanas, de forma que diversos dispositivos constitucionais, convenções internacionais e normas infraconstitucionais estão sendo desrespeitadas.

Com efeito, os cárceres brasileiros longe de atenderem a finalidade ressocializadora da pena, acabam por contribuir para a completa degradação humana e por fomentar o aumento da criminalidade, ao se tornar uma “faculdade do crime”, o que resta demonstrado pelas altas taxas de reincidência, geralmente em crimes mais graves²⁸⁰.

Assim, o STF reconheceu a aplicabilidade imediata dos arts. 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, determinando a todos os juízes e tribunais que passassem a realizar audiências de custódia, no prazo máximo de 90 dias, de modo a viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária em até 24 horas contadas do momento da prisão. Impôs, ainda, o imediato descontingenciamento das verbas existentes no Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN, e vedou à União Federal a realização de novos contingenciamentos, até que se reconheça a superação do estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro²⁸¹.

e generalizada afronta aos direitos humanos, haja também a constatação de que a intervenção da Corte é essencial para a solução do gravíssimo quadro enfrentado. São casos em que se identifica um bloqueio institucional para a garantia dos direitos, o que leva a Corte a assumir um papel atípico, sob a perspectiva do princípio da separação de poderes, que envolve uma intervenção mais ampla sobre o campo das políticas públicas”. Petição inicial da ADPF 347. Disponível em: <http://jota.info/wp-content/uploads/2015/05/ADPF-347.pdf>, acesso em 15 jan. 2017.

²⁸⁰ Relatório final de atividades da pesquisa sobre reincidência criminal, conforme Acordo de Cooperação Técnica entre o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o Ipea (001/2012) e respectivo Plano de Trabalho. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/07/572bba385357003379ffeb4c9aa1f0d9.pdf>, acesso em 15 jan. 17.

²⁸¹ CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão. (STF. Plenário. ADPF 347 MC/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 9 set. 2015, Info 798).

Como resultado, os Estados que ainda não haviam implementado a audiência de custódia, o fizeram, incentivados pelo CNJ²⁸².

Apesar de existir um projeto de lei tramitando no Congresso Nacional (PLS nº 554/2011²⁸³), fato é que a audiência de custódia ainda não goza de regulamentação legal. Portanto, não há a definição de um procedimento a ser adotado para a realização dessa audiência, tendo os Tribunais exarado atos internos com tal finalidade (provimentos e resoluções).

Há que se registrar que, segundo o projeto do CNJ, na realização da audiência de custódia deve haver prévia entrevista pessoal e reservada do preso com seu advogado ou Defensor Público, sendo a audiência de custódia realizada com a participação do preso, do juiz, do membro do MP e da defesa²⁸⁴. Recomenda-se, ainda, a análise da possibilidade de mediação penal, como forma de evitar a judicialização do conflito e dentro de uma concepção restaurativa, de efetiva pacificação social²⁸⁵.

De fato, a implementação das audiências de custódia representou um importante passo na viabilização de um contraditório mais efetivo, mas não podemos deixar de registrar que muitas críticas vêm sendo feitas, em especial pela evidente necessidade da matéria ser disciplinada em lei federal. Segundo Marcellus Polastri Lima:

É que o controle de convencionalidade não pode substituir uma lei que deveria regulamentar a matéria e ainda mais o fazendo por via administrativa (já que a Audiência de Custódia no Brasil vem sendo criada por iniciativa administrativa do poder judiciário e não sendo interpretada por uma atividade jurisdicional, como deve ser no controle de convencionalidade). Este é, assim, um problema de ordem constitucional-formal ... Na verdade, assim, a normatização da audiência de custódia no Brasil deve ser feita pela lei federal, sobretudo, fixando-se um prazo que seja razoável como significante da expressão “sem demora” e se estabelecendo normas de procedimento, pois se é verdade que, supletivamente, o Estado-Membro pode até fazer

²⁸² Conforme Termo de Cooperação Técnica n. 007/2015, celebrado entre o CNJ, o Ministério da Justiça e o Instituto de Defesa do Direito de Defesa, bem como termos de adesão dos judiciários e executivos estaduais disponíveis em: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/documentos>, último acesso em 15 jan. 2017.

²⁸³ Altera o §1º do artigo 306 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal) para dispor que no prazo máximo de vinte e quatro horas após a realização da prisão, o preso deverá ser conduzido à presença do juiz competente, juntamente com o auto de prisão em flagrante, acompanhado das oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>, último acesso em 05 jan. 2017.

²⁸⁴ Resolução CNJ nº 213 de 15 dez. 2015.

²⁸⁵ Brasil. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Audiência de Custódia. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/0a99a0ab0eb26b96fdeaf529f0dec09b.pdf>, último acesso em 20 jan. 2017.

regulamentações que se traduzem como experiências temporárias, certas normas de validade geral e nacional têm que constar de lei federal, sob pena de se incidir em uma inconstitucionalidade formal e se dar um conflito com o CPP e, assim, ser passível de impugnação.²⁸⁶

De fato, apesar da Resolução CNJ nº 213 de 15/12/2015 sobre as audiências de custódia, cada Estado editou ato próprio e não há uniformidade. No Rio de Janeiro, por exemplo, a regulamentação veio através da Resolução TJ/OE/RJ nº 29/2015, com as alterações promovidas pela Resolução TJ/OE/RJ nº 32/2015.²⁸⁷

Gustavo Badaró, por exemplo, criticou esta normatização por: “(i) ausência de um prazo definido para a apresentação do preso; (ii) a possibilidade de dispensa da audiência em razão das condições pessoais do preso, e; (iii) facultatividade da presença do Ministério Público”²⁸⁸.

À despeito de tais considerações, centraremos nossa análise no disposto no art. 8º, §2º da Resolução do CNJ²⁸⁹:

²⁸⁶ POLASTRI, Marcellus. *Curso de Processo Penal*, 9ª ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016, p.905-906.

²⁸⁷ Disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/12/e9c65ba8bd6e3ac3a9ee50be584e3f4a.pdf>, último acesso em 12 dez. 2016.

²⁸⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A audiência de custódia no Rio de Janeiro tem três aspectos preocupantes. Consultor Jurídico. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-set-09/gustavo-badaro-audiencia-custodia-rj-pontos-preocupantes>, último acesso em 10/12/17.

²⁸⁹ Art. 8º Na audiência de custódia, a autoridade judicial entrevistará a pessoa presa em flagrante, devendo:

- I - esclarecer o que é a audiência de custódia, ressaltando as questões a serem analisadas pela autoridade judicial;
- II - assegurar que a pessoa presa não esteja algemada, salvo em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, devendo a excepcionalidade ser justificada por escrito;
- III - dar ciência sobre seu direito de permanecer em silêncio;
- IV - questionar se lhe foi dada ciência e efetiva oportunidade de exercício dos direitos constitucionais inerentes à sua condição, particularmente o direito de consultar-se com advogado ou defensor público, o de ser atendido por médico e o de comunicar-se com seus familiares;
- V - indagar sobre as circunstâncias de sua prisão ou apreensão;
- VI - perguntar sobre o tratamento recebido em todos os locais por onde passou antes da apresentação à audiência, questionando sobre a ocorrência de tortura e maus tratos e adotando as providências cabíveis;
- VII - verificar se houve a realização de exame de corpo de delito, determinando sua realização nos casos em que:
 - a) não tiver sido realizado;
 - b) os registros se mostrarem insuficientes;
 - c) a alegação de tortura e maus tratos referir-se a momento posterior ao exame realizado;
 - d) o exame tiver sido realizado na presença de agente policial, observando-se a Recomendação CNJ 49/2014 quanto à formulação de quesitos ao perito;
- VIII - abster-se de formular perguntas com finalidade de produzir prova para a investigação ou ação penal relativas aos fatos objeto do auto de prisão em flagrante;
- IX - adotar as providências a seu cargo para sanar possíveis irregularidades;
- X - averiguar, por perguntas e visualmente, hipóteses de gravidez, existência de filhos ou dependentes sob cuidados da pessoa presa em flagrante delito, histórico de doença grave, incluídos os transtornos mentais e a dependência química, para analisar o cabimento de encaminhamento assistencial e da concessão da liberdade provisória, sem ou com a imposição de medida cautelar.

§ 1º Após a oitiva da pessoa presa em flagrante delito, o juiz deferirá ao Ministério Público e à defesa técnica, nesta ordem, reperguntas compatíveis com a natureza do ato, devendo indeferir as perguntas relativas ao mérito dos fatos que possam constituir eventual imputação, permitindo-lhes, em seguida, requerer:

Art. 8º Na audiência de custódia, a autoridade judicial entrevistará a pessoa presa em flagrante, devendo:

[...]

§ 2º A oitiva da pessoa presa será registrada, preferencialmente, em mídia, dispensando-se a formalização de termo de manifestação da pessoa presa ou do conteúdo das postulações das partes, e ficará arquivada na unidade responsável pela audiência de custódia.” (grifado)

Registre-se que a norma é reproduzida em várias das resoluções estaduais²⁹⁰, inclusive na supracitada TJ/OE/RJ nº 29/2015:

Art.6º Aberta a audiência, o preso será ouvido a respeito das circunstâncias da prisão e suas condições pessoais, manifestando-se, em seguida, o MP e defesa, se presentes ao ato.

Parágrafo único - As declarações do preso colhidas, preferencialmente, por meio digital, serão lacradas e mantidas em separado. (grifado)

Ora, segundo o art. 155 do CPP²⁹¹, até mesmo elementos informativos colhidos na investigação, sem qualquer orientação da defesa e participação do Ministério Público, podem contribuir para o convencimento do magistrado. Por que razão a oitiva do preso, realizada por um magistrado, na presença do ministério público e de seu defensor, que terá a oportunidade de orientá-lo previamente, será sigilosa e não acompanhará o procedimento?

Barbosa Moreira já criticava as limitações cognitivas que vem se tentando impor ao processo penal, num verdadeiro retrocesso que o coloca numa espécie de mão e contramão com o processo civil:

I - o relaxamento da prisão em flagrante;

II - a concessão da liberdade provisória sem ou com aplicação de medida cautelar diversa da prisão;

III - a decretação de prisão preventiva;

IV - a adoção de outras medidas necessárias à preservação de direitos da pessoa presa.

§ 2º A oitiva da pessoa presa será registrada, preferencialmente, em mídia, dispensando-se a formalização de termo de manifestação da pessoa presa ou do conteúdo das postulações das partes, e ficará arquivada na unidade responsável pela audiência de custódia.

§ 3º A ata da audiência conterà, apenas e resumidamente, a deliberação fundamentada do magistrado quanto à legalidade e manutenção da prisão, cabimento de liberdade provisória sem ou com a imposição de medidas cautelares diversas da prisão, considerando-se o pedido de cada parte, como também as providências tomadas, em caso da constatação de indícios de tortura e maus tratos.

§ 4º Concluída a audiência de custódia, cópia da sua ata será entregue à pessoa presa em flagrante delito, ao Defensor e ao Ministério Público, tomando-se a ciência de todos, e apenas o auto de prisão em flagrante, com antecedentes e cópia da ata, seguirá para livre distribuição.

²⁹⁰ É o caso da Resolução TJ/GO nº 53/16, que remete integralmente à disciplina insculpida nos arts. 4º a 12º da Resolução CNJ nº 213 de 15/12/2015. Disponível em: http://www.mpgo.mp.br/portal/arquivos/2016/04/28/11_08_53_436_Resolu%C3%A7%C3%A3o_n%C2%BA_53_TJGO.pdf, último acesso em 07/01/17.

²⁹¹ Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

Já o processo penal, em mais de um aspecto, dá a nítida impressão de caminhar antes no sentido oposto. Duas circunstâncias, pelo menos, justificam semelhante impressão em ordenamentos contemporâneos: a inclinação para restringir, em vez de ampliar, a atuação do campo do juiz no campo da instrução probatória, e a limitação, em regra, das provas suscetíveis de consideração pelo julgados às produzidas na sessão oral de julgamento, com exclusão das colhidas nas fases preliminares do feito... Tudo isso justifica – sempre em termos esquemáticos (alguns diriam: caricaturais) – o asserto de que, no processo penal, a verdade (imperfeita, limitada, aproximativa, tosca) se está tornando um pouco menos importante do que era.²⁹²

A nosso sentir, fere por completo a razoabilidade permitir que o termo de declaração de conduzido, realizada em sede policial durante a lavratura de um auto de prisão em flagrante, sem qualquer acompanhamento por parte da defesa, faça parte do processo, mas a sua oitiva realizada em juízo, durante a audiência de custódia, sob o crivo do contraditório e possibilitadas as manifestações do Ministério Público e de seu defensor, não.

E pior, nos termos do art. 155 do CPP, a oitiva policial pode influenciar no convencimento do magistrado, mas o depoimento em sede de audiência de custódia não!

É uma questão de coerência.

Marcellus Polastri Lima comunga de nosso inconformismo:

De uma só vez afronta o art. 129, I, e VI, da CF, pois retira o poder de promoção e tomada de providências do parquet em controle externo de atividade policial, em caso de haver abuso de autoridade, tortura, atos passíveis de instauração de procedimento investigatório ou mesmo denúncia contra co-autores (pode haver delação, chamada de corrêu, etc...), e o art. 40 do CPP, no qual se estabelece encaminhamento ao Ministério Público de notícia de crime e, ainda mais, fere mortalmente o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, pois impede que o parquet tome conhecimento de fato que possa se constituir em crime e, desta forma, obsta a imediata promoção pelo órgão que, primitivamente deve agir.²⁹³

Como se não bastasse, o art. 5º, LX da CRFB/88 estabelece que a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem. Certamente, não é o caso. O interesse social é exatamente no sentido contrário, qual seja, de plena publicidade do ato e de seu conteúdo. É uma exigência do próprio Estado Democrático de Direito e um requisito para torná-lo legítimo.

Suponhamos a ocorrência de um crime que tenha chocado uma comunidade e culminado com a prisão em flagrante de determinado indivíduo. Após a lavratura do auto, e conduzido para audiência de custódia e libertado, retornando para o aludido corpo social. Os demais

²⁹² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Processo civil e processo penal: mão e contramão?*. In: Revista de Processo - vol.94. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.5.

²⁹³ POLASTRI, Marcellus. *Curso de Processo Penal*, 9ª ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016, p. 910.

integrantes não fazem jus a saber as razões que levaram o magistrado a proferir decisão que acarretou a liberdade do preso? Além de tal procedimento não se coadunar com os valores propalados pela Carta Magna, ainda afronta outra imposição constitucional, nos termos do art. 93, IX²⁹⁴. Ora, ainda que a decisão seja publicizada em sua íntegra, isto é, abrangendo o comando e seus fundamentos, resta patente que se a mesma se alicerçar na manifestação do preso haverá a impossibilidade de qualquer controle, já que o conteúdo das declarações será desconhecido, deslegitimando-a e tornando-a imprópria do Estado Democrático.

Destaca Marcellus Polastri:

Pode se argumentar que o “lacramento” evitaria a contaminação do juiz do processo pelas declarações do preso. Porém, ao contrário, não se pode tirar da apreciação do juiz do processo uma declaração que é produzida em audiência jurisdicionalizada, mesmo que em fase de investigação. A Itália tentou retirar a vista dos elementos de investigação do futuro juiz do processo quando de sua reforma processual penal, eliminando-se dos autos que formariam o processo penal as peças de investigação preliminar (*indagine preliminari*), para não “contaminar o juiz²⁹⁵, mas, na própria Itália leis posteriores mudaram esse sistema, ante a falência na luta contra o crime.²⁹⁶

Assim como o autor supracitado, não compartilhamos da ideia (que tem seduzido parte da doutrina brasileira) de que o magistrado pode se contaminar com elementos de informação originários da investigação, que dirá quando esses elementos são produzidos em uma audiência realizada por juiz e na presença de membro do *Parquet* e defensor.

Nesse diapasão, cabe trazer à baila a crítica de Marcelo Lessa Bastos, ao analisar a gestão da prova e a ideia de um juiz exclusivamente de garantias:

O afastamento de uma teoria geral do processo e a consagração do pretenso dualismo é também buscado em temas outros que não o da gestão da prova, como, por exemplo, na questão da prevenção como forma de exclusão da competência, que levou à proposta de criação da figura do juiz das garantias no anteprojeto de Código de Processo Penal elaborado por uma comissão de juristas no âmbito do Senado Federal. Uma das estratégias destacadas na exposição de motivos é preservar a imparcialidade do juiz do processo,

²⁹⁴ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

[...]

IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

²⁹⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Manuale di diritto processuale penale*. Milano: Cedam, 1997, p.568; GRINOVER, Ada Pellegrinni. *Influência do Código – Modelo Penal para a Ibero-América na legislação latino americana. Convergências e dissonâncias com os sistemas italiano e brasileiro*. In: _____. O processo em evolução. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996, p. 227.

²⁹⁶ POLASTRI, Marcellus. *Curso de Processo Penal*, 9ª ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016, p. 911.

distanciando-o do contato com os elementos de convicção colhidos na fase de investigação. Considerando-se que tais elementos se inseriram no contexto de uma providência cautelar adotada pelo juiz no curso da investigação, como justificar, no âmbito de uma teoria geral do processo, a perda da imparcialidade por parte do juiz penal que concede uma medida cautelar, ainda que antecipadamente, e, ao mesmo tempo, não se reclamar idêntica parcialidade do juiz que, no processo civil, concede a antecipação dos efeitos da tutela? Tem-se, assim, que o dualismo proposto se revela, em outros temas diversos do da gestão da prova, antes de tudo, num artifício para, pontualmente, se permitir fugir da coerência exigida pela teoria geral do processo, de modo a insistir no claudicante caminho da mão e contramão em que se teima opor o processo civil e o processo penal.²⁹⁷

O contraditório participativo que deve nortear o processo “justo” no Estado Democrático de Direito exige o diálogo e a cooperação entre todos os atores processuais, e não um monólogo sigiloso e abusivo do preso.

Não podemos ignorar que a prestação jurisdicional não se limita a sentença. O juiz é também um gestor do processo. Nesse sentido, é responsável também por decretar prisão cautelar²⁹⁸ ou outras medidas cautelares diversas, bem como por revogá-las se os motivos que as ensejaram não mais subsistirem²⁹⁹.

Imperioso se faz um questionamento. Se na audiência de custódia, indivíduo preso por tentativa de homicídio, espontaneamente, afirmar que uma vez em liberdade irá matar a vítima, tal fato deve permanecer sigiloso? A vítima não pode saber? O juiz que conduzirá o processo e será responsável por analisar eventuais pedidos de liberdade não deve ter conhecimento de tal afirmação?

Noutro giro, e se o preso, espontaneamente, confessar ser um *serial killer* e, inclusive, identificar outras vítimas e apontar o lugar em que as enterrou. O magistrado que realiza a audiência de custódia deve se limitar, nos termos dos arts. 5º e 6º da referida resolução, à apreciação da legalidade da prisão em flagrante, da sua conversão em prisão preventiva ou da

²⁹⁷ BASTOS, Marcelo Lessa. A prova como realização do direito das partes e o papel do juiz numa teoria geral do processo. In: BASTOS, Marcelo Lessa (Org.). *Tributo a Afrânio Silva Jardim - Estudos e Escritos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v. 1. p. 387

²⁹⁸ Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

²⁹⁹ Art. 316. O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. (Redação dada pela Lei nº 5.349, de 3.11.1967)

concessão de liberdade provisória, com ou sem a imposição de medidas cautelares³⁰⁰?! Após a decisão, deve lacrar e manter em separado as declarações do preso? Acontece que o art. 40 do CPP³⁰¹ ainda está vigente e impõe ao juiz a extração de cópias e remessa ao Ministério Público.

Não estamos sustentando a ressurreição do interrogatório como primeiro ato, o que seria, inclusive, teratológico, uma vez que sequer há denúncia. Nesse diapasão, aplaudimos o disposto na Resolução CNJ nº 213 de 15/12/2015 quanto ao conteúdo da audiência de custódia, devendo o juiz indagar ao preso sobre as circunstâncias de sua prisão ou apreensão, mas se abster de formular perguntas com finalidade de produzir prova para a investigação ou ação penal relativas aos fatos que são objeto do auto de prisão em flagrante.

O que não podemos esquecer é que a referida audiência integra a prestação jurisdicional, havendo a possibilidade de manifestações espontâneas do custodiado que deveriam sim ser passíveis de consideração como elementos de convicção pelo magistrado, à luz do quadro probatório global coligido aos autos, nos mesmos termos preconizados pelo art. 155 do CPP.

Imperioso invocarmos o disposto no art. 8º do CPC/2015, isto é, ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Ante o exposto, reiteramos que as audiências de custódia foram um grande avanço no processo penal, concretizando valores preconizados pela Constituição, embora sustentemos que a assistência pela defensoria pública, em atenção à isonomia e ao contraditório possível em sede policial, devesse ter início na própria lavratura do auto de prisão em flagrante.

E no tocante as audiências, defendemos tão somente que a oitiva realizada em sede judicial, na presença do Ministério Público e da defesa, seja documentada e acostada ao processo, como ocorre com o inquérito policial ou auto de prisão em flagrante. Como dito, é uma questão de coerência.

Por fim, imperioso trazeremos à baila idéia, ainda embrionária, surgida durante a defesa da dissertação que deu origem a presente obra. Conforme salientado pelo Professor Marcellus Polastri, é mais que de bom alvitre que as audiências de custódia sejam disciplinadas por lei federal. Nesse sentido, o diploma legal que for criado, além de prever o juiz como responsável

³⁰⁰ Art. 5º Elaborado o exame pericial, o preso será encaminhado ao Juiz para a audiência de custódia, exclusivamente destinada à apreciação da legalidade da prisão em flagrante, da sua conversão em prisão preventiva ou da concessão de liberdade provisória, com ou sem a imposição de medidas cautelares.

³⁰¹ Art. 40. Quando, em autos ou papéis de que conhecerem, os juízes ou tribunais verificarem a existência de crime de ação pública, remeterão ao Ministério Público as cópias e os documentos necessários ao oferecimento da denúncia.

pelo controle do auto de prisão em flagrante e da necessidade da prisão cautelar em sede de audiência de custódia, poderia ampliar a competência do referido magistrado para que seja responsável também por exercer o controle jurídico do indiciamento realizado no inquérito policial. Tratando-se de ato com tão profunda repercussão social, como já demonstramos, torna-se necessário prever mecanismo que minimize a ocorrência de arbitrariedades. Assim, preconizamos que os indiciamentos passem pelo crivo do Poder Judiciário, após manifestação do membro do Ministério Público e da Defensoria, através do juiz responsável por realizar as audiências de custódia, nos mesmos moldes prescritos para as prisões em flagrante.

6.4. A duração razoável dos procedimentos investigativos

A Constituição Federal de 1988 assegura a razoável duração do processo a todos, no âmbito judicial e administrativo, arrolando-a como direito fundamental, nos termos do inciso LXXVIII do art. 5º.³⁰²

Por sua vez, a Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, também assegura esta garantia fundamental em seu artigo 8.1³⁰³, tendo sido promulgado pelo Brasil através do Decreto 678/1992. No mesmo sentido, é o disposto no art. 6.1 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem – CEDH³⁰⁴.

³⁰² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
[...]

LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

³⁰³ Artigo 8. Garantias judiciais

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

³⁰⁴ Artigo 6º – Direito a um processo equitativo

1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.

Corroborando a garantia constitucional, os arts. 4º e 6º do CPC/2015 atestam que as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, bem como que todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva³⁰⁵.

Não há previsão no CPP relativa a duração razoável dos processos, o que sequer causa espanto uma vez que a garantia só foi inserida em nossa Carta Magna através da EC 45/04. Entretanto, é indubitável sua aplicação ao processo penal, por expressa exigência constitucional e por aplicação, via diálogo das fontes, do CPC/2015.

Nesse diapasão, há que se registrar que a efetivação de outras garantias fundamentais, entre as quais o próprio contraditório e o acesso à justiça, dependem justamente da duração razoável do processo, dado que um procedimento por demais célere inviabiliza a manifestação das partes e o próprio direito de defesa, tornando-se arbitrariedade, e um procedimento excessivamente moroso, é uma injustiça travestida de justiça³⁰⁶.

Assim, a celeridade encontra-se intrinsecamente ligada à efetividade, e não é outra a razão pela qual a morosidade, tanto administrativa quanto jurisdicional, vem sendo criticada diuturnamente pela sociedade e pelos meios de comunicação.

A preocupação com a duração do processo sequer é novidade em nosso direito, angustiando há muito a Pátria, como se depreende do discurso de Rui Barbosa³⁰⁷ aos formandos em Direito da longínqua turma de 1920 da Universidade de São Paulo, em que o tema foi abordado, assentando-se que a justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta.

Em relação ao processo penal *stricto sensu*, há anos a doutrina se debruça sobre a questão, em especial por muitas vezes estar em jogo a liberdade do réu, e não existe dúvida quanto a aplicabilidade do aludido princípio.

³⁰⁵ Art. 4o As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

[...]

Art. 6o Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

³⁰⁶ BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*, edição comemorativa do centenário de nascimento do ilustre brasileiro, mandada publicar pela Reitoria da USP, p. 29.

³⁰⁷ BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*, edição comemorativa do centenário de nascimento do ilustre brasileiro, mandada publicar pela Reitoria da USP, p. 29.

Entretanto, o inquérito policial, enquanto processo administrativo, também sofre a incidência da norma constitucional, sendo assegurada sua duração razoável. Não obstante tal fato, o tema permanece no limbo jurídico que há muito domina a atividade investigativa.

Badaró e Aury Lopes Júnior corroboram a tese aqui exposta, asseverando que: “Para efeito de incidência do direito ao prazo razoável, devemos considerar três fases da persecução penal: a das investigações preliminares (inquérito policial no sistema brasileiro); a fase do juízo em primeiro grau de jurisdição; e a fase recursal.”³⁰⁸

Infelizmente, o debate tem se restringido a preocupação com a prisão, o que por si só já acarreta a existência de processo, ainda que cautelar.

Noutro giro, se houver prisão em flagrante sem a imediata comunicação ao juízo (art. 5º, LXII, da CRFB/88) ou com extrapolação de prazo (art. 5º, XLI e LIV, da CRFB/88), estaremos diante de uma evidente ilegalidade, ensejando relaxamento (art. 5º, LXV, da CRFB/88) e apuração da prática de crime de abuso de autoridade (art. 4º da Lei 4.898/65)³⁰⁹.

A preocupação do legislador, e da própria doutrina, com tal hipótese é notória e está consubstanciada em diversas normas constitucionais³¹⁰ e infraconstitucionais.

³⁰⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique Rigui Ivahy; LOPES JR., Aury. *Direito ao processo penal no prazo razoável*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 84

³⁰⁹ Art. 4º Constitui também abuso de autoridade:

- a) ordenar ou executar medida privativa da liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder;
- b) submeter pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei;
- c) deixar de comunicar, imediatamente, ao juiz competente a prisão ou detenção de qualquer pessoa;
- d) deixar o Juiz de ordenar o relaxamento de prisão ou detenção ilegal que lhe seja comunicada;
- e) levar à prisão e nela deter quem quer que se proponha a prestar fiança, permitida em lei;
- f) cobrar do carcereiro ou agente de autoridade policial carceragem, custas, emolumentos ou qualquer outra despesa, desde que a cobrança não tenha apoio em lei, quer quanto à espécie quer quanto ao seu valor;
- g) recusar o carcereiro ou agente de autoridade policial recibo de importância recebida a título de carceragem, custas, emolumentos ou de qualquer outra despesa;
- h) o ato lesivo da honra ou do patrimônio de pessoa natural ou jurídica, quando praticado com abuso ou desvio de poder ou sem competência legal;
- i) prolongar a execução de prisão temporária, de pena ou de medida de segurança, deixando de expedir em tempo oportuno ou de cumprir imediatamente ordem de liberdade. (Incluído pela Lei nº 7.960, de 21/12/89)

³¹⁰ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

[...]

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

[...]

LXII - a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada;

[...]

LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;

No entanto, a garantia constitucional não se esgota a tais hipóteses, abarcando também a fase investigatória, mesmo quando o investigado está em liberdade. É o que também destaca Aury Lopes Jr³¹¹:

[...] as pessoas têm o direito a razoável duração do processo estando presas (neste caso a demora é ainda mais grave) ou soltas (pois o processo é uma pena em si mesmo); sendo absolvidas ou condenadas ao final (a condenação não legitima a demora, sob pena de os fins justificarem a barbárie dos meios...). No Brasil, infelizmente, a visão sempre foi muito reducionista, falando-se apenas em excesso de prazo na prisão cautelar. O direito fundamental do artigo 5º, LXXVIII da Constituição é muito mais amplo e abrangente do que isso.

Comungamos do entendimento do ilustre autor, até porque a Constituição é de clareza solar no tocante a aplicabilidade da referida garantia a procedimentos administrativos. Ademais, a Corte Interamericana de Direitos Humanos³¹² também já reconheceu que a duração razoável do processo se estende à investigação criminal, reiterando a orientação do CEDH, e atestando que: "em matéria penal, este prazo começa quando se apresenta o primeiro ato de procedimento dirigido contra determinada pessoa como responsável por certo delito"³¹³.

André Nicolitt e Carlos Ribeiro Wehrs³¹⁴ corroboram o exposto:

[...] tanto a doutrina como os Tribunais Constitucionais da Europa e, notadamente o TEDH, esposam o entendimento de que a fase investigatória, na qual há identificação do investigado, inclui-se na contagem do tempo, revelando-se como termo inicial".

Nesse diapasão, vale ressaltar ainda o disposto no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, que determina, em seu artigo 16³¹⁵, que nenhum inquérito ou procedimento

³¹¹ LOPES JR, Aury. *Direito a Duração Razoável do Processo tem sido ignorada no País*. Disponível: <http://www.conjur.com.br/2014-jul-25/direito-duracao-razoavel-processo-sido-ignorado-pais>, acesso em 23/09/2014

³¹² Corte Interamericana de Derechos Humanos: Informe de Admisibilidad y Fondo No. 119/10 Caso Palma Mendoza Y Otros Vs. Ecuador. Sentencia de 3 Septiembre de 2012 Parr. 70, 80 a 85 – 9 anos e 9 meses (http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_247_esp1.pdf) Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo, párr. 177, y Caso Pacheco Teruel Vs. Honduras, p.241.

³¹³ Caso López Alvarez *versus* Honduras, sentença de 1º de fevereiro de 2006.

³¹⁴ NICOLITT, André. A duração razoável do processo, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 69

³¹⁵ Artigo 16

Adiamento do Inquérito e do Procedimento Criminal. Nenhum inquérito ou procedimento crime poderá ter início ou prosseguir os seus termos, com base no presente Estatuto, por um período de doze meses a contar da data em que o Conselho de Segurança assim o tiver solicitado em resolução aprovada nos termos do disposto no Capítulo VII da Carta das Nações Unidas; o pedido poderá ser renovado pelo Conselho de Segurança nas mesmas condições. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm, último acesso em 08/12/16.

criminal poderá ter início ou prosseguir por um período de 12 meses, a contar da data em que o Conselho de Segurança assim o tiver solicitado.

Com efeito, o constrangimento sofrido pelo indivíduo ao longo de um inquérito ou qualquer outro procedimento investigatório apenas se justifica pela necessidade de apuração de um delito. Todavia, o desnecessário prolongamento da investigação retira a sua legitimidade, tornando-a abusiva, já que afronta a própria dignidade da pessoa humana, valor alçado pela Carta Magna a fundamento da República Brasileira.

No contexto, a Corte IDH, no Caso López Álvarez Vs. Honduras³¹⁶, já havia se pronunciado em sentença de 1 de fevereiro de 2006, parágrafo 128: “O direito de acesso à justiça implica que a solução da controvérsia se produza em tempo razoável; uma demora prolongada pode chegar a constituir, por si mesma, uma violação das garantias judiciais.”.

Carnelluti já sustentava que o processo em si pode ser equiparado a uma pena e até mesmo ser desumano:

[...] mas o processo por si mesmo é uma tortura. Até certo ponto, dizia, não se pode fazer por menos; mas a assim chamada civilização moderna tem exasperado de modo inverossímil e insuportável esta triste consequência do processo. O homem, quando é suspeito de um delito, é jogado as feras. A fera, a indomável e insaciável fera, é a multidão. O artigo da Constituição, que se ilude de garantir a incolumidade do acusado, é praticamente inconciliável com aquele outro que sanciona a liberdade de imprensa. Logo que surge o suspeito, o acusado, a sua família, a sua casa, e seu trabalho são inquiridos, investigados, despedidos na presença de todos. O indivíduo, assim, é feito em pedaços. E o indivíduo, assim, lembremo-nos, é o único valor da civilização que deveria ser protegido.³¹⁷

Conforme já foi ressaltado em capítulo anterior, é indubitável que ostentar o status de investigado é um gravame na vida de um indivíduo, maculando sua reputação perante o corpo social. Portanto, imperioso se torna zelar pela duração razoável dos procedimentos investigatórios. E o que seria razoável?

A Corte Europeia entende que o conceito de “razoável duração”, antes correspondente a um feito sem dilações indevidas, não deve ser confundido com “duração breve”, de forma que essa razoabilidade deve ser perquirida tendo em conta as condições específicas de cada caso concreto.

³¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso López Álvarez Vs. Honduras, Sentença de 1º de fevereiro de 2006 (Mérito, Reparaciones e Custas). Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/1fd1d4af1569a345e837bd0ce47ce9d9.pdf>, último acesso em 10/10/16.

³¹⁷ CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Tradução de José Antonio Cardinalli. São Paulo: Conan, 1995, p.46.

No mesmo sentido, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao tratar do art. 8.1 da Convenção Americana, reconhece que o conceito de prazo razoável não é de simples definição e invoca os mesmos critérios que foram apontados pela Corte Europeia como orientadores da análise concreta: a) a complexidade do assunto, b) a atividade processual do interessado e c) a conduta das autoridades judiciais.³¹⁸

Consoante o disposto no art. 10 do CPP³¹⁹, o inquérito deverá terminar no prazo de 10 dias, se o indiciado tiver sido preso em flagrante, ou estiver preso preventivamente, ou no prazo de 30 dias, quando estiver solto, mediante fiança ou sem ela. Há algumas previsões especiais, como na Lei 11.343/06 (na Lei de Drogas, a previsão é de que o inquérito policial será concluído no prazo de 30 (trinta) dias, se o indiciado estiver preso, e de 90 (noventa) dias, quando solto³²⁰) e na Lei 5.010/66³²¹ (na Justiça Federal de 1º instância, em caso de prisão o prazo é de quinze dias, prorrogáveis por mais 15).

No entanto, as carências de pessoal e de estrutura enfrentadas pela polícia no Brasil são notórias e, como já salientado, não sustentamos um “processo penal nefelibata”, mantendo compromisso com a realidade.

O rígido cumprimento dos prazos se faz estritamente necessário em relação aos procedimentos em que haja presos, mas são inviáveis em relação às demais investigações. Além da crescente criminalidade brasileira, que vem multiplicando as estatísticas criminais, ainda nos deparamos com um enorme acervo nas estantes das delegacias. Defender que todos esses procedimentos, por simplesmente terem ultrapassado o prazo legal, violam a duração razoável significaria não só a completa ignorância da realidade, como um evidente fomento a já conhecida impunidade.

³¹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador, Sentença de 12 de novembro de 1997 (Mérito). Caso Genie Lacayo, Sentença de 29 de janeiro de 1997. Série C Nº 30, par. 77; e Eur. Court H.R., Motta Judgment of 19 February 1991, Series A nº 195-A, par. 30; Eur. Court H.R., Ruiz Mateos v. Spain Judgment of 23 June 1993, Series A nº 262, par. 30

³¹⁹ Art. 10. O inquérito deverá terminar no prazo de 10 dias, se o indiciado tiver sido preso em flagrante, ou estiver preso preventivamente, contado o prazo, nesta hipótese, a partir do dia em que se executar a ordem de prisão, ou no prazo de 30 dias, quando estiver solto, mediante fiança ou sem ela.

³²⁰ Art. 51. O inquérito policial será concluído no prazo de 30 (trinta) dias, se o indiciado estiver preso, e de 90 (noventa) dias, quando solto.
Parágrafo único. Os prazos a que se refere este artigo podem ser duplicados pelo juiz, ouvido o Ministério Público, mediante pedido justificado da autoridade de polícia judiciária.

³²¹ Art. 66. O prazo para conclusão do inquérito policial será de quinze dias, quando o indiciado estiver prês, podendo ser prorrogado por mais quinze dias, a pedido, devidamente fundamentado, da autoridade policial e deferido pelo Juiz a que competir o conhecimento do processo.
Parágrafo único. Ao requerer a prorrogação do prazo para conclusão do inquérito, a autoridade policial deverá apresentar o prês ao Juiz.

Na mesma esteira de raciocínio, Marinoni assevera que duração razoável e duração legal não são expressões equivalentes:

Duração razoável, como o próprio nome indica, nada tem a ver com duração limitada a um prazo certo ou determinado. Se essa confusão fosse aceita, não se trataria de duração razoável, mas de duração legal, ou do simples dever de o juiz respeitar o prazo fixado pelo legislador para a duração do processo.³²²

Portanto, o objeto da presente análise são os casos que, apesar de teratológicos, são comumente encontrados em todas as delegacias.

Preliminarmente, entretanto, não podemos deixar de registrar que a orientação preconizada pelo art. 12³²³ do CPC/2015, que recomenda a todos os juízes e tribunais que atendam, preferencialmente, à ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão, enquanto técnica de gestão das serventias judiciais, deve ser observada, por analogia, pelos delegados de polícia no gerenciamento de seus cartórios policiais, já que visa justamente assegurar a duração razoável.

É compreensível que a segurança pública seja impactada por fatores outros, como a repercussão social, todavia, o acréscimo da expressão “preferencialmente” é suficiente para a inobservância de uma estrita rigidez na ordem cronológica. Esclareça-se, por oportuno, que

³²² MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. P. 227.

³²³ Art. 12. Os juízes e os tribunais atenderão, preferencialmente, à ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão. (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência)

§ 1º A lista de processos aptos a julgamento deverá estar permanentemente à disposição para consulta pública em cartório e na rede mundial de computadores.

§ 2º Estão excluídos da regra do caput:

I - as sentenças proferidas em audiência, homologatórias de acordo ou de improcedência liminar do pedido;
 II - o julgamento de processos em bloco para aplicação de tese jurídica firmada em julgamento de casos repetitivos;
 III - o julgamento de recursos repetitivos ou de incidente de resolução de demandas repetitivas;
 IV - as decisões proferidas com base nos arts. 485 e 932;
 V - o julgamento de embargos de declaração;
 VI - o julgamento de agravo interno;
 VII - as preferências legais e as metas estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça;
 VIII - os processos criminais, nos órgãos jurisdicionais que tenham competência penal;
 IX - a causa que exija urgência no julgamento, assim reconhecida por decisão fundamentada.

§ 3º Após elaboração de lista própria, respeitar-se-á a ordem cronológica das conclusões entre as preferências legais.

§ 4º Após a inclusão do processo na lista de que trata o § 1º, o requerimento formulado pela parte não altera a ordem cronológica para a decisão, exceto quando implicar a reabertura da instrução ou a conversão do julgamento em diligência.

§ 5º Decidido o requerimento previsto no § 4º, o processo retornará à mesma posição em que anteriormente se encontrava na lista.

§ 6º Ocupará o primeiro lugar na lista prevista no § 1º ou, conforme o caso, no § 3º, o processo que:

I - tiver sua sentença ou acórdão anulado, salvo quando houver necessidade de realização de diligência ou de complementação da instrução; II - se enquadrar na hipótese do art. 1.040, inciso II.

preconizamos que essa ordem seja lastreada nas datas de ocorrência dos fatos criminosos, já que o termo “conclusão” é próprio do Judiciário.

As dificuldades operacionais da polícia são enormes e notórias, mas, ainda assim, o cidadão que é vítima de um crime faz jus a uma resposta do Estado em um prazo razoável, ainda que seja o insucesso da investigação. É uma exigência constitucional do Estado Democrático de Direito.

Noutro giro, analisando o enorme passivo que se acumula há décadas nas delegacias, devemos salientar que, lamentavelmente, existem muitos inquéritos policiais que simplesmente aguardam que o crime apurado seja fulminado pela prescrição (art. 107, III do CP³²⁴).

Tratam-se de procedimentos que, face o dilatado prazo prescricional³²⁵ e a completa ausência de diligências úteis a se realizar, simplesmente passam anos tramitando entre polícia, ministério público e juiz (em alguns Estados, diretamente entre polícia e parquet) com infundáveis protestos por renovação de prazo.

Há que se destacar que o transcurso do tempo é um dos maiores inimigos do êxito de apuração de um crime, impactando sobremaneira sobre todos os possíveis “elementos investigativos”³²⁶ que poderiam ser colhidos para lastrear a justa causa necessária a deflagração da ação penal, o que maximiza a potencial inefetividade de prosseguimento do inquérito.

Os vestígios deixados pela infração penal tendem a desaparecer, inviabilizando eventual perícia. Até mesmo as imagens capturadas por eventuais CFTV’s (Circuito fechado ou circuito interno de televisão), em regra, se perdem em curto lapso temporal se não forem extraídas dos discos rígidos empregados (em razão das imagens serem armazenadas ininterruptamente sobre imagens anteriormente gravadas).

³²⁴ Extinção da punibilidade

Art. 107 - Extingue-se a punibilidade:

[...]

IV - pela prescrição, decadência ou preempção [...]

³²⁵ Prescrição antes de transitar em julgado a sentença:

Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:

I - em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze;

II - em dezesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito anos e não excede a doze;

III - em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito;

IV - em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro;

V - em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois;

VI - em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano.

³²⁶ POLASTRI, Marcellus. *Curso de Processo Penal*, 9. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p.100: “Apesar de se denominar vulgarmente de prova os elementos colhidos em fase inquisitorial, deve-se fazer a distinção entre a fase da investigação, onde a polícia irá colher elementos de investigação contra o indiciado, preparando o suporte para a denúncia do promotor (ou queixa do ofendido, na ação penal privada), e a do processo (já proposta a ação penal), no qual se dará a verdadeira instrução probatória pois presente o contraditório entre as partes.”

No tocante a prova testemunhal, Giorgio Tesoro destaca que:

[...] a imagem que é fixada em nossa consciência por meio da percepção, fica conservada por um certo período de tempo; naturalmente, entretanto, ela não se mantém intacta para depois desaparecer de improviso, mas se descolore pouco a pouco, tornando-se cada vez menos precisa e detalhada, até que perde a conexão com outras lembranças e se perde definitivamente no inconsciente.³²⁷

Reconhecimentos pessoais ou fotográficos também são fragilizados, já que sua fidedignidade é maculada pela natural perda de memória associada às alterações fisionômicas produzidas pelo envelhecimento.

A permanência desses inquéritos nas delegacias congestionam os cartórios e emperra as investigações que ainda tem chance de demonstrar a materialidade e os indícios de autoria de um crime, ou seja, de terem sucesso investigativo, o que atenta contra o princípio constitucional da eficiência³²⁸, que deve nortear a Administração Pública.

No entanto, os casos mais graves são aqueles em que chega a haver a figura de um investigado, ainda que não chegue a ser indiciado. Como já salientado, figurar como alvo de um procedimento policial, ainda que não acarrete qualquer efeito jurídico, possui graves contornos sociais, maculando a reputação do indivíduo.

Tais consequências, ainda que indesejadas, são legítimas por serem ínsitas a qualquer investigação. Contudo, são muitos os casos em que a investigação cessa por completo, mas o inquérito policial permanece por longo período, limitando-se aos incessantes pedidos e deferimentos de dilação de prazo, por vezes para realização de diligências imaginárias. Em tais hipóteses, a legitimidade cessa e surge a violação à duração razoável do procedimento e à indissociável ofensa à dignidade da pessoa humana.

Quando se tratar de indubitáveis afrontas a direitos de natureza constitucional, surge, a nosso sentir, a possibilidade de uso das ações constitucionais do habeas corpus e do mandado de segurança³²⁹ para “trancar o procedimento investigativo”, fazendo cessar a ilegalidade.

³²⁷ TESORO, Giorgio. *La psicologia dela testimonianza*. Torino: Fratelli Bocca, 1929, p. 44, em tradução livre.

³²⁸ CAPÍTULO VII
DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
Seção I
DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

³²⁹ LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público [...]

Considerando que a legalidade também é um princípio administrativo, nos termos do art. 37 da CRFB/88, a afronta a duração razoável pode ser constatada não só pelo indivíduo investigado ou por seu defensor, mas também pelo Delegado de Polícia ou Promotor que atuem no feito.

O Judiciário, ainda que de forma tímida, começa a colacionar precedentes que corroboram a tese aqui exposta.

Nesse sentido, paradigmática decisão proferida pelo TSE no RHC 6453³³⁰ assentou que:

O limite da razoável duração do inquérito policial é o período de tempo necessário à obtenção dos elementos que formarão a convicção do titular do monopólio da ação penal pública acerca de sua viabilidade. Em outras palavras, a duração do inquérito será razoável e justificada enquanto houver diligências a serem realizadas pela autoridade policial que sirvam ao propósito de oferecer fundamentos à formação da opinião delicti do Ministério Público.

Noutro giro, o próprio STJ também já reconheceu o direito a duração razoável na fase pré-processual em pelo menos 2 oportunidades, determinando o trancamento dos inquéritos policiais.

Na primeira, relativa ao HC 96666/MA, sob a relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, a Quinta Turma estabeleceu que:

No caso, passados mais de 7 anos desde a instauração do Inquérito pela Polícia Federal do Maranhão, não houve o oferecimento de denúncia contra os pacientes. É certo que existe jurisprudência, inclusive desta Corte, que afirma inexistir constrangimento ilegal pela simples instauração de Inquérito Policial, mormente quando o investigado está solto, diante da ausência de constrição em sua liberdade de locomoção (HC 44.649/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, DJU 08.10.07); entretanto, não se pode admitir que alguém seja objeto de investigação eterna, porque essa situação, por si só, enseja evidente constrangimento, abalo moral e, muitas vezes, econômico e financeiro, principalmente quando se trata de grandes empresas e empresários e os fatos já foram objeto de Inquérito Policial arquivado a pedido do Parquet Federal.³³¹

³³⁰ Acórdão em 03/09/2014 - RHC Nº 6453 Ministra LUCIANA LÓSSIO Acórdão Publicado em Sessão (artigo 8º - da Resolução - TSE nº 23.172/2009). Publicado em 30/09/2014 no Diário de justiça eletrônico, nr. 183, página 511 O Tribunal, por unanimidade, proveu parcialmente o recurso para fixar o prazo de um ano para a conclusão do inquérito, nos termos do voto da Relatora. Votaram com a Relatora os Ministros Gilmar Mendes, Luiz Fux, João Otávio de Noronha, Maria Thereza de Assis Moura e Dias Toffoli (Presidente). Falaram: pelo recorrente, a Dra. Luciana Diniz Nepomuceno e, pelo Ministério Público Eleitoral, o Dr. Humberto Jacques de Medeiros. Suspeição do Ministro Admar Gonzaga.

³³¹ HABEAS CORPUS PREVENTIVO. TRANCAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. ESTELIONATO CONTRA ENTE PÚBLICO E FALSIDADE IDEOLÓGICA. ALEGAÇÃO DE QUE OS FATOS INVESTIGADOS JÁ FORAM OBJETO DE OUTRO INQUÉRITO POLICIAL, ARQUIVADO A PEDIDO DO MPF. FRAUDE NA OBTENÇÃO DE FINANCIAMENTOS CONCEDIDOS PELO FINAM E PELA SUDAM E DESVIO DE RECURSOS. NÃO APURAÇÃO DE QUALQUER FATO QUE PUDESSE AMPARAR EVENTUAL AÇÃO PENAL, TANTO QUE NÃO OFERECIDA A DENÚNCIA. EXCESSO DE PRAZO. INVESTIGAÇÃO QUE DURA MAIS DE 7 ANOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EXISTENTE. ORDEM CONCEDIDA. 1. Alega-se, em síntese, que o constrangimento ilegal advém da manutenção das investigações no Inquérito Policial 521/01, em trâmite na Polícia Federal do Estado do Maranhão, em que se apuram os crimes de estelionato e falsidade ideológica, supostamente cometidos pelos pacientes em detrimento da extinta Superintendência de Desenvolvimento da Amazônia (SUDAM), uma vez que os mesmos

Já no HC 209406/RJ, dessa vez sob a relatoria da Ministra Laurita Vaz, a Quinta Turma assentou:

Por outro lado, tendo em vista que já se passaram quase 07 (sete) anos sem que tenha sido concluído o inquérito, tampouco realizadas diligências que tendam a desvelar a suspeita levantada em face dos suspeitos, notório o constrangimento ilegal contra os Pacientes, a ensejar o trancamento do referido inquérito policial, em razão do evidente excesso de prazo para seu encerramento, sem prejuízo de abertura de nova investigação, caso surjam novas razões para tanto.³³²

fatos foram investigados pela Polícia Federal de Tocantins, tendo sido arquivado o procedimento, a pedido do Ministério Público Federal, por inexistência de irregularidades. Ademais, flagrante o excesso de prazo, pois a investigação perdura por mais de 7 anos, sem que tenha sido oferecida a denúncia. 2. O trancamento do Inquérito Policial por meio do Habeas Corpus, conquanto possível, é medida de todo excepcional, somente admitida nas hipóteses em que se mostrar evidente, de plano, a ausência de justa causa, a inexistência de qualquer elemento indiciário demonstrativo de autoria ou da materialidade do delito ou, ainda, a presença de alguma causa excludente de punibilidade. 3. Na hipótese, a investigação tem objeto idêntico ao de outro Inquérito Policial instaurado no Estado de Tocantins, que, após diversas diligências e auditorias, inclusive da Receita Federal, concluiu pela inexistência de fraude na obtenção ou desvios na aplicação dos recursos do FINAN geridos pela SUDAM pelas empresas geridas pelos pacientes, bem como de que não houve emissão de notas frias, pois os serviços foram efetivamente prestados. 4. Segundo resai dos autos, notadamente do relatório do Departamento da Polícia Federal do Maranhão (fls. 82/89) e da própria decisão que não acolheu o pedido de trancamento da Ação Penal, a investigação lá conduzida objetiva esclarecer exatamente a suposta falsificação/apresentação/utilização de notas fiscais emitidas pela empresa HAYASHI e CIA LTDA., em favor da NOVA HOLANDA AGROPECUÁRIA S/A, com a finalidade de justificar despesas, em tese, fictícias, desta última junto à SUDAM, em razão de financiamento anteriormente obtido para a implantação de projeto. Tal questão restou elucidada no anterior IPL do Estado do Tocantins, que, após analisar a mesma documentação, concluiu serem infundadas as suspeitas levantadas contra o projeto Nova Holanda em relação à fraude para obtenção de recursos e desvios em sua aplicação. 5. No caso, passados mais de 7 anos desde a instauração do Inquérito pela Polícia Federal do Maranhão, não houve o oferecimento de denúncia contra os pacientes. É certo que existe jurisprudência, inclusive desta Corte, que afirma inexistir constrangimento ilegal pela simples instauração de Inquérito Policial, mormente quando o investigado está solto, diante da ausência de constrição em sua liberdade de locomoção (HC 44.649/SP, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJU 08.10.07); entretanto, não se pode admitir que alguém seja objeto de investigação eterna, porque essa situação, por si só, enseja evidente constrangimento, abalo moral e, muitas vezes, econômico e financeiro, principalmente quando se trata de grandes empresas e empresários e os fatos já foram objeto de Inquérito Policial arquivado a pedido do Parquet Federal. 6. Ordem concedida, para determinar o trancamento do Inquérito Policial 2001.37.00.005023-0 (IPL 521/2001), em que pese o parecer ministerial em sentido contrário. (HC 96666/MA, Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Órgão Julgador: Quinta Turma, data do Julgamento: 04/09/2008, data da publicação/fonte: DJe 22/09/2008). (grifado).

³³²HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DESTA SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM O DO STF. INQUÉRITO POLICIAL INSTAURADO PARA APURAR SUPOSTO CRIME DE HOMICÍDIO. INDICIAMENTO. NÃO OCORRÊNCIA. TESES DE AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO NA REQUISICÃO DO PARQUET PARA A ABERTURA DO INQUÉRITO E AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A INVESTIGAÇÃO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. EXCESSO DE PRAZO. INVESTIGAÇÃO QUE DURA QUASE 7 ANOS. NOTÓRIO CONSTRANGIMENTO ILEGAL. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA, DE OFÍCIO. 1. O Excelso Supremo Tribunal Federal, em recente alteração jurisprudencial, retomou o curso regular do processo penal, ao não mais admitir o habeas corpus substitutivo do recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR, 1.ª Turma, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 07/08/2012, DJe de 10/09/2012; HC 104.045/RJ, 1.ª Turma, Rel. Min. ROSA WEBER, julgado em 28/08/2012, DJe de 05/09/2012. Decisões monocráticas dos ministros LUIZ FUX e DIAS TOFFOLI, respectivamente, nos autos do HC 114.550/AC (DJe de 27/08/2012) e HC 114.924/RJ (DJe de 27/08/2012). 2. Sem embargo, mostra-se precisa a ponderação lançada pelo Ministro MARCO AURÉLIO, no sentido de que, "no tocante a habeas já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício." 3. No caso, o Tribunal de

A despeito dos três precedentes colacionados estarem relacionados ao ajuizamento de Habeas Corpus, não vislumbramos ameaça à liberdade de locomoção, uma vez que há inércia investigatória. Não consideramos, por tal razão, o remédio constitucional mais adequado.

Evidencia-se, contudo, que a garantia de uma duração razoável também é aplicável aos procedimentos investigativos, como reflexo direto de uma norma constitucional e, indiretamente, em atenção à dignidade da pessoa humana.

Nesse diapasão, afrontas manifestas ao direito fundamental supracitado, consubstanciadas em inquéritos nos quais não se realiza há anos qualquer diligência e que permanecem em cartório apenas por força de dilações despropositadas de prazo, podem ser remediadas através da impetração de mandado de segurança.

6.5. A mediação

Dentro desse contexto de contraditório participativo, observa-se que é frequente a afirmação de que a vítima tem sido objeto de um frequente esquecimento no processo penal, quando deveria ser também uma das protagonistas.

Lorenzo Vadell, ao analisar a situação na Espanha, afirma que tal fato não ocorre tanto:

[...] no processo penal espanhol porque a figura da acusação particular permitiu um largo acesso dos ofendidos ou prejudicados pelo crime, numa posição processual separada e independente do Ministério Público, portanto, como possibilidade de propor ao juiz pretensões diversas, e até contrárias, a aquelas defendidas pela acusação pública. Mas nas derradeiras reformas tem sido alargada ainda mais a obrigação de fornecer informações sobre o processo, incluso as vítimas que têm decidido não comparecer como partes processuais. À margem disso, a tendência da que estou a falar, realmente procura uma desjudicialização, ou seja, não tanto uma participação da vítima no processo, quanto uma solução do conflito sem processo, uma composição dos interesses da vítima e do arguido sem necessidade de pôr em

origem, no julgamento do writ originário, em 10/03/2009, entendeu que a requisição do Parquet para a instauração do Inquérito Policial n.º 037-00349/2007, de 30/01/2007, encontra-se devidamente fundamentada, bem como reconheceu, com base nos elementos dos autos, que há justa causa para se iniciar a investigação do crime previsto no artigo 121, § 2º, IV, do Código Penal, em que os Pacientes, até aquele momento, foram ouvidos, simplesmente, na condição de 'envolvidos', não havendo, sequer, indiciamento formal. 4. Com efeito, impedir que o poder constituído realize a colheita de elementos probatórios na busca da verdade real, constitui-se medida excepcional, não evidenciada, de plano, na hipótese. 5. Por outro lado, tendo em vista que já se passaram quase 07 (sete) anos sem que tenha sido concluído o inquérito, tampouco realizadas diligências que tendam a desvelar a suspeita levantada em face dos suspeitos, notório o constrangimento ilegal contra os Pacientes, a ensejar o trancamento do referido inquérito policial, em razão do evidente excesso de prazo para seu encerramento, sem prejuízo de abertura de nova investigação, caso surjam novas razões para tanto. Precedentes. 6. Writ não conhecido. Ordem de habeas corpus concedida, de ofício, para determinar o trancamento do Inquérito Policial n.º 037-00349/2007, da 37.ª Delegacia Policial da Ilha do Governador/RJ. (HC 209406/RJ, Relatora: Ministra Laurita Vaz, Órgão Julgador: Quinta Turma, data do Julgamento: 17/12/2013, data da publicação/fonte: DJe 03/02/2014). (grifado).

funcionamento o caro e lento mecanismo público de solução de conflitos que até agora havia tido a exclusividade no âmbito penal. Mas podem ter razão os partidários disso também quando afirmam que desta maneira não somente se atingem os objetivos particulares das partes, senão também as finalidades públicas da conservação e restauração da paz social, e inclusive, de reinserção social do delinquente.³³³

O autor destaca ainda que a Recomendação nº (99) 19 do Comitê de Ministros do Conselho de Europa, definiu a mediação como:

[...] todo procedimento que permite à vítima e ao delinquente participar ativamente, se livremente assim o consentem, na resolução das dificuldades derivadas do crime, com a ajuda de um terceiro independente (mediador)” e que “a Decisão-quadro 2001/220/JAI, do Conselho, de 15 de março de 2001, relativa ao estatuto da vítima em processo penal, no artigo 10 obriga aos Estados-membros a esforçarem-se por promover a mediação nos processos penais relativos às infrações que consideram adequadas para este tipo de medida e também por assegurar que possam ser tidos em conta quaisquer acordos entre a vítima e o autor da infração, obtidos através da mediação penal.³³⁴

A jurisdição sempre foi vista no Brasil como o principal mecanismo estatal de resolução de conflitos, e dentro do cenário de litígios em massa em que vivemos, desembocamos na atual crise enfrentada pelo Poder Judiciário, em que o elevado número de processos comprometeu a sua duração, retardando o julgamento final.

Por outro lado, como já destacado, não se pode ignorar que o processo, para seu legítimo desenvolvimento, deve atender a uma série de garantias, dentre as quais se destaca o contraditório (hoje sob a vertente participativa), tanto no processo civil quanto no penal (e até mesmo nos procedimentos administrativos), e atender a tais exigências é uma necessidade do Estado Democrático de Direito, além de ser a única forma de se obter um processo justo.

Nesse contexto, emergiram os meios alternativos de resolução de conflitos, como verdadeira panacéia para o Judiciário, ao possibilitar a efetiva pacificação e diminuir o número de litígios a se arrastar em juízo. O fenômeno, contudo, conforme já assentamos, não é privilégio tupiniquim. Pelo contrário.

Na obra do processualista italiano Mauro Cappelletti, que se dedicou a estudar o acesso à Justiça, observa-se a inserção dos aludidos meios em uma vertente própria da chamada “Terceira Onda Renovatória” do direito processual. No Direito norte-americano, por sua vez,

³³³ VADELL, Lorenzo M. Bujoso. Direito Processual Penal: novas orientações. In: DIDIER Jr., Fredie (coord.). *Teoria Geral do Processo: panorama mundial*. v. 02. Bahia : Ed. JusPodivm, 2010, p.519-520.

³³⁴ O legislador português já cumpriu a obrigação de desenvolver esta disposição no direito interno com a Lei 21/2007.

doutrinadores como Lon Fuller³³⁵, Roger Fischer³³⁶ e Katherine Stone³³⁷ reverberaram as lições de Cappelletti.

Houve um crescimento vertiginoso nos sistemas de *commom law*, como no Canadá, Inglaterra e Estados Unidos desde a década de 70. No sistema europeu, a política de valorização da solução consensual de conflitos entrou na ordem do dia na *European Judicial Area*, desencadeada a partir da edição da Diretiva 52, de 21 de maio de 2008, pelo Parlamento Europeu, oriunda da recomendação fundamental lançada em 1998 (98/257/CE) e em 2001 (2001/310/CE), obrigando cada Estado-membro a refletir, inserir ou criar textos legais que contemplem mecanismos de solução amigável dos conflitos, o que gerou uma série de alterações significativas nos ordenamentos nacionais de muitos países-membros.

Independentemente das diferenças nos estágios de desenvolvimento da mediação, tanto nos países que adotam o sistema *common law* quanto naqueles em que se adota o sistema *civil law*, as preocupações convergem a um ponto comum: a utilização da mediação como a solução para os problemas enfrentados pela administração pública, especialmente pelos Tribunais, respaldando o intento de acesso à justiça.

No Brasil a mediação começou a ganhar forma legislativa em 1998, mas foi em novembro de 2010, quando o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 125, que as atividades de conciliação e mediação judiciais foram regulamentadas, alcançando seu ápice em 2015, com a promulgação do novo Código de Processo Civil, em cujo bojo se encontram diversas disposições abordando o instituto em tela e incentivando seu uso, e com o advento da Lei nº 13.140/15, denominada “Lei da Mediação”.

A mediação tem suas raízes nas primeiras sociedades e constituiu uma das primeiras formas de compor de maneira efetiva os conflitos que surgiam, ou seja, a mediação já era empregada muito antes do surgimento do Estado como um ente politicamente organizado e monopolizador da tutela jurisdicional, remontando 3000 a.C, na Grécia, bem como no Egito, Kheta, Assíria e Babilônia³³⁸.

³³⁵ FULLER, Lon. Mediation: its forms and functions, 44 S. Cal. Law Review, 305, 1971; *The forms and limits of adjudication*, 92 Harvard Law Review, 353, 1978.

³³⁶ FISCHER, Roger and William URY. *Getting to Yes: Negotiating Agreement without Giving*. Boston: Houghton Mifflin Co., 1981.

³³⁷ STONE, Katherine V. W. *Private Justice: the law of alternative dispute resolution*. New York: Foudation Press, 2000.

³³⁸ CACHAPUZ, Rozane da Rosa. *Mediação nos conflitos & Direito de Família*. Curitiba: Juruá, 2003, p. 24

Indubitavelmente, a presença da mediação é verificada no seio de quase todas as culturas, sendo reconhecida como forma eficaz e preponderante na resolução de embates.

Esclareça-se que um conflito pode ser solucionado pela via estatal (jurisdição) ou ainda por vias chamadas alternativas³³⁹, que por sua vez se subdividem em puras e híbridas³⁴⁰, dependendo da existência ou não de interferência jurisdicional. Entre as possíveis vias alternativas puras, temos a arbitragem, a negociação (os envolvidos no litígio, diretamente e sem a interveniência de uma terceira pessoa, alcançam uma solução consensual) e a mediação/conciliação (aqui, existe a figura de um terceiro, que atua junto aos envolvidos de forma a facilitar o consenso entre eles e encerrar a disputa).

Nos Estados Unidos³⁴¹ encontramos apenas a figura da mediação, não havendo referência à conciliação³⁴². Assim, fala-se em mediação facilitadora, também chamada de passiva (postura mais inerte, em que se busca melhorar a comunicação e entendimento entre as partes para que elas então formulem suas propostas), e avaliadora, também chamada de ativa (postura mais operante, na qual são dadas opiniões e sugeridas propostas de acordo), que se assemelha à conciliação do direito brasileiro³⁴³.

Nesse sentido, Punzi³⁴⁴, seguindo uma antiga corrente doutrinária, propôs uma distinção que é útil por se basear num dado objetivo e tangível. Com base na origem etimológica da palavra “conciliação”, que deriva da expressão latina *consilium*, identifica-se o conciliador como aquele que dá um “conselho” às partes, isto é, apresenta-lhes uma proposta de solução.

³³⁹ Tais vias alternativas são hoje largamente difundidas em diversos países, recebendo nomenclatura variada. No Brasil são chamados MASC – Meios Alternativos de Solução de Conflitos. Nos Estados Unidos foram batizados de mecanismos de ADR – *Alternative Dispute Resolution*. Na Argentina são identificados com meios de R.A.C. – *Resolución Alternativa de Conflictos*.

³⁴⁰ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito Processual Civil Contemporâneo*, 6ª ed, Rio de Janeiro: Saraiva, 2015, p.812 *et seq.*

³⁴¹ É bem verdade que encontramos, vez por outra, referência ao termo *conciliation*, embora, tecnicamente, a expressão utilizada seja, na sua maioria, *mediation*. Para consulta, sugerimos as seguintes obras: FREEMANN, Michael. *Alternative dispute resolution*. New York: University Press, 1984; GOLDBERG, Stephen B., SANDER, Frank E.A., ROGERS, Nancy H. *Dispute Resolution – Negotiation, Mediation, and Other Processes*, New York: Aspen Publishers, Inc, 1999; SANDER, Frank E. A. *Alternative methods of dispute settlement*. Washington: American Bar Association, 1979; STONE, Katherine V. W. *Private Justice: the law of alternative dispute resolution*, New York: Foundation Press, 2000; SWINGLE, P., *The structure of Conflict*, New York: Academic Press, 1970.

³⁴² SINGER, Linda R. *Settling Disputes*, 2nd edition, Colorado: Westview, 1994, p.24.

³⁴³ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito Processual Civil Contemporâneo*, 6 ed., Rio de Janeiro: Saraiva, 2015, p.813 *et seq.*

³⁴⁴ PUNZI, Carmine, Mediazione e conciliazione. In: *Rivista di diritto processuale*, vol. 64, n. 4, 2009, p. 848 y ss.

Assim, o que separaria o mediador do conciliador seria justamente esse aconselhamento, dado que o autêntico mediador se encarregaria unicamente de tentar aproximar os envolvidos no conflito de forma técnica, isto é, conscientizando-lhes sobre a sua verdadeira posição e oportunidades, ensejando, assim, que estas, por si mesmas, chegassem a um acordo.

Trata-se, portanto, de verdadeiro agente facilitador, que procura eliminar as divergências sem, entretanto, em hipótese alguma, introduzir o seu ponto de vista ou apresentar as suas soluções, ou ainda fazer propostas ou contrapropostas às partes. Sua ação é, portanto, a de um espectador/facilitador.

Já a conciliação ocorre quando o mediador adota uma postura mais ativa, abrangendo a interação com as partes, de forma a apresentar possibilidades e caminhos que não haviam sido pensados por estas, chegando a fazer proposições e a tentar influenciá-las a atingir um consenso que permita a composição do litígio.

Ainda que, dogmaticamente, se possa distinguir a conciliação da mediação³⁴⁵, verifica-se que, na prática, a fronteira entre ambas pode ser fluida, razão pela qual vamos nos referir preponderantemente à mediação, como gênero daqui para frente.

No tocante às vias alternativas híbridas, cabe esclarecer que estas são aquelas em que, em algum ponto, mesmo que para efeitos de mera homologação, há a participação do Estado-Juiz. Podemos citar a conciliação³⁴⁶ obtida em audiência ou no curso de processo já instaurado, a transação penal³⁴⁷, a remissão prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente³⁴⁸ e o termo de ajustamento de conduta³⁴⁹ celebrado no decorrer de uma ação civil pública.

³⁴⁵ O CPC/2015 (Lei 13.105/15) traz na Seção V, mais especificamente nos § 2º e 3º, uma distinção legal das atividades:

Dos Conciliadores e Mediadores Judiciais

Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

[...]

§ 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

§ 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

³⁴⁶ Cf. artigos 125, inciso IV, 331 e 448, entre outros, do Código de Processo Civil.

³⁴⁷ Cf. artigo 76 da Lei nº 9.099/95.

³⁴⁸ Cf. artigos 148, inciso II, 180, inciso II e 201, inciso I, todos da Lei nº 8.069/90.

³⁴⁹ Cf. artigo 5º, § 6º da Lei nº 7.347/85 e artigo 211 da Lei nº 8.069/90.

A mediação se caracteriza, portanto, pela intervenção de um terceiro que se interpõe entre os dois protagonistas de um conflito, e busca passar os dois protagonistas da adversidade à conversação, levando-os a um diálogo que possibilite a mútua compreensão e, se possível, construção conjunta de um compromisso que abra caminho à reconciliação³⁵⁰. Patente, portanto a natureza transdisciplinar da mediação, porquanto oriunda de diversas áreas do conhecimento, como a Filosofia, a Sociologia, a Psicologia, a Comunicação, o Direito, dentre outros, e, ao mesmo tempo, responsável pela sistematização de uma nova disciplina.

A partir da década de 1970, a mediação começa a ser utilizada nos conflitos relativos a questões empresariais, de família e de meio ambiente (historicamente era utilizada apenas para a solução de conflitos relacionados a questões trabalhistas e ético-religiosas)³⁵¹. Tais aplicações sofrem, ainda, certa resistência, por existir temor quanto a um possível desvirtuamento da atividade de solucionar conflitos em prol da pacificação social e o bem comum, para atender a interesses individualistas das partes envolvidas, e, sobretudo, da parte vencedora.

Nessa linha, Humberto Dalla³⁵² registra o pensamento de Owen Fiss³⁵³, “Sterling Professor” da Yale University, bem como de Vittorio Denti³⁵⁴, que manifestam preocupação com o fenômeno da justiça coexistencial e a possível privatização³⁵⁵ dos conflitos.

³⁵⁰ SPENGLER, Fabiana marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. O novo código de processo civil brasileiro (projeto de lei nº 8046/2010), a Mediação e a conciliação: meios complementares de tratar conflitos para uma outra jurisdição? In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; SANTANNA, Ana Carolina Squadri; SOBREIRA, Eneisa Miranda Bittencourt; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa (organizadores). *Mediação judicial e garantias constitucionais*. Niterói : PPGSD – Programa de Pós-graduação em Sociologia e Direito, 2013.

³⁵¹ SPENGLER, Fabiana Marion; GHISLENI, Ana Carolina. *Mediação de conflitos a partir do Direito Fraterno*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011.

³⁵² PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito Processual Civil Contemporâneo*, 6ª ed, Rio de Janeiro: Saraiva, 2015, p.815.

³⁵³ FISS, O.M. Against Settlement, 93 *Yale Law Journal*, may 1984. O autor assim manifesta sua descrença na solução alternativa dos conflitos: “*I do not believe that settlement as a generic practice is preferable to judgment or should be institutionalized on a wholesale and indiscriminate basis. It should be treated, instead, as a highly problematic technique for streamlining dockets. Settlement is for me the civil analogue of plea bargaining: consent is often coerced; the bargain may be struck by someone without authority; the absence of a trial and judgment renders subsequent judicial involvement troublesome; and although dockets are trimmed, justice may not be done. Like plea bargaining, settlement is a capitulation to the conditions of mass society and should be neither encouraged nor praised*”, p.1075.

³⁵⁴ DENTI, Vittorio. I Procedimenti non Giudiziali di Conciliazione come Istituzioni Alternative,. In: *Rivista di Diritto Procesuale*, 1980, p.410 *et seq.*

³⁵⁵ Novamente, Fiss, resume suas preocupações: “*To be against settlement is not to urge that parties be ‘forced’ to litigate, since that would interfere with their autonomy and distort the adjudicative process; the parties will be inclined to make the court believe that their bargain is justice. To be against settlement is only to suggest that when the parties settle, society gets less than what appears, and for a price it does not know it is paying. Parties might settle while leaving justice undone*”. (FISS, Owen M. Op. cit., p.1085).

A utilização da mediação para resolução de conflitos é especialmente interessante no caso de relações continuadas, questões familiares, condomínios, vizinhos, colegas de trabalho, infância e juventude e relações em que haja afeto entre as partes, pois permite a preservação do vínculo ao tratar o conflito como parte do histórico das partes e não como um fenômeno isolado, ampliando o auto-conhecimento de todos e envolvendo-os na solução do litígio.

Assim, a mediação pode proporcionar a resolução de um conflito de uma maneira alternativa, por vezes mais rápida e mais barata, através de um procedimento simples (se comparado com os que se submetem à jurisdição), ao possibilitar que as partes analisem suas perspectivas através de um panorama mais amplo de possibilidades e não precisem levar em conta somente o que a legislação determina. Isto é, a mediação confere maior autonomia para as partes envolvidas alcançarem um consenso capaz de pacificar o conflito, destacando-se ainda a confidencialidade que abrange o procedimento e a maior efetividade do acordo obtido através da mediação, por ter sido construído em conjunto e não imposto.

Malgrado os esforços enveredados para implementação na esfera judicial, verifica-se a relevância do fomento da mediação extrajudicial, como medida apta a contribuir para a superação da crise do Judiciário ao minimizar o número de processos judiciais, permitindo uma prestação jurisdicional mais adequada nas contendas que não comportarem resolução consensual.

O processo penal não se encontra apartado dessa premissa, pelo contrário, tem muito a ganhar com o fomento da mediação extrajudicial, em especial nos crimes de ação penal privada e ação penal pública condicionada, em que a deflagração da persecução penal depende da iniciativa da vítima.

Noutro giro, também salta aos olhos os importantes contornos que o instituto pode alcançar nas denominadas “infrações de menor potencial ofensivo”, já que o processo perante o Juizado Especial orienta-se pelos critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade.

Assim, ainda que se trate de um crime de ação penal pública incondicionada, muitas vezes há um conflito que antecede o delito, cuja resolução é uma exigência do Estado Democrático de Direito e do princípio da dignidade da pessoa humana que o fundamenta. Contribui-se, assim, para prevenção de novas infrações penais derivadas daquele embate.

O CPC/2015 manteve os mesmos fundamentos do movimento reformista iniciado na década de noventa, em busca da concretização do acesso à justiça³⁵⁶, especificamente, da terceira onda renovatória preconizada por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, acolhendo o interesse pacificador estampado na política nacional para o tratamento adequado dos conflitos, de forma a albergar a mediação e a conciliação.

Nesse sentido, já no primeiro capítulo, que institui as normas fundamentais para o processo, lança-se luz sob o tema no art. 3º, §2º e 3º do CPC/2015³⁵⁷.

Aqui, inclusive, reside a semente de nossa reflexão. Observa-se que, consoante o §2º do CPC/2015, o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos³⁵⁸. Gize-se que o diploma legal atribui tal encargo ao Estado e não ao Poder Judiciário, o que evidencia que os demais órgãos do Estado, entre os quais poderíamos citar a polícia, deverão ter tal premissa estabelecida em sua dinâmica de atuação.

Sepultando qualquer dúvida, o §3º do CPC/2015 estabelece que a mediação/conciliação deverá ser estimulada pelos juízes, advogados, defensores e promotores, inclusive no curso do processo³⁵⁹. Ora, se a solução consensual deve ser fomentada inclusive no curso do processo, por óbvio que também deverá ser incentivada e buscada antes do início do processo.

Isto posto, todos os operadores do Direito devem, antes mesmo da propositura de uma ação (a nosso sentir, tanto cível quanto penal, em especial quando esta for privada ou pública condicionada), deverão enveredar esforços para buscar mediar o conflito e obter uma solução consensual, preservando, assim, o Poder Judiciário de processos que sequer precisariam ter sido iniciados.

³⁵⁶ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. A experiência ítalo-brasileira no uso da mediação em resposta à crise do monopólio estatal de solução de conflitos e a garantia do acesso à justiça, in *Revista Eletrônica de Direito Processual*, volume 8, disponível em <http://www.redp.com.br>.

³⁵⁷ TÍTULO ÚNICO

DAS NORMAS FUNDAMENTAIS E DA APLICAÇÃO DAS NORMAS PROCESSUAIS

CAPÍTULO I

[...]

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

³⁵⁸ SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. O novo código de processo civil brasileiro (projeto de lei nº 8046/2010), a Mediação e a conciliação: meios complementares de tratar conflitos para uma outra jurisdição? In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; SANTANNA, Ana Carolina Squadri; SOBREIRA, Eneisa Miranda Bittencourt; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa (organizadores). *Mediação judicial e garantias constitucionais*. Niterói : PPGSD – Programa de Pós-graduação em Sociologia e Direito, 2013.

³⁵⁹ PANTOJA, Fernanda. *A Mediação no Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

Assim como o direito penal deve ser visto como a *ultima ratio*, no tocante à proteção dos bens jurídicos mais importantes, o processo (judicial) também deve ser visto como o último recurso no tocante ao conflito, ou seja, a jurisdição, que hoje é vista como a principal via (se é que não é vista ainda como a única) estabelecida pelo direito para a resolução de conflitos, deveria se tornar o último instrumento a se lançar mão.

Os mecanismos de solução alternativa não vieram para tomar o lugar da jurisdição, mas sim para configurarem mais uma possibilidade posta à disposição dos litigantes, já que, dependendo do tipo e natureza de litígio que se apresenta, a mediação, pode sim ser mais adequada, uma vez que permite a revelação do drama humano³⁶⁰ que existe por trás da disputa jurídica, possibilitando o enfrentamento da causa e não do efeito do conflito, pacificando-o de maneira verdadeiramente efetiva³⁶¹. Na lição de Humberto Dalla³⁶², o Poder Judiciário deve ter o monopólio da função jurisdicional, mas não da Justiça, e nem se confundir com ela.

E o Código de Processo Civil de 2015, ao estabelecer a realização, logo no início do processo, da audiência de conciliação e mediação como regra³⁶³, chega a sancionar aquele que

³⁶⁰ Pontifica José Renato Nalini, abordando a figura da conciliação: “É, no entanto, extremamente importante a tentativa conciliatória. Bem-sucedida, faz com que se alcance a paz social, que é objetivo fundamental da sociedade brasileira. O acordo reveste aspecto psicológico bastante válido: a convicção das partes de que se acertaram espontaneamente, fazendo prevalecer o bom-senso, o desapego, na luta contra a intransigência e o egoísmo”. (*O juiz e o acesso à justiça*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.134).

³⁶¹ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública*, Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.76. Para ele, a conciliação, um dos instrumentos que informam a operosidade, é um elemento fundamental para alcançar o efetivo acesso à justiça.

³⁶² PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito Processual Civil Contemporâneo*, 6ª ed, Rio de Janeiro: Saraiva, 2015, p.800, *et seq.*

³⁶³ CAPÍTULO V

DA AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO OU DE MEDIAÇÃO

Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

§ 1o O conciliador ou mediador, onde houver, atuará necessariamente na audiência de conciliação ou de mediação, observando o disposto neste Código, bem como as disposições da lei de organização judiciária.

§ 2o Poderá haver mais de uma sessão destinada à conciliação e à mediação, não podendo exceder a 2 (dois) meses da data de realização da primeira sessão, desde que necessárias à composição das partes.

§ 3o A intimação do autor para a audiência será feita na pessoa de seu advogado.

§ 4o A audiência não será realizada:

I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual;

II - quando não se admitir a autocomposição.

§ 5o O autor deverá indicar, na petição inicial, seu desinteresse na autocomposição, e o réu deverá fazê-lo, por petição, apresentada com 10 (dez) dias de antecedência, contados da data da audiência.

§ 6o Havendo litisconsórcio, o desinteresse na realização da audiência deve ser manifestado por todos os litisconsortes.

§ 7o A audiência de conciliação ou de mediação pode realizar-se por meio eletrônico, nos termos da lei.

§ 8o O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado.

não comparecer com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, taxando tal ato como atentatório à dignidade da justiça. Endossa-se, assim, a relevância da busca pela solução consensual.

A preocupação com o tema, no âmbito do judiciário³⁶⁴, é tão grande que o novo diploma determina a criação pelos Tribunais de centros judiciários de solução consensual de conflitos³⁶⁵, sendo que estes poderão optar por credenciar profissionais habilitados ou criar quadro próprio de conciliadores e mediadores, a ser preenchido por concurso público de provas e títulos³⁶⁶. Oportuno destacar que o novo código determina que, também no âmbito administrativo, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão criar câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos³⁶⁷.

Por fim, corroborando a tese aqui defendida, isto é, da necessidade de se desenvolver a mediação extrajudicial, o art. 175 do Código de Processo Civil de 2015 determina que outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes, poderão ser regulamentadas por lei específica³⁶⁸, evidenciando que o mandamento insculpido no art. 3º, §2º e imposto ao Estado, como um todo, deve ser cumprido. E a referida Lei, inclusive, já foi promulgada. Trata-se da Lei nº 13.140/15, denominada “Lei de Mediação”, no bojo da qual a mesma é disciplinada³⁶⁹.

³⁶⁴ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTTEN, Michele. *O acesso à Justiça e o uso da mediação na resolução dos conflitos submetidos ao Poder Judiciário*. Boletim Informativo Juruá, v. 01, 2013, p.11-14.

³⁶⁵ Seção V

Dos Conciliadores e Mediadores Judiciais

Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

³⁶⁶ Art. 167. Os conciliadores, os mediadores e as câmaras privadas de conciliação e mediação serão inscritos em cadastro nacional e em cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal, que manterá registro de profissionais habilitados, com indicação de sua área profissional.

[...]

§ 6º O tribunal poderá optar pela criação de quadro próprio de conciliadores e mediadores, a ser preenchido por concurso público de provas e títulos, observadas as disposições deste Capítulo.

³⁶⁷ Art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como:

I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública;

II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública;

III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

³⁶⁸ PAUMGARTTEN, Michele. *Os desafios para a integração das práticas conciliatórias no novo processo civil*. In: Revista de Processo, vol. 247/2015, p. 475-503.

³⁶⁹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; et al. *O marco legal da mediação no brasil: comentários à Lei nº. 13.140 de 26 de junho de 2015*. Rio de Janeiro: Atlas, 2015.

Qualquer pessoa capaz, que tenha a confiança das partes e seja capacitada, poderá funcionar como mediador extrajudicial³⁷⁰, nos termos do art. 9º, prevendo a referida Lei, ainda, que os órgãos e entidades da administração pública poderão criar câmaras para a resolução de conflitos entre particulares que versem sobre atividades por eles reguladas ou supervisionadas³⁷¹.

Como forma de se fomentar a realização da mediação extrajudicial e proteger aqueles que a ela se dedicarem, a lei em tela assegurou aos servidores públicos que participarem do processo de composição extrajudicial do conflito, que estes somente poderão ser responsabilizados civil, administrativa ou criminalmente quando, mediante dolo ou fraude, receberem qualquer vantagem patrimonial indevida, permitirem ou facilitarem sua recepção por terceiro, ou para tal concorrerem.³⁷²

Diante do exposto, a missão de pacificar os conflitos não pode se restringir mais ao Judiciário, que deve se tornar o último recurso, através do processo. No mesmo sentido, entendemos que a mediação judicial, nos termos preconizados pelo Código de Processo Civil de 2015, também deve ser vista como residual, devendo preponderar a mediação extrajudicial, prévia ao processo.

Cabe salientar, por oportuno, que são títulos executivos judiciais tanto a decisão homologatória de autocomposição judicial quanto a decisão homologatória de autocomposição extrajudicial de qualquer natureza, conforme art. 515, incisos II e III do CPC/2015³⁷³.

Por sua vez, o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Advocacia Pública, pelos advogados dos transatores ou por

³⁷⁰ Subseção II

Dos Mediadores Extrajudiciais

Art. 9º Poderá funcionar como mediador extrajudicial qualquer pessoa capaz que tenha a confiança das partes e seja capacitada para fazer mediação, independentemente de integrar qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação, ou nele inscrever-se.

³⁷¹ Art. 43. Os órgãos e entidades da administração pública poderão criar câmaras para a resolução de conflitos entre particulares, que versem sobre atividades por eles reguladas ou supervisionadas.

³⁷² Art. 40. Os servidores e empregados públicos que participarem do processo de composição extrajudicial do conflito, somente poderão ser responsabilizados civil, administrativa ou criminalmente quando, mediante dolo ou fraude, receberem qualquer vantagem patrimonial indevida, permitirem ou facilitarem sua recepção por terceiro, ou para tal concorrerem.

³⁷³ Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título:

I - as decisões proferidas no processo civil que reconheçam a exigibilidade de obrigação de pagar quantia, de fazer, de não fazer ou de entregar coisa;

II - a decisão homologatória de autocomposição judicial;

III - a decisão homologatória de autocomposição extrajudicial de qualquer natureza;

conciliador ou mediador credenciado por tribunal, configurará título executivo extrajudicial, nos termos do art. 784, IV³⁷⁴ do mesmo diploma.

Aqui, registramos lamentação por ter se deixado de inserir no citado rol de operadores do direito aptos a referendar a transação o Delegado de Polícia, o que impede a formação do título executivo extrajudicial nas mediações por ele presididas e demanda o encaminhamento do acordo ao Poder Judiciário para homologação e formação de título executivo judicial.

Embora o advento do novo Código de Processo Civil seja uma grande conquista, ele é apenas um passo a caminho da concretização do Estado Democrático de Direito e da busca por um processo justo, em que vigorem na sua plenitude todas as garantias constitucionais. Torna-se necessário, para tal mister, diminuir a avalanche de processos que assola o Poder Judiciário e dificulta uma tutela mais efetiva e adequada dos direitos, o que exige o fim do protagonismo irrestrito da jurisdição na resolução de litígios e o início da cooperação dos demais órgãos do Estado na pacificação dos conflitos³⁷⁵.

Demanda-se, assim, mais que uma nova lei, uma verdadeira virada cultural, que deve começar obrigatoriamente pelos operadores do direito. Assim, necessária uma mudança paradigmática também nos órgãos do Estado. Advogados, defensores, promotores, delegados, todos devem incentivar e buscar a resolução consensual dos conflitos antes mesmo do processo judicial se iniciar.

Embora os denominados “Termos de Ajustamento de Conduta” (previstos no art. 5º, §6º da Lei 7.437/85³⁷⁶), no plano da tutela coletiva, sejam ferramentas extrajudiciais excepcionais e adequadas para tal fim³⁷⁷, verifica-se que tão somente o *Parquet* exerce com maestria seu

³⁷⁴ Art. 784. São títulos executivos extrajudiciais:

[...] IV - o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Advocacia Pública, pelos advogados dos transatores ou por conciliador ou mediador credenciado por tribunal;

³⁷⁵ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; Desafios para a Integração entre o Sistema Jurisdicional e a Mediação a Partir do Novo Código de Processo Civil. Quais as Perspectivas para a Justiça Brasileira? In: REZENDE, Diogo; PELAJO, Samantha; ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; *A mediação no novo código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

³⁷⁶ Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

I - o Ministério Público;

II - a Defensoria Pública;

III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios

IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;

[...] § 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

³⁷⁷ MAZZILLI, Hugo Nigro. *O Ministério Público e a defesa do regime democrático*. Disponível em <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ri/1/Pdf/pdf_138/r138-07.pdf>. Acesso em: 23 de jun. de 2007.

múnus, celebrando inúmeros Termos de Ajustamento (TAC)³⁷⁸ em favor da sociedade, a despeito das Defensorias Públicas, União, Estados, Distrito Federal, Municípios, autarquias, empresas públicas, fundações e sociedade de economia mista também possuem legitimação para realização desse tipo de acordo.

É certo, contudo, que a iniciativa, também no âmbito do Ministério Público, deveria se espalhar, sempre que possível fosse, para a esfera criminal e para as demandas individuais de natureza cível.

Intenso debate doutrinário vem se construindo em torno dos limites à realização da mediação, sendo que a previsão legal insculpido no art. 3º da Lei 13.140/15 estabelece que será possível nos conflitos que versem sobre direitos disponíveis ou mesmo nos direitos indisponíveis que sejam transacionáveis (nesta última hipótese, exigir-se-á a oitiva do Ministério Público e a homologação judicial).

A vexata quaestio reside na definição de quais seriam os direitos indisponíveis transacionáveis e quais seriam os não-transacionáveis. Predomina o entendimento de que os direitos não-transacionáveis devem ser a exceção, restringindo-se aos direitos da personalidade stricto sensu, que caracterizam o núcleo inatingível dos direitos humanos (relacionados a dignidade da pessoa humana), bem como na hipótese em que houver uma norma vedando expressamente aquele tipo de negócio, como ocorre na Lei de Improbidade Administrativa³⁷⁹ (Lei 8.429/92 – art. 17, §1º).

No âmbito criminal, a limitação estaria relacionada a natureza da ação penal, sendo pacífica a plena admissibilidade nos casos de ação penal privada e condicionada à representação (face ao disposto na Lei 9.099/95). Na hipótese de ação penal pública incondicionada, há certa divergência, contudo, a nosso sentir, a melhor interpretação é pela admissão, por possibilitar a resolução de conflitos que muitas vezes antecedem o delito, o que enseja a prevenção de novas infrações penais deles derivadas. Atende-se, assim, aos anseios da justiça restaurativa³⁸⁰.

Insta salientar que a ONU elaborou recomendações para o desenvolvimento da justiça restaurativa nos Estados membros, por meio das Resoluções 1999/26, 2000/14 e 2002/12.

³⁷⁸ RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta: teoria e prática*. 4.ed, Rio de Janeiro: Forense, 2013.

³⁷⁹ Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.
§ 1º É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o *caput*.

³⁸⁰ ZEHR, H. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. Tônia Van Acker (Trad.). São Paulo: Pala Athenas, 2008, p.170-171.

A Justiça Restaurativa objetiva superar o modelo de sistema penal tradicional, que se lastreia na ideia de retribuição, tendo cunho punitivista. Sob essa ótica, o crime é uma violação contra o Estado e seu ordenamento. Para a concepção da Justiça Restaurativa,³⁸¹ o delito atenta contra pessoas e relacionamentos, e sua superação demanda medidas definidas pelas pela vítima, ofensor e comunidade, que são afetados direta e indiretamente pelo conflito.

Segundo a Resolução ONU 2002/12³⁸²:

[...] a justiça restaurativa evolui como uma resposta ao crime que respeita a dignidade e a igualdade das pessoas, constrói o entendimento e promove harmonia social mediante a restauração das vítimas, ofensores e comunidades, focando o fato de que essa abordagem permite que as pessoas afetadas pelo crime possam compartilhar abertamente seus sentimentos e experiências, bem assim seus desejos sobre como atender suas necessidades [...]

Enfatiza-se que:

[...] essa abordagem propicia uma oportunidade para as vítimas obterem reparação, se sentirem mais seguras e poderem superar o problema; permite aos ofensores compreenderem as causas e consequências de seu comportamento e assumir responsabilidade de forma efetiva, bem assim possibilita à comunidade a compreensão das causas subjacentes do crime, para se promover o bem-estar comunitário e a prevenção da criminalidade [...].

Noutro giro, reconhece-se que “[...]a utilização da justiça restaurativa não prejudica o direito público subjetivo dos Estados de processar presumíveis ofensores[...]”. Ainda sob a ótica da referida normativa, cabe trazer os conceitos estabelecidos, sendo que:

Processo restaurativo significa qualquer processo no qual a vítima e o ofensor, e, quando apropriado, quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime, participam ativamente na resolução das questões oriundas do crime, geralmente com a ajuda de um facilitador. Os processos restaurativos podem incluir a mediação, a conciliação, a reunião familiar ou comunitária (*conferencing*) e círculos decisórios (*sentencing circles*).

Relevante, no momento, é assentar que todos os operadores do direito, incluindo-se advogados, defensores públicos, membros do Ministério Público e delegados de polícia, entre outros, deverão estimular a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos, não só ao longo do processo, mas principalmente antes dele.

Essas instituições já deveriam estar disciplinando a realização da mediação pelos seus membros, organizando cursos e reciclagens a fim de preparar seus profissionais para esses

³⁸¹ SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal - O novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2007.

³⁸² Disponível em: <http://www.un.org/en/ecosoc/docs/2002/resolution%202002-12.pdf>, último acesso em 19/09/2016.

novos desafios, como o Judiciário vem fazendo, mas não é o que se tem visto, com algumas notáveis exceções.

Nesse sentido, não podemos deixar de destacar a Resolução nº 118/2014 do Conselho Nacional do Ministério Público, cujos dois primeiros artigos³⁸³ não podemos deixar de mencionar por se amoldarem com perfeição ao que defendemos também para as demais instituições. Os referidos dispositivos instituem a política nacional de incentivo à autocomposição no âmbito do *Parquet*, objetivando assegurar a promoção da justiça e a máxima efetividade dos direitos e interesses que envolvem a atuação da Instituição.

Assim, visando implementar mecanismos de autocomposição, como a negociação, a mediação, a conciliação, o processo restaurativo e as convenções processuais, de forma a possibilitar a disseminação da cultura de pacificação, a redução da litigiosidade, a satisfação social, o empoderamento social e o estímulo de soluções consensuais, determina-se a adequada formação e treinamento, acompanhamento estatístico específico, revisão periódica e o aperfeiçoamento da Política Nacional, bem como a valorização do protagonismo institucional na obtenção de resultados socialmente relevantes que promovam a justiça de modo célere e efetivo.

Iniciativas como a acima descrita são dignas do Estado Democrático de Direito e colaboram para que se alcance a plena cidadania, por facilitar a concretização de direitos e a paz social, devendo ser acolhidas e implementadas por outros órgãos do Estado.

Ab initio, saliente-se que a mediação pela polícia já encontra amparo, inclusive, no campo internacional. Diversas instituições policiais dos Estados Unidos já vêm implementando algum tipo de programa de mediação e, nesse sentido, poderíamos citar Hillsboro (Oregon),

³⁸³ Art. 1º Fica instituída a POLÍTICA NACIONAL DE INCENTIVO À AUTOCOMPOSIÇÃO NO ÂMBITO DO MINISTÉRIO PÚBLICO, com o objetivo de assegurar a promoção da justiça e a máxima efetividade dos direitos e interesses que envolvem a atuação da Instituição.

Parágrafo único. Ao Ministério Público brasileiro incumbe implementar e adotar mecanismos de autocomposição, como a negociação, a mediação, a conciliação, o processo restaurativo e as convenções processuais, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão sobre tais mecanismos.

Art. 2º Na implementação da Política Nacional descrita no artigo 1º, com vista à boa qualidade dos serviços, à disseminação da cultura de pacificação, à redução da litigiosidade, à satisfação social, ao empoderamento social e ao estímulo de soluções consensuais, serão observados:

I – a formação e o treinamento de membros e, no que for cabível, de servidores;

II – o acompanhamento estatístico específico que considere o resultado da atuação institucional na resolução das controvérsias e conflitos para cuja resolução possam contribuir seus membros e servidores;

III – a revisão periódica e o aperfeiçoamento da Política Nacional e dos seus respectivos programas;

IV – a valorização do protagonismo institucional na obtenção de resultados socialmente relevantes que promovam a justiça de modo célere e efetivo.

Pittsburgh (Pensilvânia)³⁸⁴, Denver (Colorado)³⁸⁵, Portland (Oregon), Seattle (Washington) e Pasadena (Califórnia)³⁸⁶. O fenômeno é tema, ainda, de diversos artigos e obras da doutrina estrangeira, como, por exemplo, da autora americana Maria R. Volpe.³⁸⁷

No Brasil, conquanto o novo Código de Processo Civil não ter abarcado em seu art. 3º, §3º a figura do Delegado de Polícia, deixando de lhe atribuir expressamente o dever de estimular a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos, acreditamos piamente que a polícia civil, enquanto órgão estatal, é alcançada pelo mandamento insculpido no art. 3º, §2º, posto ser este dirigido ao Estado.

A inexistência de menção expressa talvez decorra do fato do código ser voltado para o processo civil, contudo, há que se reconhecer que a polícia é o maior receptor de conflitos sociais. E aqui, além de ressaltarmos a interseção existente entre os diferentes ramos do processo, devemos destacar que são muitas as questões cíveis que são apresentadas nas delegacias de polícia (no Rio de Janeiro, são comuns os chamados registros de “fato atípico” ou de “medida assecuratória de direito futuro”), como verdadeiro ato preparatório para o ajuizamento de uma ação cível (frequentemente, sob orientação de advogados ou encaminhamento de defensores públicos).

Como se não bastasse tal fato, a própria Resolução nº 118/2014 do Conselho Nacional do Ministério Público reconhece que

na área penal também existem amplos espaços para a negociação, sendo exemplo o que preveem os artigos 72 e 89, da Lei nº 9.099/1995 (Dispõe sobre

³⁸⁴ COOPER, Christopher C. *Conceptualizing mediation use by patrol police officers*. Washington, 2003. Disponível em: http://www.cjcj.org/uploads/cjcj/documents/conceptualizing_mediation_use_by_patrol_police_officers.pdf - acesso em 18 nov. 2015.

³⁸⁵ PROCTOR, Jon L. Management. ROSENTHAL, Richard. *Denver's Citizen/Police Complaint Mediation Program: A Comprehensive Evaluation*. Disponível em: https://www.denvergov.org/Portals/374/documents/Mediation_Journal_Article_2-24-09.pdf - acesso em 18 nov. 2015.

³⁸⁶ CLARO, Raquel Filipa Soares. *Mediação de Conflitos: estudo de caso na Polícia Municipal do Porto*. Porto, 2012. Disponível em: <http://bdigital.ufp.pt/bitstream/10284/3396/3/T-21605.pdf> - acesso em 18 nov. 2015.

³⁸⁷ VOLPE, Maria R. Mediation in the Future of Policing, <http://www.mediate.com/articles/VolpeFutures.cfm>, May 2015, acesso em 18/11/2015. VOLPE, Maria R. "Police as Conflict Resolvers" in *The Handbook of Conflict Resolution: Theory and Practice* [ed by Morton Deutsch, Peter Coleman and Eric Marcus], 2014. VOLPE, Maria R. "Police and Mediation: Natural, Unimaginable or Both" in *Moving Toward a Just Peace: The Mediation Continuum* [ed by JanFritz] Springer (The Netherlands), 2014. VOLPE, Maria R. "Police Mediation: Research Survey Themes"[with N. Phillips] in *Dispute Resolution:Managing Conflicts in Diverse Contexts*, ed by N. Phillips and S. Strobl, NY: CUNY Dispute Resolution Center, 2006. VOLPE, Maria R. L'uso della mediazione da parte delleforze di polizia [with N. Phillips], in *La mediazione come strumento di intervento sociale*, ed by L.Luison. Milano, Italy: Franco Angeli,2006. VOLPE, Maria R. "Police Mediation" Law Enforcement Encyclopedia, Sage, 2005. VOLPE, Maria R. "Police Use of Mediation" [with N. Phillips] *Conflict Resolution Quarterly*, Winter2003, v. 21, No 2.

os Juizados Cíveis e Criminais), a possível composição do dano por parte do infrator, como forma de obtenção de benefícios legais, prevista na Lei nº 9.605/1998 (Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente), a delação premiada inclusa na Lei nº 8.137/1990, artigo 16, parágrafo único, e Lei nº 8.072/1990, artigo 8º, parágrafo único, e a Lei 9.807/1999, e em tantas outras situações, inclusive atinentes à execução penal [...]

Fato é que, inegavelmente, as delegacias configuram verdadeiros pára-raios de conflitos (os quais são inerentes à condição humana), sendo o primeiro lugar para onde o cidadão envolvido em um embate se dirige, até em virtude da dificuldade em se distinguir entre um simples ilícito civil e um ilícito criminal (muitas vezes, até para os operadores do direito, os limites são tênues).

Assim, disputas familiares, acidentes de trânsito, brigas entre vizinhos, divergências condominiais, problemas conjugais, crises provocadas por um familiar envolvido com álcool ou drogas, desacordos comerciais, lesões ao consumidor, dentre outros exemplos³⁸⁸, frequentemente tomam os saguões das unidades de polícia judiciária, sendo que muitas vezes os envolvidos comparecem espontaneamente buscando dirimir a crise instaurada ante a figura da autoridade policial, ou são conduzidos pela polícia militar com tal fim.

Se no âmbito exclusivamente cível já haveria um campo fértil para os delegados de polícia mediar conflitos, quiçá na esfera criminal. Parcela extremamente significativa dos crimes que são noticiados nas delegacias são de ação penal privada ou de ação penal pública condicionada, sendo possível a solução consensual, sendo que dentre os crimes de ação penal pública incondicionada, nos quais, em tese, seria incabível a composição, muitos são infrações de menor potencial ofensivo, e é cediço que muitos Juizados Especiais Criminais (JECrim's) vêm a obrigatoriedade da ação penal de forma mitigada nos casos em que já houve a pacificação do conflito.

Merecem citação algumas infrações penais que, sob essa ótica, possibilitariam que o delegado de polícia buscasse mediar o conflito, submetendo eventual acordo obtido a posterior homologação judicial (com prévia oitiva do Parquet): Ameaça (art. 147 do CP), Lesão Corporal Leve (art. 129 do CP), Dano (art. 163 do CP), Calúnia (art. 138 do CP), Difamação (art. 139 do CP), Injúria (art. 140 do CP), Esbulho possessório (art. 161 do CP), Lesão Corporal na Direção de Veículo Automotor (art. 303 do CTB), Vias de Fato (art. 21 da LCP), Perturbação do Sossego (art. 42 da LCP), Perturbação da tranquilidade (art. 65 da LCP), bem como os crimes contra o

³⁸⁸ SPENGLER, Fabiana Marion; GIMENEZ, Charlise P. Colet. *O resgate da comunidade e o papel da mediação comunitária na sociedade globalizada e individualista*. In: Spengler, Fabiana Marion (Org.). *Mediação de Conflitos e Justiça Restaurativa*. Curitiba: Multideia, 2013.

patrimônio cometidos em prejuízo do cônjuge desquitado ou judicialmente separado, de irmão e de tio ou sobrinho, com quem o agente coabita (ar. 182 do CP), entre outros[...].

No mesmo sentido, pelas características que envolvem a relação entre autor e vítima nos crimes em que é aplicada a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06), a mediação também encontra ampla aplicação. Ressalte-se que não ignoramos que o crime de violência doméstica, inculcado no art. 129, §9º do CP, quando resultante de violência doméstica contra a mulher, é considerado pelos tribunais superiores como de ação penal pública incondicionada, contudo, o delito de ameaça, por exemplo, continua sujeito à representação, bem como os crimes contra honra, cuja ação permanece sendo privada, possibilitando a mediação.

No tocante aos crimes de ação penal pública incondicionada, a efetiva pacificação do conflito, independente da aplicação de pena que se seguirá, já é por si só razão suficiente para o uso da mediação na busca pela harmonia social. Com efeito, logra-se impedir que novos crimes derivem da desavença inicial.

O êxito dessa iniciativa pode ser multiplicado caso o legislador venha a prever instrumentos que flexibilizem a pena à luz da pacificação social. Nesse sentido, o art. 4º da Lei 12.850/13³⁸⁹ possibilitou que o juiz, a requerimento das partes, conceda o perdão judicial, reduza em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substitua-a por restritiva de direitos, quando ocorrer a chamada “colaboração premiada” de investigado envolvido com organização criminosa. Por que não estabelecer dispositivo similar para hipótese em que houver a efetiva pacificação do conflito entre vítima e acusado? Assim como ocorre na referida colaboração, propugnamos pela possibilidade de acordo restaurativo, que ocorrerá mediante

³⁸⁹ Art. 4o O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

...

§ 1o Em qualquer caso, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração.

§ 2o Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).

§ 3o O prazo para oferecimento de denúncia ou o processo, relativos ao colaborador, poderá ser suspenso por até 6 (seis) meses, prorrogáveis por igual período, até que sejam cumpridas as medidas de colaboração, suspendendo-se o respectivo prazo prescricional.

§ 4o Nas mesmas hipóteses do caput, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador:

I - não for o líder da organização criminosa;

II - for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo.

§ 5o Se a colaboração for posterior à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos.

...

mediação do delegado de polícia, envolvendo o investigado e a vítima, com participação do defensor e do Ministério Público, ou, conforme o caso, diretamente pelo Parquet. Rogamos que o legislador em breve empreenda iniciativa com tal diretriz.

O delegado de polícia, *in casu*, pode assumir tanto a figura do mediador quanto a de conciliador, sendo que, em muitos casos, a figura de autoridade, isto é, de um terceiro isento, é justamente o que falta para superação dos enfrentamentos e das picuinhas que costumam envolver certos conflitos, possibilitando o início do diálogo e a resolução consensual.

Dessa forma, evidente que os policiais e, em especial os delegados, já exercem, ainda que de maneira precária ou informal, a função, sob certo aspecto, de mediadores. Imperioso nos parece, contudo, que tal papel, à luz do novo Código, seja institucionalmente assumido e fomentado, buscando se qualificar o contingente policial para tal atuação, através de cursos e reciclagens.

A mediação pode e deve ser iniciada nas delegacias, inclusive, por ser comum que ambas as partes estejam presentes no momento em que vai ser confeccionado o registro de ocorrência, seja por terem comparecido espontaneamente, seja por terem sido conduzidas.

Hoje, muitas vezes, apenas se faz a oitiva em separado dos envolvidos, limitando-se a questionar se há ou não o desejo de representar. Contudo, há que se passar a buscar mediar o conflito ou conciliar as partes, evitando a contenda e alcançando uma efetiva pacificação. Interessante medida seria a criação de salas de mediação nas delegacias de polícia (e por que não nas promotorias de investigação penal, defensorias e escritórios de advocacia), maximizando a mediação extrajudicial e possibilitando a resolução consensual antes mesmo de deflagrado o processo jurisdicional.

Pioneira iniciativa nesse sentido foi realizada pela Polícia Civil de São Paulo, antes mesmo do advento do CPC/2015, merecendo nossos aplausos. Trata-se da criação dos chamados “Núcleos Especiais Criminais” (“NECRIM’s”), sendo que o primeiro foi instalado no ano de 2010 na região de Bauru, e hoje já são pelo menos 38 em funcionamento no Estado³⁹⁰.

Os núcleos implantados destinam-se a mediação de conflitos relacionados a crimes de menor potencial ofensivo, realizando-se sessões presididas por um delegado de polícia, auxiliado por uma equipe vocacionada e habilitada, nas quais as partes são chamadas para se

³⁹⁰ Notícia divulgada no Portal da Polícia Civil de São Paulo. Disponível em: <http://www.policiacivil.sp.gov.br/portal/faces/pages_noticias/noticiasDetalhes?collectionId=358412565221004698&contentId=UCM_017851&_afLoop=489803737221617&_afWindowMode=0&_afWindowId=null#!%40%40%3F_afWindowId%3Dnull%26collectionId%3D358412565221004698%26_afLoop%3D489803737221617%26contentId%3DUCM_017851%26_afWindowMode%3D0%26_adf.ctrl-state%3Dclvhp4cif_199>. Acesso em: 17 nov. 2015.

buscar a resolução consensual do conflito, isto é, um acordo, que uma vez obtido, é encaminhado ao Judiciário para homologação (com a prévia oitiva do Ministério Público).

Dessa forma, os NECRIM's desafogam o Poder Judiciário, ao mesmo tempo em que agilizam a resolução dos conflitos, contribuindo sobremaneira para a efetiva pacificação social. Segundo dados da Secretaria de Segurança Pública de São Paulo, somente no 1º semestre de 2015, foram realizadas 8.863 audiências, com 7.891 conciliações (89% das audiências com acordos), enquanto que em 2014, logrou-se atingir 91% de casos solucionados (19.405 audiências, com 17.585 conciliações)³⁹¹. Cria-se, portanto, a figura do Delegado de Polícia Conciliador, capaz de solver os conflitos da população de forma célere, o que não acontece quando as partes procuram o Poder Judiciário, devido à grande quantidade de processos³⁹².

Ressaltando a relevância da mediação levada a efeito pelos delegados de polícia nesses núcleos, cabe trazer à baila as assertivas de Clovis Rodrigues da Costa³⁹³:

O exercício da prática de Polícia Judiciária Comunitária, mediante conciliações preliminares, promovidas pelo Delegado de Polícia entre as partes envolvidas nas práticas de delitos de menor potencial ofensivo, formalizando o correspondente termo, que será submetido a apreciação do Ministério Público e do Poder Judiciário, trata-se de uma importante contribuição jurídico-social da Polícia Civil, para amenizar a lacuna existente entre o ideal que norteou a elaboração da Lei nº 9.099/95 e a realidade da sua aplicação no que tange aos princípios da celeridade e economia processual. Essa atuação comunitária da Polícia Civil, carregada de um caráter social inerente aos atendimentos prestados em uma Delegacia de Polícia possibilitará a redução do crescente volume de feitos dos cartórios dos fóruns (JECRIM), o que refletirá diretamente sobre a tempestividade da prestação jurisdicional, resgatando não apenas a sensação subjetiva de segurança do cidadão, mas principalmente o seu sentimento de realização da justiça, outrossim, fará valer a tão sonhada prestação jurisdicional baseada na celeridade e oralidade enunciadas na Lei 9.099/95. Vale ressaltar que a prestação da atividade Policial, sobretudo a prestada nos plantões tem características sociais importantes, pois, mais do que apenas elaborar Boletins de Ocorrência, é possível observar que muitos problemas são e podem ser solucionados através da correta orientação prestadas as pessoas e as partes envolvidas.³⁹⁴

³⁹¹ Notícia divulgada no Portal da Secretaria de Segurança Pública de São Paulo. Disponível em: <<http://www.ssp.sp.gov.br/noticia/lenoticia.aspx?id=36473>>, acesso em: 17 nov. 2015.

³⁹² ANGERAMI, Ana Carolina. *Núcleo Especial Criminal – Necrim - Atuação da Polícia Civil na Resolução de Conflitos*. Disponível em: <<http://carolangerami.jusbrasil.com.br/artigos/140495082/nucleo-especial-criminal-necrim>>. Acesso em: 17 nov. 2015.

³⁹³ COSTA, Clóvis Rodrigues Da. *Projeto: Prática de Polícia Judiciária Comunitária*. São Paulo, 2009, p.1.

³⁹⁴ SANCHES, Caio Afonso Laforga; CHINELLATO, Thiago. *NECRIM- O Mais Novo Instrumento Alternativo de Solução de Conflitos*. Universo Jurídico, Juiz de Fora, ano XI, 29 de jan. de 2013. Disponível em: <http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/8991/necrim_o_mais_novo_instrumento_alternativo_de_solucao_de_conflitos>. Acesso em: 17 nov. 2015.

A iniciativa foi tão bem recepcionada em São Paulo, que mereceu entusiasmados elogios do jurista Luiz Flávio Gomes³⁹⁵:

Se alguém quiser conhecer uma polícia conciliadora de primeiro mundo já não é preciso ir ao Canadá, Finlândia, Noruega, Dinamarca ou Suécia. Basta ir a Bauru, Lins, Marília, Tupã, Assis, Jaú e Ourinhos (todas no Estado de São Paulo). Necrim significa Núcleos Especiais Criminais. Pertencem à Polícia Civil do Estado de São Paulo. Paralelamente à função judiciária, foram instalados vários Necrim nas cidades mencionadas. É uma revolução no campo da resolução dos conflitos penais relacionados com os juizados especiais criminais.

Por meio da conciliação estão sendo resolvidos muitos conflitos. Que essa iniciativa pioneira e alvissareira (para além de humanista e sensata) se espalhe por todo país, o mais pronto possível, até se chegar a uma nova carreira (ou uma fase inicial da carreira) dentro da polícia civil: delegado de polícia conciliador. O ser humano jamais entenderá seu semelhante enquanto não se debruçar sobre seus problemas. “Se você não é parte da solução [dos problemas humanos], então é parte do problema” (Eldridge Cleaver, americano, ativista).

Destaque-se, ainda, que a Polícia Civil de Minas Gerais vem desenvolvendo programa semelhante, denominado “Projeto Mediar”, obtendo também grande sucesso. Imperioso que a iniciativa se dissemine por todo o Brasil, contribuindo para o desenvolvimento da cidadania e empoderamento individual, além de concretizar a determinação do CPC/2015 e aliviar o Poder Judiciário.

As proposições aqui esposadas, por razões óbvias, se aplicam integralmente à Polícia Federal, que comunga da mesma missão social e dispõe de aparato e realidade análoga. Por oportuno, tendo em vista a realidade carioca, não podemos deixar de registrar que acreditamos que a mediação deve ser incentivada também no âmbito da Polícia Militar, em especial nas Unidades de Polícia Pacificadora, sendo adequada ao ideal de polícia comunitária que tanto se almeja implantar. Nesse sentido, gize-se que duplas de policiais capacitadas para a mediação atuaram com extremo sucesso em algumas das comunidades, denotando a necessidade de fomento e expansão do projeto³⁹⁶.

Como é cediço por aqueles que atuam na área, tais comunidades já foram de tal maneira dominadas pelo Tráfico de Drogas que a população ali residente chegou a estar à margem do Estado de Direito, e se acostumou a ter seus conflitos solucionados de maneira imediata, ainda que pela tirania dos traficantes. Assim, observa-se certa impaciência e insatisfação com a

³⁹⁵ GOMES, Luis Flavio. *Necrim: polícia conciliadora de primeiro mundo*. Disponível em: <<http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121931299/necrim-policia-conciliadora-de-primeiro-mundo>>. Acesso em: 17 nov. 2015.

³⁹⁶ MOURÃO, Bárbara Msumeci; STROZENBERG, Pedro. *Mediação de conflitos nas UPP'S: Notícias de uma experiência*. Rio de Janeiro: Cesec, 2016.

morosidade do processo jurisdicional, de maneira que a mediação, ao ser realizada pela polícia, pode permitir uma salutar aproximação dos moradores com a figura do policial, contribuindo para integração e efetiva pacificação da comunidade. As soluções construídas, por sua própria natureza, tendem a ser mais facilmente aplicadas e a gerar maior satisfação para todos os envolvidos, sendo por tal razão, muitas vezes preferíveis.

Há que se registrar que, sem embargo de toda a efetividade e vantagens trazidas pela mediação judicial, não se pode esperar que esta seja uma panaceia para os males da prestação jurisdicional.

Nesse cenário, demanda-se a cooperação dos demais órgãos do Estado com o Poder Judiciário, compartilhando-se a missão de pacificação dos conflitos, de forma que o processo jurisdicional deve se tornar o último recurso, e não a única forma de solução de um litígio. Ao invés de todos os caminhos levarem ao judiciário, este deve passar a ser apenas mais um deles.

O processo deve, portanto, ser a *ultima ratio* do conflito. Nesse sentido, defendemos que a mediação extrajudicial deve preponderar e ser incentivada pelo Estado, através de seus órgãos, nos termos do art. 3º, §2º do CPC/2015, sendo instrumento de efetiva pacificação social e resolução de litígios, capaz de evitar a excessiva judicialização que impera atualmente, tornando assim, a mediação judicial residual.

Como bem salientado na Resolução nº 118/2014 do Conselho Nacional do Ministério Público, *o acesso à Justiça é direito e garantia fundamental da sociedade e do indivíduo e abrange o acesso ao Judiciário, mas vai além para incorporar, também, o direito de acesso a outros mecanismos e meios autocompositivos de resolução dos conflitos e controvérsias. A adoção de mecanismos de autocomposição pacífica dos conflitos, controvérsias e problemas é uma tendência mundial, decorrente da evolução da cultura de participação, do diálogo e do consenso.*

O Brasil vive um momento de renovação no processo, implementada através da elaboração de um novo Código de Processo Civil e de novas leis processuais, passando a albergar um modelo verdadeiramente democrático, no qual as partes são chamadas a atuar em colaboração junto com o juiz, ajudando, a ele e a si próprias, a alcançar um resultado final que seja justo, tempestivo e o mais satisfatório possível para todos.

Imperiosa a renovação das demais instituições, adequando-se a contemporaneidade e ao Estado Democrático de Direito, inserindo-se a mediação e a conciliação em suas realidades, enquanto instrumentos que incentivam o diálogo e a colaboração das partes, verdadeiras formas de empoderamento, demandando-se para tal fim, que se inicie com urgência, a partir das suas

cúpulas, um movimento centrífugo que busque disseminar a cultura da solução consensual dos conflitos.

Há que se reconhecer ser necessário muito mais que a simples edição de novas normas e códigos para atingir tal desiderato, sob pena de nos limitarmos a uma visão romântica, quiçá utópica da democracia contemporânea.

Fundamental, portanto, uma verdadeira transformação cultural através da educação e conscientização da população, para que os principais atores, quais sejam, as pessoas, atuem imbuídos desse espírito, visando concretizar os preceitos de nossa Constituição Cidadã.

Os primeiros passos para a concretização dessa nova realidade já foram dados e as ferramentas adequadas estão à disposição. Cabe, portanto, aos operadores do direito e cidadãos, construir de forma efetiva o amanhã que desejam. Como certa vez disse Mahatma Gandhi: “O futuro dependerá daquilo que fazemos no presente. ”

CONCLUSÃO

Buscou-se, ao longo deste trabalho, analisar, sob a perspectiva da constitucionalização do ordenamento, o redimensionamento dos princípios processuais, em especial o contraditório, a partir do advento do Código de Processo Civil de 2015 e as transformações que tal fenômeno deverá acarretar no processo penal.

Com tal intuito, fez-se imperioso observar, em um primeiro momento, a efetiva constitucionalização do processo, com a consagração pela Carta Magna de uma série de direitos e garantias de cunho processual. Como consequência, de plano já foi necessário um processo de filtragem constitucional dos dispositivos existentes, acarretando o reconhecimento da não-recepção de muitos deles. No entanto, a influência axiológica da Constituição vai além desse primeiro momento, se perpetuando no tempo e impondo uma nova conformação ao processo, seja através de reformas legais ou da interpretação dos Tribunais. Assim, verifica-se um permanente aprimoramento dos institutos processuais, que numa lenta marcha progridem em direção ao alinhamento com o Estado Democrático de Direito pleno. Trata-se da busca por um “processo justo”, que concilie a efetividade e a duração razoável com o devido processo e o contraditório participativo, isto é, que se assente no arcabouço garantístico preconizado pela CRFB/88.

Nesse cenário, o Código de Processo Penal, datado de 1941, já atravessou algumas Constituições (além de uma ditadura e a redemocratização) e um infindável número de reformas legislativas, cada uma delas balizada pelo espírito de seu tempo, o que culminou num diploma que pode ser intitulado como uma *Quimera*³⁹⁷, já que cada trecho parece proveniente de uma ordem jurídica diferente (remetendo a figura mitológica composta por membros de diferentes animais). O Código de Processo Civil/73, comparado ao CPP, era um simples *Frankestein*³⁹⁸, já que embora também tenha sido mutilado e tornado uma colcha de retalhos pelas alterações legislativas e jurisprudenciais, ainda tinha uma essência comum em seus fragmentos (o que nos leva a figura literária de Mary Shelley, constituída por membros humanos). Evidente, portanto, a necessidade da edição de novos códigos, adequados ao tempo presente e ao Estado

³⁹⁷ Criatura mitológica com cabeça e corpo de leão, com duas cabeças anexas, uma de cabra e outra de dragão, cauda de serpente e asas). BULFINCH, Thomas. *O Livro de Ouro da Mitologia – Histórias de Deuses e Heróis*. 12 ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000. Págs. 152/155.

³⁹⁸ SHELLEY, Mary. GOETTEMS, Doris (tradutor). *Frankenstein*. Ed. Landmark, 2016.

Democrático de Direito. Entretanto, apesar de existir um projeto (PL 56/2009³⁹⁹), este permanece adormecido no Congresso.

Noutro giro, contudo, em março de 2015, foi promulgado o novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/15). Desenvolvido à luz dos valores propalados pela Constituição, assentou, logo em seu início, as normas fundamentais do processo, desenvolvendo e fortalecendo os direitos e garantias fundamentais. Consubstancia a nossa maturidade jurídica, já que não importa institutos, seja da família da *civil law* ou da *common law*, mas se inspira em ideias de cada uma delas e em nossa própria experiência, transmutando-as em uma concepção genuinamente brasileira de processo e justiça, adequada à nossa realidade. Por tal razão, qualificamos o CPC/2015 como um diploma antropofágico⁴⁰⁰, em alusão ao movimento modernista que marcou nossa literatura, e que, numa crítica a dependência cultural brasileira, preconizava a absorção das influências europeia e americana com a conseqüente construção de uma erudição nacional, resgatando a crença tupinambá de que ao devorarem os inimigos em um ritual, incorporavam suas maiores virtudes.

O paradigma processual que emerge desse Código vanguardista lastreia-se nas garantias, princípios e regras constitucionais que garantem a legitimidade das decisões e a efetividade da tutela jurisdicional, coadunando-se ao Estado Democrático de Direito. Um desses princípios, entretanto, é redimensionado e alçado a traço distintivo desse modelo policêntrico e democrático de processo. Trata-se do contraditório participativo.

Não obstante tenha sido consagrado por sucessivos diplomas e pela própria Constituição Federal de 1988, o contraditório ainda não havia encontrado seus contornos definitivos, já que, em sua configuração tradicional, se esgotava na simples necessidade de ciência bilateral dos atos do processo e na possibilidade de manifestação a seu respeito. O Supremo Tribunal Federal (STF) e o próprio Superior Tribunal de Justiça (STJ) já vinham ampliando seu relevo antes mesmo da edição e vigência do CPC/2015. A partir de agora, no entanto, torna-se imperioso reconhecer a expansão da concepção de contraditório (agora denominado “participativo”), que passa a abranger, num modelo dialético de processo, não só a necessidade de diálogo e cooperação em prol de uma decisão em tempo razoável, mas também a vedação à surpresa, o direito de influência, o dever de fundamentação (agora avultado), como também o próprio

³⁹⁹ Andamento disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/89655>, último acesso em 20 dez. 16.

⁴⁰⁰ LIMA, Bruna Della Torre de Carvalho. *Vanguarda do Atraso ou Atraso da Vanguarda?* Oswald de Andrade e os teimosos destinos do Brasil. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Departamento de Antropologia da Universidade de São Paulo, 2012. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8134/tde-11032013-122116/pt-br.php>, último acesso em 22/01/2017.

incentivo a resolução consensual dos conflitos. O cidadão não é mais enredado pelo processo, como no drama kafkiano⁴⁰¹, mas sim seu ativo participante.

Esse ideal de “processo justo” deve resultar da convergência normativa da CRFB/88 com os códigos de processo, em que as normas processuais constitucionais constituem o núcleo ou tronco do sistema processual e os dispositivos infraconstitucionais, tanto de processo civil quanto de processo penal, gravitam em seu entorno, como ramos que florescem de uma árvore. Entretanto, por força da condição vetusta e quimérica de nosso CPP, podemos vislumbrá-lo como galhos antigos e retorcidos da árvore processual, enquanto o CPC/2015, por ser um rebento democrático e plural, são os ramos novos que enchem de vida a copa processual. Destaque-se, ainda, que por este último abranger as normas processuais fundamentais, que devem nortear todos os ramos, poderíamos entrevê-lo na confluência entre tronco e copa, dando azo a ideia de que alicerça todos os ramos.

Nesse diapasão, as normas fundamentais do processo, ainda que formalmente inseridas no CPC/2015, balizam um paradigma democrático e integram a mesma árvore processual⁴⁰², razão pela qual se aplicam de forma solar ao processo penal. Como se não bastasse, consoante a “teoria do diálogo das fontes”, propagada por Cláudia Lima Marques⁴⁰³ e originalmente desenvolvida por Erik Jayme⁴⁰⁴, as normas não mais necessariamente se excluem ou revogam, cabendo aos operadores do direito coordenarem-nas à luz dos valores constitucionais e dos direitos humanos ou fundamentais, possibilitando influências recíprocas entre diplomas diversos (por exemplo o CPC/2015 e o CPP), bem como a aplicação conjunta de duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente (o que é corroborado pelo disposto no art. 3º do CPP e no art. 15 do CPC/2015). Assim, o processo, passa a ser verdadeiro instrumento de realização dos valores da pessoa humana, cabendo ao magistrado, enquanto garantidor dos direitos fundamentais e gestor do processo, assegurar, também no processo penal, o contraditório na vertente participativa, por ser este traço distintivo do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, diversos precedentes colacionados

⁴⁰¹ KAFKA, Franz. *O Processo*. Tradução: M. Carone. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

⁴⁰² Ver, por todos, TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione: Problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Giuffrè, 1974.

⁴⁰³ MARQUES, Cláudia Lima. O “Diálogo das Fontes” como método da nova teoria geral do Direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Cláudia Lima. *Diálogo das Fontes do Conflito à Coordenação de Normas no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.18-19.

⁴⁰⁴ JAYME, Erik. Direito Internacional e privado e cultura pós-moderna. In: *Cadernos do PPGD/UFRGS* 1, n. 1, p. 59-68, mar. 2003, p. 109.

demonstram que a tese aqui esposada vem ganhando força na jurisprudência dos Tribunais Superiores.

E se já existem dificuldades em coadunar nosso vetusto processo penal como um todo ao paradigma constitucional, estas se multiplicam quando nos debruçamos especificamente sobre a fase pré-processual, já que ainda há uma arraigada discrepância ideológica e principiológica entre esta etapa e o processo criminal *stricto sensu*, como se a investigação pudesse permanecer autoritária mesmo sob a égide da Constituição de 1988⁴⁰⁵. Assim, o CPC/2015, além de conferir uma sobrevida democrática ao CPP, através do diálogo das fontes, ainda permite que se lance luz sobre o procedimento investigativo, que remanesce em um limbo doutrinário apesar de sua inegável relevância na persecução criminal.

Considerando que o inquérito policial tem natureza administrativa, enfrentamos, por oportuno a oscilação jurisprudencial em relação ao reconhecimento do direito fundamental ao contraditório em relação aos procedimentos administrativos, não obstante a Constituição Federal de 1988 impor expressamente sua observância também nos processos administrativos. Assim, examinamos as súmulas nº 03, 05 e 14, sustentando que deve prevalecer a interpretação que confere a máxima efetividade à garantia constitucional dentro das reais possibilidades estatais, de maneira que apontamos a concepção de “contraditório possível” como corolário do “contraditório participativo” que exsurge do redimensionamento dado pelo CPC/2015 a garantia constitucional insculpida na CRFB/88. Nesse diapasão, preconizamos que sempre que um procedimento administrativo provocar efeitos na esfera jurídica de um cidadão deverá ser possibilitada sua manifestação, como forma de legitimação democrática da decisão final, excetuadas as hipóteses em que essa oportunização acarrete prejuízo substancial ao procedimento administrativo ou à própria Administração enquanto gestora dos interesses coletivos.

Curiosamente, a jurisprudência se consolidou quanto a necessidade de se assegurar o direito de defesa, a ser realizado por advogado constituído ou defensor público nomeado, em procedimento administrativo para o reconhecimento da prática de falta disciplinar no âmbito da execução penal, mas não exige nem mesmo que se faculte a manifestação da defesa nos procedimentos investigativos como o inquérito policial. Como é cediço, este pode culminar com o indiciamento, que apesar de não produzir qualquer consequência jurídica relevante (já que a formação da opinio delicti do membro do Parquet é livre), configura inegável mácula no plano fático e social. O procedimento investigatório também deve se adequar aos tempos

⁴⁰⁵ QUEIROZ, DAVID. *A permeabilidade do processo penal*. Florianópolis: Ed. Emporio do Direito, 2017, p.14.

democráticos, passando por necessárias transformações que englobam, como corolário do contraditório participativo, a necessidade de se maximizar a participação dos investigados, dentro das possibilidades, afinando-se a uma concepção de polícia comunitária.

Trata-se, novamente, do “contraditório possível”. Ao longo de todo o inquérito policial ou procedimento análogo há que se admitir a manifestação de investigado e, em especial antes do indiciamento, deve ser oportunizada a apresentação de defesa, desde que, é claro, tal abertura não comprometa o desenvolvimento ou efetividade das investigações. A adoção do contraditório possível evita indiciamentos e denúncias equivocadas, isto é, “injustiças” que podem culminar com ampla cobertura midiática e desastrosas consequências sociais para um indivíduo, quando este disporia de elementos ou provas suficientes para demonstrar, de imediato, sua inocência. A absolvição, em tais hipóteses, não retroage e apaga as imagens que foram estampadas nos jornais nem a reprovação injustificada da comunidade, incluindo-se aí vizinhos, amigos e familiares. Ante o exposto, na hipótese do inquérito policial, sustentamos incumbir ao Delegado que o presidir, no momento que precede indiciamento, notificar o investigado, concedendo-lhe prazo razoável para, se assim desejar, constituir defensor Público ou advogado e se manifestar quanto ao possível indiciamento pelo crime vislumbrado. Ressalte-se que essa defesa poderá influenciar no convencimento da autoridade policial, mas também do membro do ministério público, que poderá ler as alegações da defesa antes de formar *opinio delicti* e denunciar o acusado, bem como do juiz, em relação a decisão de recebimento ou rejeição da denúncia, evitando-se, assim, um sem-número de acusações infundadas, que só poderiam ser refutadas já com um processo criminal em curso, ao mesmo tempo em que legitima as decisões proferidas. Evidencia-se, portanto, que o acolhimento da ideia de contraditório possível configura verdadeira garantia do cidadão contra o arbítrio investigatório no Estado Democrático de Direito.

Na mesma esteira de ideias, criticamos a existência de dois processos penais, um para os mais abastados (que gozam da assistência por um advogado durante o inquérito policial e a lavratura de auto de prisão em flagrante) e outro para os miseráveis (que, em regra, são assistidos apenas após estarem presos ou ter sido denunciados), o que viola o espírito da Constituição e os valores por ela propalados numa afronta direta ao princípio da isonomia. Por tal razão, defendemos também a viabilização de um “contraditório possível” durante a lavratura de auto de prisão em flagrante, propugnando que se entenda necessário que o delegado de polícia dê ciência à Defensoria Pública no momento que antecede a apreciação da situação flagrancial, facultando-se, ao menos, contato telefônico entre conduzido e defensor, para que receba uma mínima orientação, equiparando-o minimamente ao indivíduo que dispõe de

advogados que o acompanham no referido ato. Assim como a proposta anterior, esta permite que se consiga esclarecer situações de suposta tipicidade, impedindo a desgraça do encarceramento.

Os males da prisão, noutro giro, já foram mitigados pela adoção das “audiências de custódia”, cuja implementação consistiu em mais um degrau na viabilização de um contraditório mais efetivo. Todavia, dentro do modelo constitucional de processo e da concepção de contraditório participativo aqui adotados, em que a cooperação, boa-fé e paridade de armas são pressupostos, não pudemos deixar de manifestar nosso inconformismo com a normativa do CNJ (no art. 8º, §2º da Resolução nº 213 do CNJ) que determina que as declarações realizadas pelo preso na mencionada audiência não acompanham o processo, havendo norma estadual que inclusive impõe o termo seja lacrado e mantido em separado, uma vez que até mesmo os elementos informativos colhidos na investigação (art. 155 do CPP), que podem ocorrer sem qualquer orientação da defesa e participação do Ministério Público, acompanham os autos e podem contribuir para o convencimento do magistrado. Ademais, a Constituição impõe a publicidade dos atos processuais (art. 5º, LX da CRFB/88) e a fundamentação das decisões é uma exigência para serem legítimas em um Estado Democrático, o que notabiliza a afronta da citada previsão ao paradigma constitucional. Como pode haver controle ou legitimidade de uma decisão que pode ser fundamentada numa manifestação sigilosa? Postulamos, frente ao exposto, a reforma do dispositivo insculpido no art. 8º, §2º da Resolução nº 213 do CNJ.

A Constituição Federal de 1988 assegura a razoável duração do processo a todos, no âmbito judicial e administrativo, arrolando-a como direito fundamental, nos termos do inciso LXXVIII do art. 5º, o que abrange os procedimentos investigativos. Nesse diapasão, há um enorme passivo nos cartórios policiais, em que não há qualquer expectativa de realização de diligência útil, mas por não terem os crimes apurados sido fulminados pela prescrição, prosseguem tramitando entre a polícia, judiciário e ministério público, ou, dependendo do Estado, diretamente entre polícia e ministério público. Por si só, tal situação já viola princípios norteadores da Administração Pública como a moralidade e a eficiência ao implicar em custos substanciais com transporte que são absolutamente desnecessários, mas pode se revestir de gravidade ainda maior quando envolver a figura de um investigado, ainda que não tenha sido formalmente indiciado, já que figurar como objeto de investigação é uma mácula para a reputação de qualquer um. Em tais hipóteses, em que os atos investigatórios já cessaram há longo tempo, e o inquérito policial remanesce tramitando através de incessantes pedidos e deferimentos de dilação de prazo, exsurge a violação à duração razoável do procedimento e à

indissociável ofensa à dignidade da pessoa humana, possibilitando, a nosso sentir, o seu “trancamento” através da impetração de mandado de segurança (ou habeas corpus).

Por fim, o CPC/2015 fomenta a mediação extrajudicial, como forma de minimização do número de processos e consequente qualificação da prestação da tutela jurisdicional nos conflitos que não comportarem composição. Também no processo penal, dentro de uma concepção de justiça restaurativa, deve ser incentivada a resolução consensual dos conflitos, em especial nos crimes de ação penal privada e ação penal pública condicionada, nos quais a deflagração da ação penal depende da iniciativa da vítima. Diante de tal premissa, preconizamos que todos os operadores do direito, também na seara penal, devem buscar mediar os conflitos, inclusive, como forma de prevenção de novos crimes. Além de ensejar uma efetiva pacificação social e contribuir para uma aproximação institucional com a comunidade, a resolução consensual preserva o Poder Judiciário de processos que sequer precisariam ter sido iniciados.

Nesse cenário, a polícia pode alcançar maior protagonismo uma vez que grande parte dos conflitos ocorridos termina no saguão das unidades de polícia judiciária, mesmo quando se trata de ilícitos civis. O delegado de polícia, que muitas vezes já exerce, ainda que de forma precária ou informal, a função de mediador ou conciliador, deve assumir, mediante controle externo do Parquet e homologação pelo Judiciário, de vez esse papel de relevo, coordenando o diálogo entre os litigantes e contribuindo para superação dos embates, de forma a alcançar o consenso. Evita-se, assim, o estigmatizante, custoso e trágico processo penal. Se antes essa atuação, que tanto pode contribuir para o florescimento de uma polícia mais plural e próxima da sociedade, era inibida pela falta de previsão legal, agora é fomentada pelo CPC/2015 e pela Lei 13.140/15, aplicando-se, pelo diálogo das fontes ao processo penal.

Como demonstrado ao longo dessa dissertação e das propostas realizadas, o CPC/2015 configura pedra fundamental para concretização de um processo verdadeiramente democrático, não havendo qualquer dúvida de que as suas normas fundamentais são aplicáveis a todos os ramos processuais, incluindo-se aí o processo penal. Todavia, a simples edição de novas leis e Códigos não é suficiente para alterar a realidade, sob pena de termos uma visão romântica, quiçá utópica do processo. Apenas uma revolução cultural e ética pode suplantar os resquícios autoritários que amesquinham, em especial, a fase pré-processual. Nelson Mandela afirmou que “a esperança é uma arma poderosa e nenhum poder no mundo pode nos privar dela”⁴⁰⁶. O próximo passo a ser dado na efetivação das garantias aqui preconizadas incumbe a nós, operadores do direito, e há de ser dado.

⁴⁰⁶ Fragmento de carta para Winnie Mandela, escrita na prisão de Robben Island, em 23 de junho de 1969.

REFERÊNCIAS

- ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Instituciones de derecho procesal penal I*. Madrid: Gráficas Encinas, 1979.
- ASSIS, Araken. *Processo Civil Brasileiro*, v. II, Tomos 1 e 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.
- BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.
- BADARÓ, Gustavo. LOPES JR., Aury. *Direito ao processo penal no prazo razoável*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- _____. *Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A justiça no limiar de novo século. In: *Temas de direito processual, quinta série*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- _____. A Justiça e nós. In: *Temas de direito processual, sexta série*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- _____. Convenção das partes sobre matéria processual. In: *Temas de direito processual, terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984.
- _____. A função social do Processo Civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. In: *Temas de direito de processual, quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1984.
- _____. Duelo e processo. In: *Temas de Direito Processual, oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- _____. O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo. In: *Temas de direito processual, nova série*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- _____. O futuro da justiça: alguns mitos. In: *Temas de direito processual, nona série*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. Miradas sobre o processo civil contemporâneo. In: *Temas de direito processual, sexta série*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- _____. Novos rumos do processo civil brasileiro. In: *Temas de direito processual, sexta série*. São Paulo: Saraiva, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo — os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 4. ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. *O devido processo legal nas causas repetitivas*. Disponível em Acesso em 15 de maio de 2011.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997.

BASTOS, Marcelo Lessa. A prova como realização do direito das partes e o papel do juiz numa teoria geral do processo. In: BASTOS, Marcelo Lessa (Org.). *Tributo a Afrânio Silva Jardim — Estudos e Escritos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v. 1.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BEDÊ JR., Américo. Repercussões em matéria probatória do novo CPC no processo penal brasileiro. In: DIDIER JUNIOR, Fred (Coord.); CABRAL, Antonio do Passo. PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schiatti (Org.); *Coleção Repercussões do Novo CPC: Processo Penal*. Salvador: Juspodivm, 2016.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRÊTAS, Ronaldo. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

BULFINCH, Thomas. *O Livro de Ouro da Mitologia — Histórias de Deuses e Heróis*. 12. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000.

CABRAL, Antonio do Passo. A duração razoável do processo e a gestão do tempo no projeto de novo Código de Processo Civil. In: Alexandre Freire; Bruno Dantas; Dierle Nunes; Fredie Didier Jr.; José Miguel Garcia Medina; Luiz Fux; Luiz Henrique Volpe Camargo; Pedro Miranda de Oliveira. (Org.). *Novas tendências do Processo Civil: estudos sobre o projeto de novo CPC*. 1. ed., v. 1. Salvador: JusPodivm, 2013.

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. *Mediação nos conflitos & Direito de Família*. Curitiba: Juruá, 2003.

CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova: CEDAM, 1936.

_____. *Eles, os Juízes, vistos por um advogado*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. In: FUX, Luiz et. al. (coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro. Spunti in tema di contraddittorio. In: *Studi in memoria di Salvatore Satta*. v. 1. Padova: Cedam, 1982.

_____. *Juízes irresponsáveis?*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1989.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. Breves notas sobre as inovações do novo Código de Processo Civil. In: CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro; GRECO, Leonardo; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. (Coord.). *Inovações do Código de Processo Civil de 2015*. Rio de Janeiro: GZ, 2016.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*. São Paulo: Classic Book Editora, 2000.

CARVALHO, Luis Gustavo Gradinetti Castanho de. *Processo Penal e Constituição: Princípios Constitucionais do Processo Penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2014.

_____; SILVA, Germano Marques da; PRADO, Geraldo. *Processo Penal do Brasil e de Portugal*. Rio de Janeiro: Almedina, 2009.

CASARA, Rubens R R; MELCHIOR, Antonio Pedro. *Teoria do Processo Penal Brasileiro*. v. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Contribuições para uma teoria discursiva da constituição e do processo constitucional. In: Fredie Didier Junior. (Org.). *Teoria do Processo- Panorama doutrinário mundial-segunda série*. v. 1. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

CHIOVENDA, Guisepppe. *Instituições de direito processual civil*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1965.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezione sul processo civile*. v. 1. 4. ed. Bologna: Il Mulino, 2006.

_____. Voce: Contraddittorio (Princípio del). In: *Enciclopedia giuridica*. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, v. 8, 1988.

CONTE, Francesco. Contraditório como dever e a boa-fé processual — os fins sociais do processo. In: FUX, Luiz (Coord.). *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

COSTA, Clóvis Rodrigues Da. *Projeto: Prática de Polícia Judiciária Comunitária*. São Paulo, 2009.

DAMASKA, Mirjan. *I volti della giustizia e del potere: analisi comparatistica del processo*. Bologna: Società editrice il Mulino, 2002.

DAVID, René. *O Direito Inglês*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v. I. 18. ed., Salvador: Juspodivm, 2016.

_____. *Curso de Direito Processual Civil*. v. II. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

_____. *Curso de Direito Processual Civil*. v. III. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

_____. *Curso de Direito Processual Civil*. v. IV. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

_____. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. O princípio do contraditório. In: *Fundamentos do processo civil moderno*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.

_____. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. v. I. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

_____. *Nova era do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

FARIA, Marcela Kohlbach de. Meios alternativos de solução de conflitos: mais um caminho para a efetividade de direitos constitucionais. In: FUX, Luiz (Coord.). *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

FARIA, Márcio Carvalho. O princípio do contraditório, a boa-fé processual, as matérias cognoscíveis de ofício e as decisões judiciais de fixação de honorários de sucumbência. In: FUX, Luiz (Coord.). *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

FARIAS, Bianca Oliveira de. Os poderes do Juiz no Novo CPC. In: CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro; GRECO, Leonardo; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. (Coord.) *Inovações do Código de Processo Civil de 2015*. Rio de Janeiro: GZ, 2016.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: RT, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritti Fondamentali* — um dibattito teorico, a cura de Ermanno Vitale. Roma: Laterza, 2008.

_____. *Derecho y razón*. Madrid: Trota, 1989.

_____. *Manuale di diritto processuale penale*. Milano: Cedam, 1997.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A concretização dos princípios constitucionais no Estado Democrático de Direito. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanóide de (org.). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Editora, 2005.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra, 1974.

FISCHER, Douglas. Sobre a compatibilização da ampla defesa, do nemo tenetur se detegere, da boa-fé objetiva, do devido processo legal (penal) em prazo razoável e da cooperação — Influências principiológicas da Constituição da República e do Novo CPC no processo penal. In: DIDIER JUNIOR, Fred (Coord.); CABRAL, Antonio do Passo. PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti (Org.); *Coleção Repercussões do Novo CPC: Processo Penal*. Salvador: Juspodivm, 2016.

FISCHER, Roger and William URY. *Getting to Yes: Negotiating Agreement without Giving In*. Boston: Houghton Mifflin Co., 1981.

FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, Constituição e sociedade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

FREEMANN, Michael. *Alternative dispute resolution*. New York: University Press, 1984.

FREYRE, Gilberto. *Casa Grande e Senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal*. São Paulo: Global, 2006.

FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 1. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. *Novo Código de Processo Civil Temático*. 1. ed. Rio de Janeiro: Mackenzie, 2015.

_____. Processo e Constituição. In: FUX, Luiz (Coord.). *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. *Teoria Geral do Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

GABRIEL, Anderson de Paiva. O contraditório participativo como traço distintivo do processo no Estado Democrático de Direito. In: CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro; GRECO, Leonardo;

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. (Coord.). *Inovações do Código de Processo Civil de 2015*. Rio de Janeiro: GZ, 2016.

GIACOMOLLI, Nereu José. *A fase preliminar do processo penal: crise, misérias e novas metodologias investigatórias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014.

GIL, Fernando. *Provas*. Lisboa: Imprensa Nacional (Casa da Moeda), 1986.

GOLDBERG, Stephen B., SANDER, Frank E.A., ROGERS, Nancy H. *Dispute Resolution — Negotiation, Mediation, and Other Processes*. New York: Aspen Publishers, 1999.

GOLDSCHMIDT, James. *Princípios generales del proceso: problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. v. I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à Prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES, Luiz Flavio. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O Juiz e o Direito: o método dialógico e a magistratura na pós-modernidade*. Salvador: Juspodivm, 2016.

GONÇALVES, Daniela Cristina Rios. *Prisão em flagrante*. São Paulo: Atlas, 2002.

GONÇALVES, Willian Couto. *Filosofia do direito processual. Estudos sobre a jurisdição e o processo fundamentando uma compreensão histórica, ontológica e teleológica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil — introdução ao direito processual civil*. v. 1. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*, 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Influência do Código — Modelo Penal para a Ibero-América na legislação latino americana. Convergências e dissonâncias com os sistemas italiano e brasileiro. O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

GUARACY, Thales. *A conquista do Brasil*. 1. ed. São Paulo: Planeta, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1975.

_____. *Novas tendências de direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

_____. *A crise do poder judiciário: teoria geral do processo*. 2. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1998.

HABERMAS, Jurgen. *Direito e Democracia. Entre facticidade e validade II*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HOFFMAN, Paulo. O direito à razoável duração do processo e a experiência italiana. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org.). *Reforma do Judiciário: Primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo — Noções e Críticas*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

KAFKA, Franz. *O Processo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

LACERDA, Galeno. *Teoria Geral do Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LAMMÊGO BULOS, Uadi. *Constituição Federal anotada*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 7. ed. Porto Alegre: Síntese, 2008.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de processo penal*. 4. ed. São Paulo: Juspodivm, 2016.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Teoria geral do processo*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. *O novo processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. *Curso de processo civil: teoria do processo civil*. v. I. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARQUES, Cláudia Lima. O “Diálogo das Fontes” como método da nova teoria geral do Direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Cláudia Lima. *Diálogo das Fontes do*

Conflito à Coordenação de Normas no Direito Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARQUES, Claudio Roberto Pieruccetti. A moderna jurisdição constitucional e o princípio do devido processo legal. In: FUX, Luiz (Coord.). *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. v. 1. Campinas: Bookseller, 1997.

_____. *Estudos de Direito Processual*. 2. ed. São Paulo: Millennium.

MARTINS, Rui Cunha. *O Ponto Cego do Direito — The Brazilian Lessons*, 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Teoria Geral do Processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MESQUITA, Gil Ferreira de. *Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Juarez Oliveira, 2003.

MIRAGEM, Bruno. Eppur si muove: Diálogo das Fontes como método de interpretação sistemática no Brasil. In: MARQUES, Cláudia Lima. *Diálogo das Fontes do Conflito à Coordenação de Normas no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MIRANDA, Pontes. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 1947.

MIRZA, Flávio Maduro; Moraes, Carlos Eduardo Guerra de Moraes; RIBEIRO, Ricardo Lodi. *Direito Processual — Coleção Direito UERJ*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2016.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Saraiva, 2000.

MORELLO, Augusto M. *Constitución y Proceso — la nueva edad de las garantías jurisdiccionales*. La Plata-Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.

MOUGENOT, Edilson Mougén Bonfim. *Curso de Processo Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MOURÃO, Bárbara Msumeci; STROZENBERG, Pedro. *Mediação de conflitos nas UPP'S: Notícias de uma experiência*. Rio de Janeiro: Cesec. 2016.

NALINI, José Renato. *O Juiz e o Acesso à Justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

NETO, Odilon Romano. A vedação às decisões surpresa no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JUNIOR, Fred (Coord.), GAJARDONI, Fernando (Org.). *Coleção Repercussões do Novo CPC*: Magistratura. Salvador: Juspodivm, 2016.

NETO, Olavo de Oliveira. Três apontamentos sobre a imbricação da atividade do juiz e das normas fundamentais do Novo Código de Processo Civil: a razoável duração do processo qualificada, a vedação da decisão-surpresa e a ordem cronológica dos julgamentos. In: DIDIER JUNIOR, Fred (Coord.), GAJARDONI, Fernando (Org.). *Coleção Repercussões do Novo CPC*: Magistratura. Salvador: Juspodivm, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assunção. *Novo Código de Processo Civil Comentado artigo por artigo*. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

NICOLITT, André. *A duração razoável do processo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 2006.

NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório: uma garantia de influência e de não surpresa. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (coord.). *Teoria do processo*. Panorama doutrinário mundial. Salvador: Juspodivm, 2008.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil — proposta de um formalismo valorativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. O Processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: Oliveira, Carlos Alberto Alvaro de (Org.). *Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

OST, François. *O tempo do direito*. Bauru: Edusc, 2005.

PACELLI, Eugênio. Verdade Judicial e sistema de prova no processo penal brasileiro. In: DIDIER JUNIOR, Fred (Coord.); CABRAL, Antonio do Passo. PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti (Org.). *Coleção Repercussões do Novo CPC*: Processo Penal. Salvador: Juspodivm, 2016.

_____; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PANTOJA, Fernanda. *A Mediação no Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PERELMAN, Charles. *Logique Juridique*. Paris: Dalloz, 1999.

PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PICÓ I JUNOY, Joan. El derecho procesal entre garantismo y la eficacia: un debate mal planteado In: MONTERO AROCA, JUAN. *Proceso Civil e Ideologia: Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito Processual Civil Contemporâneo*. 6. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2015.

_____. *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. *O marco legal da mediação no brasil: comentários à Lei nº. 13.140 de 26 de junho de 2015*. Rio de Janeiro: Atlas, 2015.

_____; Desafios para a Integração entre o Sistema Jurisdicional e a Mediação a Partir do Novo Código de Processo Civil. Quais as Perspectivas para a Justiça Brasileira? In: REZENDE, Diogo; PELAJO, Samantha; ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A mediação no novo código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

POLASTRI, Marcellus. *Curso de Processo Penal*. 9. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

_____. *Curso de Processo Penal*. v. 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. *Ministério Público e Persecução Criminal*. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

_____; João Guilherme Gualberto. Impactos do novo Código de Processo Civil nos recursos em processo penal. In: DIDIER JUNIOR, Fred (Coord.); CABRAL, Antonio do Passo. PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti (Org.). *Coleção Repercussões do Novo CPC: Processo Penal*. Salvador: Juspodivm, 2016.

PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

PUNZI, Carmine, Mediazione e conciliazione. In: *Rivista di diritto processuale*, v. 64, n. 4, 2009.

QUEIROZ, DAVID. *A permeabilidade do processo penal*. Florianópolis: Emporio do Direito, 2017.

REZNIK, Luis. *200 anos da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Ideorama, 2009.

RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta: teoria e prática*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ROMANO, Santi. *L'ordre juridique*. Paris: Dalloz, 2002.

ROQUE, Andre Vasconcelos. Da “objetivação do recurso extraordinário” à valorização da jurisprudência: common law à brasileira? In: FUX, Luiz (Coord.). *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Del Puerto, 2000.

SAMPAIO, Denis. A regra do contraditório no Novo Código de Processo Civil e sua “possível” influência no Direito Processual Penal. In: DIDIER JUNIOR, Fred (Coord.); CABRAL, Antonio do Passo. PACHELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schiatti (Org.). *Coleção Repercussões do Novo CPC: Processo Penal*. Salvador: Juspodivm, 2016.

SAMPAIO JÚNIOR, J. H. A influência da Constitucionalização do Direito no ramo processual: Neoprocessualismo ou processo constitucional? Independente da nomenclatura adotada, uma realidade inquestionável. In: Fredie Didier. (Org.). *Teoria do Processo Panorâmica Doutrinário Mundial*. Salvador: Juspodivm, 2010.

SANDER, Frank E. A. *Alternative methods of dispute settlement*. Washington: American Bar Association, 1979.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SCHENK, Leonardo Faria. *Cognição Sumária: limites impostos pelo contraditório no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

SCHUNEMMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SENECA. *Medeia*. Lisboa: Centro de Estudos Clássicos e Humanísticos da Universidade de Coimbra, 2011.

SHELLEY, Mary. *Frankenstein*. Rio de Janeiro: Landmark, 2016.

SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal — O novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

SILVA, Franklyn Roger Alves. A construção de um processo penal cooperativo e a instalação do contraditório como direito de influência — aplicabilidade dos arts. 6º e 10 do novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JUNIOR, Fred (Coord.); CABRAL, Antonio do Passo. PACHELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schiatti (Org.). *Coleção Repercussões do Novo CPC: Processo Penal*. Salvador: Juspodivm, 2016.

SINGER, Linda R. *Settling Disputes*. Colorado: Westview, 1994.

SOUZA, David Tarciso Queiroz. *Estudos sobre o Papel da Polícia Civil em um Estado Democrático de Direito*. Florianópolis: Emporio do Direito, 2016.

_____. *A permeabilidade do processo penal*. Florianópolis: Emporio do Direito, 2017.

SPENGLER, Fabiana Marion; GIMENEZ, Charlise P. Colet. O resgate da comunidade e o papel da mediação comunitária na sociedade globalizada e individualista. In: Spengler, Fabiana Marion (Org.). *Mediação de Conflitos e Justiça Restaurativa*. Curitiba: Multideia, 2013.

_____; GHISLENI, Ana Carolina. *Mediação de conflitos a partir do Direito Fraternal*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011.

STONE, Katherine V. W. *Private Justice: the law of alternative dispute resolution*. New York: Foudation Press, 2000.

SWINGLE, P. *The structure of Conflict*. New York: Academic Press, 1970.

TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. Das medidas cautelares no processo penal: um esboço à luz do regramento da tutela provisória no novo CPC. In: DIDIER JUNIOR, Fred (Coord.); CABRAL, Antonio do Passo. PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti (Org.). *Coleção Repercussões do Novo CPC: Processo Penal*. Salvador: Juspodivm, 2016.

TESORO, Giorgio. *La psicologia dela testimonianza*. Torino: Fratelli Bocca, 1929.

TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. v. I. 34. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. Processo justo e contraditório dinâmico. In: ASSIS, Araken et.al. (Org.). *Processo coletivo e outros temas de direito processual: homenagem 50 anos de docência do professor José Maria Tesheiner, 30 anos de docência do professor Sérgio Gilberto Porto*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. v. 1. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione: Problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Giuffrè, 1974.

_____. *La Formazione del Diritto Processuale Europeo*. Torino: Giappichelli, 2011.

TUCCI, José Rogério Cruz. *Direito Processual Civil Americano Contemporâneo*. São Paulo: Lex, 2010.

TUCCI, Rogério Lauria. *Persecução Penal, Prisão e Liberdade*. São Paulo: Saraiva, 1980.

VADELL, Lorenzo M. Bujoso. Direito Processual Penal: novas orientações. In: DIDIER Jr., Fredie (coord.). *Teoria Geral do Processo: panorama mundial*. Bahia: JusPodivm, 2010.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Ciências policiais: ensaio*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2014.

VOLTAIRE, François-Marie Arouet. *O Preço da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ZANETI JR., Hermes. *A Constitucionalização do Processo*. v. I. 18. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

_____. Aplicação supletiva, subsidiária e residual do CPC ao CPP. Precedentes normativos formalmente vinculantes no processo penal e sua dupla função. Pro futuro in malam partem (matéria penal) e tempus regit actum (matéria processual penal). In: DIDIER JUNIOR, Fred (Coord.); CABRAL, Antonio do Passo. PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti (Org.); *Coleção Repercussões do Novo CPC: Processo Penal*. Salvador: Juspodivm, 2016.

ZANOTTI, Bruno Taufner. *Temas atuais de polícia judiciária*. 2. ed. Vitória: Juspodivm, 2016.

ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. São Paulo: Palas Athena, 2008.