

Laís Andrade Santos

O DIREITO DE DEFESA
E SUAS PERSPECTIVAS NO
PROCESSO PENAL GARANTISTA



Laís Andrade Santos

**O DIREITO DE DEFESA E SUAS
PERSPECTIVAS NO PROCESSO
PENAL GARANTISTA**



Fortaleza-CE

2024

© Copyright 2024 - Todos os direitos reservados.

FICHA TÉCNICA:

Editor-chefe: Vanques de Melo

Diagramação: Vanques Emanuel

Capa: Vanderson Xavier

Produção Editorial: Editora DINCE

Revisão: da autora

CONSELHO EDITORIAL:

Dr. Felipe Lima Gomes (Mestre e doutor pela UFC)

Prof. e Ma. Karine Moreira Gomes Sales (Mestra pela UECE)

Francisco Odécio Sales (Mestre pela UECE)

Ma. Roberta Araújo Formighieri

Dr. Francisco Dirceu Barro

Prof. Raimundo Carneiro Leite

Eduardo Porto Soares

Alice Maria Pinto Soares

Prof. Valdeci Cunha

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)

SANTOS, Laís Andrade

O DIREITO DE DEFESA E SUAS PERSPECTIVAS NO PROCESSO

PENAL GARANTISTA

Editora DIN.CE 2024 – 112p

ISBN: 978-85-7872- 704-8

DOI: 10.56089/978-85-7872-704-8

1. Direito Processual Penal 2. Direito de Defesa. I. Título

Todos os direitos reservados. Nenhum excerto desta obra pode ser reproduzido ou transmitido, por quaisquer formas ou meios, ou arquivado em sistema ou banco de dados, sem a autorização de idealizadores; permitida a citação

NOTA DA EDITORA

As informações e opiniões apresentadas nesta obra são de inteira responsabilidade do(s) autor (es).

A DIN.CE se responsabiliza apenas pelos vícios do produto no que se refere à sua edição, considerando a impressão e apresentação. Vícios de atualização, opiniões, revisão, citações, referências ou textos compilados são de responsabilidade de seu(s) idealizador (es).

Impresso no Brasil

Impressão gráfica: **DIN.CE**

CENTRAL DE ATENDIMENTO:

Tel.: (85) 3231.6298 / 9.8632.4802 (WhatsApp)

Av. 2, 644, Itaperi / Parque Dois Irmãos – Fortaleza/CE

APRESENTAÇÃO

Este livro surgiu da necessidade de sistematizar a análise do direito de defesa no processo penal, seus efeitos principais, e como tal direito se coaduna a uma visão mais garantista do processo.

De maneira sintética, o foco da obra se volta para a delimitação da amplitude de incidência do direito de defesa no processo penal, perpassando por marcos recentes do processo e analisando como os tribunais têm se posicionado acerca de temas importantes ao exercício do direito de defesa.

Parte-se da premissa de que o processo é representado por uma organização dialética de atos, e é justamente a sua essência ser dialético. Nesse âmbito, para que haja processo, se faz necessário que haja ao menos duas partes que representem interesses antagônicos.

Em outras linhas, para que haja direito de defesa, e sem isso não há processo, elementar que o réu seja capaz de se expressar no processo no mesmo tom que o titular da ação. Ocorre que o titular da ação penal é, por excelência, o Ministério Público, órgão estatal aparelhado para exercer função essencial à justiça, enquanto o réu é, por essência, pessoa física, que goza de recursos escassos para fazer frente ao poder-dever de punir do Estado.

A obra traz como pano de fundo essa aparente dicotomia para estabelecer como a garantia do direito de defesa se pretende a superar a disparidade intrínseca ao processo penal ou, ao menos, aproximar o réu do órgão acusador, como os tribunais interpretam o direito de defesa e quais desafios surgem da sua aplicação prática.

Considera-se, portanto, que a obra traz uma leitura dos principais aspectos do direito de defesa, suscitando do leitor uma reflexão acerca de um processo penal pautado no garantismo, no princípio da ampla defesa e na paridade de armas.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1. O DIREITO DE DEFESA E SEUS EFEITOS NO PROCESSO PENAL.....	13
1.1. O direito de defesa em linhas gerais	13
1.2. O direito de defesa na investigação criminal.....	34
1.3. O direito de defesa e os limites à prisão cautelar	44
1.3.1. Espécies de prisão provisória	48
1.3.2. O Sistema de garantias legais e a admissibilidade da prisão	57
1.4. Denúncia e direito de defesa.....	65
2. A AUTODEFESA.....	69
2.1. O interrogatório do réu	73
3. DESAFIOS ATUAIS AO DIREITO DE DEFESA.....	79
3.1. As conduções coercitivas e a violação às prerrogativas da defesa	79

3.1.1. A individualização da pena.....	81
3.1.2. O interrogatório e o direito ao silêncio.....	84
3.1.3. A posição do Supremo Tribunal Federal	85
3.2 O Princípio da identidade física do juiz	93
CONCLUSÃO	105
REFERÊNCIAS	109

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por fim analisar o direito de defesa em suas características e particularidades. Antes de iniciar a análise das garantias da defesa, propriamente, faz-se mister trazer à baila as principais diferenças entre os sistemas processuais penais. Inicia-se o estudo, portanto, com algumas pinceladas sobre como o processo penal brasileiro se aperfeiçoou. Como superamos um passado iminentemente inquisitorial para alcançar paulatinamente um sistema acusatório, mais garantista e mais alinhado com o direito moderno.

Após um apanhado breve sobre as características gerais do atual processo penal, será o momento de definir o direito de defesa. Indicando como tal direito foi incorporado em nosso ordenamento, como se desenvolveu e qual o seu atual grau de incidência no ordenamento jurídico, especificamente no ramo processual penal. Nesse sentido, pontua-se qual a previsão legal do direito de defesa, qual a sua finalidade e em quais outros princípios encontra fundamento.

Será tratado posteriormente direito de defesa sob o enfoque das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, sendo esses princípios fundamentais garantidos ao acusado. Analisando se os demais princípios serão também garantidos aos investigados. Neste ponto há uma discussão doutrinária no tocante à utilização da ampla

defesa e do contraditório no inquérito policial, o que, também gera efeitos sobre o direito de defesa. Nesse diapasão, chega-se a apontar o advento da Lei nº 13.245/16, que ampliou a atuação do advogado no curso das investigações, conferindo ares mais garantistas também ao inquérito.

Na sequência, passa-se a perpassar o curso do devido processo, chamando a atenção para a garantia do direito de defesa em todas as suas fases, tendo como parâmetro a consagração dos princípios individuais garantidos na Constituição de 1988.

Para além das questões gerais, frisa-se como se delimita o papel da defesa e, mais especificamente, como esta se classifica. Aponta-se a diferença entre defesa técnica e autodefesa, sendo esta positiva ou negativa. Nesse interim, compreende-se que não só a figura do advogado é essencial ao processo, mas em certo ponto é a própria pessoa do réu fundamental ao pleno exercício de sua defesa, o que se vislumbra, entre outros momentos, com mais propriedade durante o interrogatório.

A motivação na condução deste trabalho funda-se na ideia de que por mais basilares que pareçam certos conceitos, torna-se a ter de dizê-los, com a maior cautela para que os novos desafios ao processo jamais apresentem retrocessos graves ao sistema de garantias já consolidado.

Tendo por base tais considerações, este trabalho se desenvolvido em três capítulos. No primeiro capítulo serão apresentados os contornos gerais do direito de defesa, como este foi incorporado no ordenamento jurídico brasileiro e

qual o seu papel no processo penal. No segundo, será analisada mais especificamente a atuação da autodefesa e como esta se acentua no momento do interrogatório. Por fim, o último capítulo trará questões suscitadas mais recentemente e como estas se coadunam ou não aos parâmetros gerais do processo penal brasileiro.

CAPÍTULO I

O DIREITO DE DEFESA E SEUS EFEITOS NO PROCESSO PENAL

1.1. O direito de defesa em linhas gerais

Preliminarmente, considera-se que o devido processo legal exige, como requisito de validade do processo, o contraditório, sendo este um dos princípios mais caros ao direito processual e que, aplicado ao processo penal ganha contornos fundamentais.

Em linhas gerais, o processo tem como fundamento a dialética, pautando-se pelo contraditório no sentido de que à pretensão do autor, que no caso do processo penal reside no desejo do Estado de fazer cumprir seu *jus puniendi*, o poder-dever de punir, contrapõe-se o direito do réu de tutelar seus interesses, opondo-se à pretensão estatal direta e na mesma proporção.

O processo penal tem como tutela um dos direitos mais fundamentais à pessoa humana, que influi sobremaneira em sua dignidade, qual seja o direito de liberdade. Tamanho grau de afetação à esfera jurídica do indivíduo que se extrai da sentença penal exige que o

processo seja revestido de institutos excepcionais, que garantam a efetiva proteção jurídica do réu, exigindo um provimento jurisdicional que se particulariza em relação aos demais ramos do processo.

O direito processual penal é, em princípio, uma relação de desiguais. O polo ativo é exercido pelo Estado, que conta com todo um aparato jurídico para fazer valer o seu dever de punir. O polo passivo, por sua vez, é exercido pela pessoa humana, muito menos aparelhada e sem tantos recursos. Diante disso, e tendo como fim a igualdade material, igualando-se partes essencialmente desiguais, é que o direito processual penal deve se insurgir em prol do réu, dando a esses recursos para que venha a efetivamente tutelar os seus direitos, contrapondo-se ao punitivismo estatal na mesma proporção em que esse venha a se exprimir.

O princípio do contraditório exige não somente que o réu tenha direito de resposta a qualquer fato ou alegação contrário aos seus interesses, mas que possa participar efetivamente no convencimento do juiz, participando de todos os atos do processo, na mesma proporção da participação estatal.

O princípio do contraditório exige não somente que o réu tenha direito de resposta a qualquer fato ou alegação contrário aos seus interesses, mas que possa participar efetivamente do convencimento do juiz, atuando em todos os atos do processo, na mesma proporção que o *parquet*.

Nas lições de André Nicolitt¹, quanto ao princípio do

¹ NICOLITT, André Luiz, Manual de Processo Penal. 6. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 129.

contraditório:

“Em outros termos, o contraditório é a organização dialética do processo através da tese e antítese legitimadoras da síntese, é a afirmação e negação. Ou seja, os atos processuais se desenvolvem de forma bilateral (bilateralidade dos atos processuais), possibilitando às partes manifestar-se sobre cada ato do processo. O autor apresenta razões, o réu contrarrazões, uma parte produz a prova, a outra pode apresentar contraprova e assim sucessivamente.

Para tanto, é essencial à existência do contraditório a equação ciência-e-possibilidade-de-resistência. O contraditório não se realiza com a efetiva resistência, o que é imprescindível é a possibilidade de resistir. Dessa forma, os atos de informação ganham imenso relevo no processo, mormente a citação, que é por excelência a concretização do contraditório no processo.”

Assim, fundamental que o processo se desenvolva de maneira contraditória, possibilitando ao réu a participação a todos os atos, contrapondo-se ao poder estatal na mesma medida deste. De certo modo, o contraditório guarda ampla relação com o princípio da ampla defesa, pois se aquele exige a participação efetiva do réu, este exige que o mesmo possua todos os meios necessários para isto ocorra.

Nesse sentido, segundo Eugênio Pacelli²:

“O contraditório, portanto, junto ao princípio da ampla defesa, institui-se como a pedra fundamental de todo processo e, particularmente, do processo penal. E assim é porque, como cláusula de garantia instituída para a proteção do cidadão diante do aparato persecutório penal, encontra-se solidamente encastelado no interesse público da realização de um processo justo e equitativo, único caminho para a imposição da sanção de natureza penal.”

O princípio da ampla defesa possui caráter constitucional, estando previsto no artigo 5º, LV da Carta Magna, nos seguintes termos:

“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”

Inegável, portanto, que o réu tenha o direito de contrapor a pretensão autoral, utilizando-se da via jurisdicional de modo a que seus interesses não venham a ser atingidos. Justamente para que o réu seja capaz de exercer tal oposição, consagrou-se o princípio da ampla defesa, segundo o qual devem ser assegurados ao réu todos

² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de, Curso de processo penal. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p.44.

os meios necessários para que exerça sua defesa, como sujeito de direito capaz de se manifestar no processo. Para tanto, não apenas podendo responder aos atos e fatos contra si imputados, mas sendo-lhe oportunizado criar situações processuais e reforçar seu interesse de obter uma decisão final que lhe seja a mais favorável.

Nesse âmbito, para Calamandrei³:

“qualquer ato que uma parte cumpra no momento certo constitui uma premissa e um estímulo para o ato que a contraparte poderá cumprir imediatamente depois”.

Entende-se a defesa como um direito paralelo e contraposto ao direito de ação, posto que ambos devem revestir-se das mesmas qualidades. A defesa não pode ser exprimida em menor grau. Ou a pretensão autoral não pode se utilizar de meios estranhos à defesa. Para que haja um processo dialético, ambas as partes devem atuar de modo efetivo no processo participando igualmente dos atos processuais. Não se deve oportunizar ao autor algo que também não seja disponibilizado à defesa, sob pena de se fazer valer a teoria das nulidades, vindo o ato processual a ser relativa ou absolutamente nulo, na medida em que afete a coisa pública ou diga respeito apenas a interesse de uma das partes.

Diz-se também que o direito de defesa representa a

³ CALAMANDREI, Piero. **Processo e Democracia - Col. Clássicos do Direito Processual - Vol. 1.** 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p.49.

antítese do direito de ação. Se ambos devem se exprimir no processo numa mesma intensidade, também é certo que ambos têm por fim interesses diametralmente apostos. Se com o direito de ação busca-se uma sentença que confirme a pretensão acusatória, o direito de defesa se satisfaz justamente com a negação de tal pretensão. O direito de ação tem fim retirar direitos do réu, sendo a maior pretensão do direito processual penal restringir o seu direito de liberdade. O direito de defesa se aperfeiçoa na negação do direito de ação, resguardando os direitos do réu, absolvendo-o dos fatos e fundamentos a ele atribuídos de modo que os direitos do réu se mantenham incólumes. Nesse sentido, o direito de ação tem como reação o direito de defesa, forças iguais e contrapostas.

Portanto, para que haja um devido processo legal, o direito de ação e o direito de defesa devem coexistir, de modo que em nenhum processo se admite a ausência de defesa. Ainda que o réu não constitua ele próprio um defensor, este deverá ser nomeado, não se admitindo o prosseguimento da ação penal sem que venha a ser efetivamente exercido o direito de defesa.

A defesa em sentido amplo, pode ser conhecida sob dois aspectos: os aspectos objetivo e subjetivo. Em seu sentido objetivo, compreende-se a defesa como a faculdade de se contrapor ao direito de ação, refutando tudo o que se deduz em prejuízo do réu. No sentido subjetivo encontram-se os meios pelos quais a defesa vem a ser efetivamente exercida no processo, consistindo essa no conjunto de elementos de fato ou de direito que o acusado traz à baila na defesa de seus interesses.

A defesa também pode ser pessoal ou técnica. A defesa pessoal, ou autodefesa, se perfaz quando é o próprio

acusado o responsável por suscitar os elementos que lhe sejam favoráveis. É o caso quando o acusado é ouvido em juízo, aduzindo fatos que lhe favoreçam ou elucidando questões que venham a lhe beneficiar. Do mesmo modo quando é o réu o responsável por apresentar provas, tomar ciência e participar dos atos processuais. Ou seja, a autodefesa, em síntese, consiste no réu atuando no processo em seu próprio benefício.

A autodefesa não se confunde, contudo, àquela que o réu exerce quando, possuindo os conhecimentos técnicos para tal, age em favor de sua defesa, passando a atuar em causa própria. Como autodefesa refere-se, especificamente, à atuação do réu que não possui a técnica necessária para o exercício da defesa em sua plenitude, mas que participa do processo ativamente, na medida de suas limitações técnicas, sendo-lhe permitido praticar pessoalmente determinados atos processuais.

Quanto à defesa técnica, esta sim exercida em caráter profissional pelo defensor regularmente constituído nos autos, ao que se incube todos os atos processuais necessários à consagração do direito de defesa. Aqui, faz-se menção à defesa obrigatória, sem a qual o processo restará eivado de nulidade.

Quanto a necessidade de que à defesa pessoal se some a defesa técnica, Fernando Pedrosa⁴ dispôs que:

“De feito, ex vi do princípio da isonomia, e

⁴ PEDROSO, Fernando de Almeida, **Processo Penal. O direito de defesa: repercussão, amplitudes e limites**. 3 ed. São Paulo: RT, 2001. p. 35.

sendo o acusado leigo em letras jurídicas, crível é que lhe deve ser nomeado quem esteja habilitado a compreender os termos e consequências jurídicas da acusação e dos fatos trazidos a debate.

Sendo o órgão estatal acusatório eminentemente técnico, a ele não poderá o imputado ficar inferiorizado, sob pena de quebrantar-se o princípio do equilíbrio processual entre as partes. Daí a necessidade de, ao lado da defesa pessoal, colocar-se a defesa técnica.”

A defesa também deverá ser contra o processo ou de mérito. Na defesa de mérito o acusado busca contradizer os fatos e fundamentos arguidos pelo autor da ação em seu desfavor, buscando um provimento jurisdicional que se converta em uma sentença absolutória, ou seja, que negue a pretensão autoral. Na defesa contra o processo os fundamentos dizem respeito tão somente a matérias processuais, que não se relacionam com o mérito do processo. É o caso das exceções processuais e arguição de nulidade.

Nas lições de Fernando Pedroso⁵:

“Na defesa processual, intenta o imputado desvencilhar-se definitivamente do processo que contra ele se instaurou, obliterando assim chegue ao final com a prolação de sentença de mérito, ou tem por

⁵ PEDROSO, Fernando de Almeida, **Processo Penal. O direito de defesa: repercussão, amplitudes e limites**. 3 ed. São Paulo: RT, 2001. p. 36-37.

escopo retardar o curso e trâmite do mesmo, protelando, dessa maneira, a vinda da sentença.

A defesa contra o processo – na relação processual penal – encontra ensanchas através da oposição das exceções processuais e da arguição de nulidade. Conforme colime o trancamento fatal do processo ou tão-só seu protraimento, a defesa processual se denomina respectivamente, peremptório ou dilatária.

Constituem defesa processual peremptória as exceções de coisa julgada e litispendência, exsurgindo as demais (incompetência, suspeição, ilegitimidade de parte e nulidades levantadas) como defesas meramente dilatórias.

Na defesa contra o mérito investe diretamente o réu contra os fatos que lhe são irrogados ou contra as consequências jurídicas que deles se procura extrair. Vale dizer, busca contrariar o direito material em que se respalda a pretensão estatal acusatória.”

Há de se considerar que nem sempre será cabível a defesa do processo, haja vista que não necessariamente o curso do mesmo dará ensejo a que sejam arguidas matérias de cunho exclusivamente processual. É plenamente viável e, em verdade desejável, que o processo se aperfeiçoe em todos os seus elementos necessários, de modo que não sejam verificadas questões processuais a impedirem o regular

prosseguimento do feito.

Quanto à defesa de mérito, pode-se dizer que é esta a defesa por excelência. Sua finalidade é propriamente a de contrapor a pretensão autoral, que no direito penal tem por máxima fazer valer o direito de punir do Estado, que recai sobre o réu para restringir o seu direito de liberdade. O interesse maior da defesa é que se exprima uma sentença absolutória que, portanto, julgue, no mérito, que não subsiste a pretensão do autor, mantendo-se incólumes os direitos do réu.

De outra linha, para que seja proferida uma sentença condenatória, fundamental que não reste dúvida sobre os dois pilares da instrução penal, a materialidade do crime e sua autoria. Ausentes suficientes indícios de materialidade e autoria não há justa causa para a persecução penal, caso em que será cabível impetração de habeas corpus ensejando o trancamento da ação penal. Ora, se para que seja instaurada a ação penal é imprescindível a presença de indícios suficientes, para que haja o provimento final, elementar que haja juízo de certeza.

Conforme a exegese do princípio do *in dubio pro reo*, a dúvida sempre deve recair em benefício deste. Sendo o direito penal principalmente uma relação de desiguais, onde um dos polos, na maioria absoluta dos casos, é representado pelo poder público, com todos os seus aparatos institucionais e legais para fazer cumprir o *jus puniendi* estatal, enquanto no outro apresenta-se, quase absolutamente, a pessoa física, por essência hipossuficiente, vulnerável em relação ao poder de atuação do Estado. Assim, o réu, por excelência, possui uma gama demasiadamente menor de recursos e não seria permissível que, por isso, ficasse refém do Estado.

Para garantir a igualdade das partes no processo penal, o que se justifica inclusive no princípio da paridade de armas, exige-se que sejam conferidas ao réu determinadas garantias, de modo a equilibrar uma relação desigual por natureza. Entre essas garantias pode-se mencionar a inafastabilidade do direito de defesa, o direito ao silêncio, o direito de presença do réu, o direito à que sua prisão seja imediatamente comunicada, o direito ao flagranteado ser levado à presença do juiz, entre tantos.

Preconiza André Nicolitt⁶:

“Por tal razão, por vezes presenciamos no processo penal algumas diferenciações fruto da desigualdade de posições. Nesse sentido vale referir a revisão criminal, que é uma forma de impugnação exclusiva de defesa justificável pela situação desfavorável do réu no processo penal em razão de ser a parte mais fraca (o mais débil). Desta forma, o processo é estruturado de maneira a igualar as partes, v. g., se por um lado o Ministério Público conta com a estrutura policial, uma investigação sigilosa prévia e garantias próprias de um magistrado, por outro lado o acusado goza da presunção de inocência, conta com meios recursais exclusivos, tem direito ao silêncio, não pode ser tido como objeto de prova e no exercício do contraditório tem sempre a última fala.”

⁶ NICOLITT, André Luiz, Manual de Processo Penal. 6. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 124.

Nesse sentido, o princípio do *in dubio pro reo* demanda que a dúvida sempre se converta em benefício do réu, que, portanto, só poderá ser condenado quando restarem definitivamente comprovada a materialidade do crime, bem como sua autoria.

Destarte, a defesa deve agir de modo a trazer dúvidas sobre os fatos que lhe são imputados, posto que somente a certeza dará lastro à sua condenação. Sendo assim, caberá ao *parquet* justamente convencer o magistrado de que sua pretensão deve prosperar, não sendo capaz de demonstrar certeza, favorecida restará a defesa.

O *in dubio pro reo* foi consagrado pelo código de processo penal, que em seu artigo 386, VI, dispôs que:

“Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

(...)

VII – não existir prova suficiente para a condenação.”

Nessa linha, Fernando Pedroso⁷ pontuou ainda que o princípio elencado não se aplica somente à absolvição do réu, mas também nos casos em que haja sentença condenatória vige tal princípio, para demandar que o réu

⁷ PEDROSO, Fernando de Almeida, **Processo Penal. O direito de defesa: repercussão, amplitudes e limites**. 3 ed. São Paulo: RT, 2001. p. 51.

seja condenado a uma pena mais ou menos grave:

“Aparentemente, dessarte, infere-se que o dispositivo legal citado limita e circunscreve a aplicabilidade do *non liquet* às hipóteses de absolvição. Porém, assim não sucede, alcançando o *in dubio pro reo* também casos de sentença penal condenatória, nos quais, havendo dúvida sobre a maior ou menor gravidade de um fato ou sobre a mais ou menos intensa culpabilidade do acusado, a sentença, em o condenando, deverá fixar-se na solução que lhe seja mais favorável. Assim, *verbi gratia*, na dúvida entre a tipificação legal de um crime mais grave ou de outro revestido de menor gravidade (ex.: crime doloso e culposos, tentativa de homicídio e lesões corporais consumadas...), deverá ser o réu condenado por este (menos grave), e não por aquele (mais grave).”

Tal extensão, portanto, decorre da essência do princípio e, ainda que legalmente só esteja contemplada a hipótese de que este seja aplicado para embasar a absolvição, elementar que quem pode o mais também pode o menos. Quer dizer, se o princípio pode ser utilizado para resguardar um direito maior, não haveria porque também não se conferir tal proteção a um direito de menor escala. Sendo assim, se viável que o réu seja absolvido em função da ausência de lastro probatório suficiente. Com muito mais efeito que também não seja condenado a pena mais grave se restar dúvida sobre a condenação a crime de maior gravidade.

Eugênio Pacelli pontua também que⁸:

“Nessa linha de considerações, o risco de condenação de um inocente há de merecer muitos e maiores cuidados que o risco da absolvição de um culpado. Não porque os danos levados ao réu pela pena sejam maiores que aqueles causados à vítima no crime, mas porque toda e qualquer reconstrução da realidade (a prova processual) submete-se à precariedade das regras do conhecimento humano.”

De certo, o *jus puniendi* do Estado, que ganha expressão máxima na aplicação das penas corporais, tem por fundamento o interesse público. A todos, no âmbito de uma sociedade democrática de direito interessa que o Estado seja capaz de reprimir a prática de crimes, aplicado uma sanção proporcional ao mal praticado. Sem isso, o próprio estado democrático de direito estaria sob risco, pois se qualquer indivíduo pudesse ofender direito de outrem e não ser punido, todos os direitos pessoais estariam ameaçados, e por fim, a própria sociedade. Assim, para que seja garantida a paz social e o equilíbrio entre os direitos inerentes a cada indivíduo é que se insurge o poder-dever de punir.

Esse poder se exprime em duas dimensões, uma a de oferecer uma resposta na mesma proporção da lesão praticada. Não deve ser, contudo, qualquer resposta. Mas somente aquela que seja justa e necessária para punir a prática delitiva. Aqui, imperiosa que as punições aplicadas

⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de, Curso de processo penal. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p.33.

respeitem o princípio da proporcionalidade. Pois também não pode haver punições que ultrapassem a medida do direito ofendido, sob pena de que aí também não se possa falar em estado democrático de direito, já que não os direitos das vítimas, mas os direitos dos réus foram completamente suprimidos.

A outra dimensão consiste na possibilidade de prevenir a prática de crimes. Nesse sentido, o agente, antes de iniciar a execução de um crime, e temendo a sanção que poderá ser-lhe aplicada, deixa de fazê-lo. Pois entende que o proveito do delito será menor que o malefício da sanção penal que poderá vir a sofrer. Assim, a simples expectativa da punição impede qualquer lesão a direito, não sendo demandado qualquer provimento concreto do Estado para reprimir este crime em específico, apenas a abstrata possibilidade de sanção.

Malgrado seja, uma vez configurada a prática de determinado delito, de interesse da coletividade que a este se aplique a devida sanção. Necessário que se faça aqui uma ponderação de valores. Ao direito de punir se opõe diretamente o direito do réu de não sofrer punição, mas caso punido, seja esta justa e necessária em face ao delito perpetrado. Entende-se, portanto, que, em última análise, o direito penal não se reveste em prol da coletividade, mas em benefício do próprio réu, que é, por essência, o sujeito mais frágil a compor a relação processual.

Assim, a liberdade de um culpado jamais será mais grave que a prisão de um inocente e, caso restar alguma dúvida, entre seja o réu submetido à prisão ou posto em liberdade, sempre deverá sobressair o direito à liberdade. Não que o direito de punir o culpado também não mereça

respaldo, mas que o direito à liberdade é tão fundamental à pessoa humana, que somente a absoluta certeza da necessidade de restringi-lo justifica a aplicação da sanção.

Não por outro motivo que o direito processual penal brasileiro se pauta pelo princípio da presunção de inocência, seguindo os ditames do texto constitucional, tendo consagrado a máxima do *in dubio pro reo*.

Precisas são ainda as lições de Aury Lopes Jr.⁹:

“Em suma: a presunção de inocência impõe um verdadeiro dever de tratamento (na medida em que exige que o réu seja tratado como inocente), que atua em duas dimensões: interna ao processo e exterior a ele.

Na dimensão interna, é um dever de tratamento imposto – inicialmente – ao juiz, determinando que a carga da prova seja inteiramente do acusador (pois, se o réu é inocente, não precisa provar nada) e que a dúvida conduza inexoravelmente à absolvição; ainda na dimensão interna, implica severas restrições ao (ab)uso das prisões cautelares (como prender alguém que não foi definitivamente condenado?).

Externamente ao processo, a presunção de inocência exige uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu. Significa dizer que a presunção de inocência (e também as

⁹ LOPES Jr., Aury. Direito Processual Penal. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

garantias constitucionais da imagem, dignidade e privacidade) deve ser utilizada como verdadeiros limites democráticos à abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial. O bizarro espetáculo montado pelo julgamento midiático deve ser coibido pela eficácia da presunção de inocência.”

Nesse diapasão, é necessário pontuar que a presunção de inocência possui uma gama de dimensões, não se limitando a justificar seja o réu absolvido sempre que a acusação não for capaz de comprovar a sua culpa. Como menciona Aury Lopes Jr., a presunção de inocência se aperfeiçoa ainda como um dever de tratamento. Ora, se o réu deve ser considerado inocente até que haja sentença condenatória com trânsito em julgado, no curso do processo penal, deve ser tratado como se inocente fosse.

Uma vez que se presume inocente, não pode o réu ser constrangido ou submetido a situação vexatória que se poderia evitar, sob pena, de restar configurado abuso de direito. E raros não são os exemplos de situações processuais a serem evitadas.

A guisa de exemplo temos o comando do artigo 6º, VIII, do Código de Processo Penal:

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

(...)

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

Desse comando se extrai que, ainda na fase de instrução, tendo tomado conhecimento de fato aparentemente típico, ilícito e culpável, e uma vez instaurado o inquérito policial, a autoridade policial deverá providenciar de imediato a identificação datiloscópica do acusado. Contudo, ressalva-se que a identificação datiloscópica somente se fará necessário quando não for possível identificar o acusado de outra forma. A identificação datiloscópica, portanto, não será necessária, por exemplo, quando o acusado já tiver sido identificado civilmente, hipótese na qual o comando do artigo 6º do Código de Processo Penal perde sentido.

Há de se convir que, considerando-se que o acusado será presumidamente inocente, qualquer constrangimento desnecessário deverá ser combatido e será evidentemente prescindível que se proceda à identificação datiloscópica do acusado que já esteja civilmente identificado.

Esse não era o comando da Súmula 568 do Supremo Tribunal Federal que, de modo diverso, dispunha que:

“A identificação criminal não constitui constrangimento ilegal, ainda que o indiciado já tenha sido identificado civilmente.”

Com o advento da Constituição de 1988, a constituição cidadã, tal entendimento restou superado. O texto constitucional foi responsável por, enfim, consagrar o princípio da presunção de inocência, hoje, basilar no direito processual penal brasileiro.

A mencionada súmula perdeu efeito em definitivo porque o próprio texto constitucional trouxe explicitamente o comando do artigo 5º, inciso LVIII, dispondo que:

“Art. 5º (...)

LVIII - o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei”

Desse modo, a regra passou a ser a de que a mera identificação civil basta à instrução criminal, sendo cabível a identificação datiloscópica somente quanto estritamente necessário, e nas hipóteses em que a lei autorizar.

Serão essas hipóteses justamente as previstas na Lei 12.037/2009, que tratou da identificação criminal, coadunando-se às disposições sobre tal matéria, os ditames da constituição. São assim hipóteses de exceções legais, sem prejuízo de outras, as previstas no artigo 3º da referida lei:

“Art. 3º Embora apresentado documento de identificação, poderá ocorrer identificação criminal quando:

I – o documento apresentar rasura ou tiver indício de falsificação;

II – o documento apresentado for insuficiente para identificar cabalmente o indiciado;

III – o indiciado portar documentos de identidade distintos, com informações conflitantes entre si;

IV – a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa;

V – constar de registros policiais o uso de outros nomes ou diferentes qualificações;

VI – o estado de conservação ou a distância temporal ou da localidade da expedição do documento apresentado impossibilite a completa identificação dos caracteres essenciais.”

Outro exemplo da consagração do princípio da presunção de inocência no curso do processo penal, se dá com o uso das algemas. Com efeito, é o teor da súmula vinculante 11 do Supremo Tribunal Federal:

“Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da

autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.”

Consoante o exposto, sendo o réu presumidamente inocente, não deve ser exposto a situações vexatórias que poderiam ser evitadas. Ora, o uso de algemas é justamente uma situação que expõe o réu a grande constrangimento. Ser conduzido algemado pelas autoridades policiais expõe o réu, desde logo, a uma presunção de culpa.

Para evitar tal constrangimento e considerada a presunção de inocência sob a ótica do direito de tratamento, é que o Supremo Tribunal Federal rechaçou em definitivo que as algemas sejam utilizadas exceto quando haja resistência do acusado, fundado receio de fuga ou quando a periculosidade do agente o justificar.

A restrição ao uso de algemas ganha contornos fundamentais, sobretudo, nos julgamentos perante o Tribunal de Júri. Uma vez que os jurados, em regra, desconhecem os ditames legais, necessário que evitem, no momento do julgamento, elementos extrínsecos ao processo que possam influenciar o imaginário dos jurados. Nesse sentido, a apresentação do réu algemado ao Tribunal é suficiente para que os jurados vejam o réu como um criminoso declarado, o que tem o condão de influir equivocadamente nos vereditos.

Também se apresenta ilegal a exposição do réu a meios de comunicação ou à opinião pública, configurando verdadeiro abuso de autoridade a apresentação do réu preso ou em situação vexatória às mídias. Mais uma vez,

presumivelmente inocente, deve o acusado ser tratado como tal. De modo que, a exposição à opinião pública deve ser evitada de modo que não venha o réu, que a posteriori poderá ter a sua inocência ratificada, a ter sua honra e sua imagem maculadas de maneira muitas vezes irreversível. Pois ainda que se divulgue tenha o mesmo sido absolvido, permanece o imaginário coletivo sobre o que veio antes a ser divulgado.

Quanto ao direito de defesa propriamente, é certo que esta deve vigorar no centro do processo penal, sendo a mais fundamental das garantias processuais a da ampla defesa. Nenhum ato do processo deve ser realizado sem que a defesa tenha conhecimento e oportunidade de participação, assim, não basta que a defesa seja cientificada do ato, faz se mister que a mesma possa também participar de sua produção, caso contrário, restará configurada cerceamento de defesa o que, em última análise, poderá ensejar a nulidade processual.

1.2. O direito de defesa na investigação criminal

À ação penal, precede uma fase investigatória preliminar, cuja finalidade é reunir indícios suficientes de autoria e materialidade do crime, dando lastro à instauração da persecução penal. Trata-se nesse momento não de um processo, mas de um procedimento preliminar com o fim de agregar elementos à ação a ser eventualmente proposta.

Para Aury Lopes Jr.¹⁰:

“A investigação preliminar situa-se na fase pré-processual, sendo o gênero do qual são espécies o inquérito policial, as comissões parlamentares de inquérito, sindicâncias etc. Constitui o conjunto de atividades desenvolvidas concatenadamente por órgãos do Estado, a partir de uma notícia-crime, com caráter prévio e de natureza preparatória com relação ao processo penal, e que pretende averiguar a autoria e as circunstâncias de um fato aparentemente delituoso, com o fim de justificar o processo ou o não processo.”

Consoante expõe também Eugênio Pacelli¹¹:

“A fase de investigação, portanto, em regra promovida pela polícia judiciária, tem natureza administrativa, sendo realizada anteriormente à provocação da jurisdição penal. Exatamente por isso se fala em fase pré-processual, tratando-se de procedimento tendente ao cabal e completo esclarecimento do caso penal, destinado, pois, à formação do convencimento (opinio delicti) do responsável pela acusação. O juiz, nessa fase, deve permanecer

¹⁰ LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

¹¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de, *Curso de processo penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p.53.

absolutamente alheio à qualidade da prova em curso, somente intervindo para tutelar violações ou ameaça de lesões a direitos e garantias individuais das partes, ou para, mediante provocação, resguardar a efetividade da função jurisdicional, quando, então, exercerá atos de natureza jurisdicional.”

Faz se mister pontuar que a fundamentalidade do procedimento investigativo preliminar reside ainda em evitar a um modo que o indiciado se submeta ao constrangimento de responder a uma ação penal que careça de justa causa. E a outro que o próprio Estado tenha que arcar com os custos de uma ação penal precária, ausente de uma mínima fundamentação, da qual será impraticável a proveniência de uma condenação. Nesse sentido, segundo André Nicolitt.¹²

“Diferentemente do processo civil, o processo penal por se revelar uma cerimônia degradante, traz para o indivíduo profunda carga estigmatizante, atraindo toda sorte de preconceitos, mesmo quando finalizado por uma sentença absolutória.

Com efeito, a necessidade de uma investigação preliminar decorre, precipuamente, da necessidade de se proteger o indivíduo, função preservadora,

¹² NICOLITT, André Luiz, Manual de Processo Penal. 6. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 192.

consistente em “preservar a inocência contra acusações infundadas e o organismo judiciário contra o custo e a inutilidade em que estas redundariam”, propiciando sólida “base e elementos para a propositura e exercício da ação penal”, conforme aponta antiga e tradicional doutrina.”

Conforme for, o direito processual penal brasileiro reconheceu a necessidade de fundamentar a instauração da ação penal, determinando seja realizado um procedimento investigatório preliminar, dispensável somente quando já houver lastro probatório suficiente para dar ensejo à deflagração da ação penal. Tal procedimento investigatório não é necessariamente o inquérito policial, embora o seja na expressiva maioria dos casos.

Mormente se trate de procedimento e não de processo e que, portanto, não serão aplicados todos os direitos e garantias destes, deve-se reconhecer que mesmo no procedimento investigatório determinadas garantias também poderão ser reconhecidas.

Em princípio, há que se convir que ao processo penal se aplica o sistema acusatório, conquanto no inquérito policial vigora essencialmente o sistema inquisitivo. Em que pese tenha natureza de mera investigação preliminar, durante o inquérito não será tão categórica a presença do direito de defesa. Plenamente possível, portanto, que a colheita de provas e que os atos de investigação ocorram sem a presença do investigado, portanto, na ausência de contraditório. Não por outro motivo que as provas colhidas na fase de investigação não poderão ser utilizadas no curso

da ação penal para fundamentar a sentença condenatória. Cabíveis, a esse fim, malgradas algumas exceções¹³, apenas as provas produzidas no curso da ação penal, sobre o crivo do contraditório e respeitando-se a ampla defesa.

Embora o inquérito penal prescindia dos direitos e garantias fundamentais ao processo, bem verdade que alguns direitos necessários à defesa poderão ser reconhecidos mesmo em sede de investigação.

Nas lições de Fernando Pedroso¹⁴:

“A nada conduziria a *informatio delicti* se fosse azado ao indiciado, durante o seu curso, formular pedidos, apresentar impugnações, recorrer... dando assim vazão ao seu interesse de procrastina-la, para que contra si não pudessem ser reunidas de imediato as principais provas, eventualmente perecíveis.”

¹³ Em regra, as provas produzidas durante a fase de investigação não podem fundamentar a condenação, isto porque aquelas são produzidas sem a necessidade de contraditório, de modo que, caso utilizadas em juízo ofenderiam o direito de defesa, maculando o devido processual legal. Contudo, a lei admite algumas exceções, é o caso das provas irrepetíveis, das provas cautelares e das provas produzidas antecipadamente. Estas são provas que necessitam ser produzidas de imediato, caso contrário, poderão perecer sem que possam ser aproveitadas ao processo. Assim, embora sejam produzidas na fase investigatório, dada a impossibilidade de serem repetidas no curso da ação penal, poderão, excepcionalmente, serem conhecidas pelo juízo. É o caso do Exame de Corpo de Delito, das provas periciais, ou da oitiva de uma testemunha acometida de moléstia grave.

¹⁴ PEDROSO, Fernando de Almeida, **Processo Penal. O direito de defesa: repercussão, amplitudes e limites**. 3 ed. São Paulo: RT, 2001. p. 60.

De fato, o inquérito é mero procedimento e, como tal, não se reveste dos mesmos elementos necessários ao processo. O inquérito policial é determinado fundamentalmente pelo sistema inquisitório de modo que não se pode falar, nesse momento, em contraditório ou ampla defesa.

Contudo, ainda que a defesa não seja plena também não se pode dizer que não há defesa alguma. Mesmo na fase investigatória são reconhecidos alguns direitos, os mais fundamentais. É nesse sentido que o acusado tem direito a constituir defensor, direito ao silêncio e direito do seu defensor de ter acesso aos autos, resguardado o sigilo das diligências ainda não realizadas, quando o conhecimento prévio da defesa ponha em risco a produção da prova, como é o caso de uma interceptação telefônica em curso, por exemplo.

Nesse diapasão, são as ideias de André Nicolitt¹⁵:

“É inegável a existência de defesa no inquérito, basta ver a previsão do interrogatório (autodefesa) no art. 6º, V do CPP, a possibilidade de intervenção do advogado (defesa técnica), a possibilidade de requerimento de diligência (ar. 14 do CPP). Por tal razão, alguns doutrinadores sustentam que no inquérito se aplica a ampla defesa. Não obstante, tais possibilidades de defesa não se confundem com a ampla defesa que consiste na indissociável atuação da autodefesa e da defesa técnica. Apesar de o inquérito comportar a atuação do

¹⁵ NICOLITT, André Luiz, Manual de Processo Penal. 6. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 193.

advogado, caso essa não tenha ocorrido, a ato administrativo é válido e a ausência de advogado não obsta a realização de qualquer ato, diversamente do que ocorre no processo que exige “ampla defesa”. De igual maneira, o direito de participação (autodefesa) do indiciado é mínimo, pois no inquérito o indiciado não acompanha todas as diligências e inclusive sofre os efeitos do sigilo da investigação que só não alcança o seu defensor.”

Ainda, como menciona Aury Lopes Jr.¹⁶:

“O direito de defesa é um *direito-réplica*, que nasce com a agressão que representa para o sujeito passivo a existência de uma imputação ou ser objeto de diligências e vigilância policial. Nessa valoração reside um dos maiores erros de alguma doutrina brasileira que advoga pela inaplicabilidade do art. 5º, LV, da CB ao inquérito policial, argumentando, simploriamente, que não existem “acusados” nessa fase, eis que não foi oferecida denúncia ou queixa.

Ora, qualquer notícia-crime que impute um fato aparentemente delitivo a uma pessoa constitui uma imputação, no sentido jurídico de agressão, capaz de gerar no plano processual uma resistência. Da mesma forma, quando da investigação *ex officio* realizada pela polícia surgem suficientes

¹⁶ LOPES Jr., Aury. Direito Processual Penal. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

indícios contra uma pessoa, a tal ponte de tornar-se o alvo principal da investigação – imputado de fato –, devem ser feitos a comunicação e o chamamento para ser interrogado pela autoridade policial.

Em ambos os casos, inegavelmente, existe uma atuação de caráter coercitivo contra uma pessoa determinada, configurando uma “agressão” ao seu estado de inocência e de liberdade, capaz de autorizar uma resistência em sentido jurídico-processual.

Nunca é demais recordar que o texto constitucional é extremamente abrangente, protegendo os litigantes tanto em processo judicial como em procedimento administrativo. Não satisfeito, o legislador constituinte ainda incluiu, para evitar dúvidas, a expressão “(...) e aos acusados em geral (...)”, assegurando-lhes o contraditório e a ampla defesa, com os recursos a ela inerentes.”

Imperioso é o direito de defesa mesmo durante a instrução criminal, de modo que o Supremo Tribunal Federal consagrou ante o teor da Súmula Vinculante 14, um dos direitos mais fundamentais à defesa, qual seja o direito de acesso aos autos:

“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.”

Elementar que, se a defesa não gozasse de qualquer direito, ou que o sigilo absoluto do procedimento investigatório fosse imprescindível ao cumprimento de sua finalidade o direito indicado não poderia existir. Como também não poderia existir o comando do artigo 14 do Código de Processo Penal, na medida em que:

“Art. 14. O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade.”

Se a defesa não pudesse participar do inquérito não haveria sentido em que a lei processual penal vislumbresse a hipótese do próprio acusado requerer diligências. De fato, a autoridade policial não fica vinculada aos requerimentos da defesa, podendo de maneira discricionária, determinar ou não a realização dos atos requeridos. Todavia, uma vez que foi conferida à defesa a possibilidade de fazer tal requerimento, evidente que se reconheceu algum direito de defesa, se não em toda a robustez pela qual se perfaz o direito de defesa no processo, ao menos em alguma quantidade.

É certo que, a contrário sensu do que ocorre no processo, na fase investigatória a produção dos atos prescinde da presença da defesa. Assim, diligências determinadas sem que sequer se tenha dado ciência à defesa serão plenamente válidas. Pois, como dito, nesta fase não há

contraditório, ou seja, não há a “*organização dialética do procedimento, o que se dá através do binômio ciência e possibilidade de resistência*”¹⁷. Desse modo, uma vez constituído defensor, este poderá vir a participar do inquérito, fazendo valer o seu direito de ter acesso aos autos, de requerer diligências, ou de participar de determinados atos como, por exemplo, o interrogatório do acusado. Todavia, nenhuma irregularidade desponta da ausência de defensor constituído, podendo todo o curso da investigação vir a ocorrer à revelia do investigado.

Ainda, nesse sentido foi a inovação trazida pela Lei 13.256/2016, que alterou o comando do artigo 7º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei 8.906/94), o novo texto passou a expressar que:

“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:

a) apresentar razões e quesitos;”

¹⁷ NICOLITT, André Luiz, Manual de Processo Penal. 6. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 194.

Entende-se que o comando do mencionado artigo se coaduna a uma tendência moderna de flexibilização do caráter inquisitorial do inquérito, já explicitado pelo Superior Tribunal Federal com a edição da súmula vinculante 14. Ressalte-se que o inquérito policial, como expressão da fase investigatória, continua sendo predominantemente inquisitivo. Contudo, tal caráter não é sobremaneira absoluto. Sendo inquisitivo, prescinde da presença de defesa. Contudo, não lhe sendo exigível, também não é negado ao acusado que constitua defesa. E uma vez constituída, esta gozará de determinados direitos, o que, por si só, não é suficiente para afetar a eficácia do procedimento.

1.3. O direito de defesa e os limites à prisão cautelar

A pena privativa de liberdade representa a expressão máxima do *jus puniendi* estatal, que com isso interfere na esfera de direitos da pessoa do acusado, privando-lhe de um de seus direitos mais primordiais, a sua liberdade de ir e vir. Em princípio, dada a gravidade da sanção, para que esta seja aplicada é exigido um especial grau de certeza da gravidade do delito e de que a autoria é atribuída ao réu, quer dizer, a aplicação da pena privativa de liberdade exige um juízo de culpabilidade prévio.

Tendo em vista a exegese do princípio da presunção de inocência, insculpido no artigo 5º, inciso LVII da Carta Magna, uma vez que a configuração da culpa exige o

trânsito em julgado de sentença penal condenatória, com muito mais propriedade é que antes disso não caberá a aplicação da pena privativa de liberdade.

Rechaça-se, nesse sentido, qualquer entendimento em contrário, pois a constituição foi explícita ao determinar que a definição da culpa exige o trânsito em julgado e a aplicação da pena privativa de liberdade não pode preceder o convencimento sobre a culpa do agente.

Pacificado o entendimento sobre a prisão como pena, ressalva-se a existência das prisões cautelares. Quer dizer, a privação da liberdade pode ser aplicada não só como pena, a qual exige sentença transitada em julgado, podendo vir a ser aplicada também, em determinadas circunstâncias, para garantir a eficácia do processo ou o cumprimento da lei penal, como é o caso das prisões cautelares.

As prisões cautelares são aquelas determinadas no curso de processo, quando ainda não há sentença condenatória, ou seja, sem que se tenha sido aperfeiçoado o juízo de culpa do agente, mas diante de previsão legal que autoriza a prisão.

Para garantir a integridade do processo ou o efetivo cumprimento da lei, o legislador determinou um rol de medidas cautelares, dentre essas, como medida mais expressiva, a prisão cautelar.

De modo geral, as medidas cautelares só podem ser aplicadas em razão de determinadas circunstâncias, estando os seus fundamentos previstos no artigo 282 do Código de Processo Penal:

“Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado”

De antemão, atenta-se para a crítica feita por Eugênio Pacelli¹⁸ quanto ao emprego da expressão liberdade provisória. Uma vez que a constituição consagrou o princípio da presunção de inocência, de modo que a culpa não se presume, sendo o réu considerado inocente até o trânsito em julgado de sentença condenatória, a regra passa a ser a liberdade, sendo a exceção a prisão, para a qual se exige a confirmação em definitivo da culpa.

Nesse sentido, seria equivocada o uso da expressão liberdade provisória, insculpida no artigo 5º, inciso LXVI da Constituição Federal:

“LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;”

¹⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de, Curso de processo penal. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 493.

Uma leitura fria do referido dispositivo levaria à falsa noção de que a liberdade seria a exceção, quando na verdade esta é a regra. Ora, se a prisão exige fundado juízo de culpa e esta só se comprova com o trânsito em julgado da sentença condenatória, por óbvio que, em regra, a prisão só se aplica ao final da instrução criminal, esgotadas todas as instâncias de jurisdição.

A prisão no curso do processo é, portanto, medida excepcional, de natureza cautelar, que só se autorizada quando e enquanto durarem as circunstâncias que a autorizem. Percebe-se que a prisão, neste caso, não é definitiva e é, sobretudo, provisória, pois esgotadas as circunstâncias que a autorizaram, esgota-se a prisão. Teria sido então um descuido do legislador original usar o termo liberdade provisória, quando é a prisão e não a liberdade que se faz em caráter transitório.

De outro ponto, mesmo após o trânsito em julgado da sentença, quando então se aplica a prisão como pena, nesse momento então definitiva, não perde a prisão seu caráter provisório posto que o ordenamento jurídico pátrio não admite prisões perpétuas, estabelecendo para esse fim o Código Penal¹⁹ o período de 30 anos, quando então, malgrado o tempo máximo de pena a ser cumprida, deverá o réu ser posto em liberdade.

As prisões cautelares como espécie comportam alguns diferentes tipos: são elas a prisão em flagrante, a prisão provisória e a prisão preventiva.

¹⁹ Art. 75 - O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 (trinta) anos.

1.3.1. Espécies de prisão cautelar

A prisão em flagrante ocorre quando constatada alguma das hipóteses de flagrante legalmente previstas. Consoante o ditame do artigo 283 do Código de Processo Penal²⁰, é a única espécie que não exige, para a sua decretação, decisão fundamentada de autoridade judiciária competente cabendo inclusive a qualquer do povo determinar a prisão, uma vez evidenciada situação de flagrante delito, nos termos do artigo 301²¹ do referido Estatuto.

As situações de flagrante, por sua vez, têm previsão no artigo 302 do Estatuto Processual Penal. Em suma, o flagrante ocorre quando o agente é encontrado no momento em que praticava o crime, quando tenha acabado de o fazer, ou quando, logo após tê-lo praticado, vem a ser perseguido. Ou ainda, quando após o crime é encontrado em situação que se faça resumir seja o autor da infração.

“Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;

²⁰ Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

²¹ Art. 301. Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.

III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.”

Para André Nicolitt²², a prisão em flagrante não seria uma espécie de prisão cautelar, mas sim, meramente administrativa, pois a contrário das demais cautelares não tem por fim a garantia do processo ou do cumprimento da lei, mas tão somente pôr o agente, que se encontrava em situação de flagrante delito, à disposição do juiz para que, este sim, aplique uma medida cautelar ou conceda a liberdade provisória, caso não haja fundamento para a conversão em prisão preventiva.

“A prisão em flagrante teria, nesta perspectiva, natureza administrativa, o que se modifica a partir de sua comunicação ao juiz, que, quando não a relaxar, por entendê-la legal, e não conceder a liberdade, por entender, presentes os pressupostos fáticos das cautelares, não sendo suficientes ou adequadas as medidas cautelares diversas, converteria tal prisão em preventiva, ou seja, verdadeiramente cautelar e jurisdicional (art. 310 do CPP).

Tanto é assim que a prisão em flagrante

²² NICOLITT, André Luiz, Manual de Processo Penal. 6. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 759.

pode ser feita por qualquer do povo (art. 301 do CPP) e sua formalização é atribuição da autoridade policial, que tem o dever de comunicá-la imediatamente ao juiz.”

Em que pesem as suas pontuais disposições, é majoritária a doutrina que não vislumbra qualquer óbice seja a prisão preventiva elencada no rol das prisões cautelares, assim mencionadas todas aquelas que antecedem a condenação.

Outro tipo de prisão cautelar é a temporária. Aqui trata-se de uma modalidade de prisão exclusiva da fase investigatória, portanto, incabível quando já instaurada a ação penal. A prisão temporária tem por fim a garantia das investigações, mormente nos crimes graves, sendo aplicável somente aos quais o ordenamento jurídico previu ser cabível a prisão temporária.

A prisão temporária conta com um prazo específico, previsto em lei. Findo o prazo o indiciado deve ser posto em liberdade, salvo se já houver sido convertida em prisão preventiva, independente do passo em que se encontrem as investigações. Mantida a prisão temporária após o tempo máximo permitido, esta se torna ilegal e nos termos do artigo 5º, LXV²³, deverá ser imediatamente relaxada pela autoridade judicial competente.

A prisão temporária possui previsão na Lei 7960/89, que determina em seu artigo 2º²⁴ o prazo máximo de 5 dias,

²³ LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;

²⁴ Art. 2º A prisão temporária será decretada pelo Juiz, em face da

prorrogável uma única vez, caso demonstrada a extrema necessidade de manutenção da medida. Todavia, tratando-se de crime hediondo ou a estes equiparado, prevê a Lei nº 8.072/90²⁵ o prazo de 30 dias, prorrogáveis por mais 30, se demonstrada a sua absoluta necessidade.

Também não poderá a prisão temporária ser aplicada a qualquer crime, para isso a Lei 7960/89²⁶ trouxe um rol

representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, e terá o prazo de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

²⁵ Art. 2º (...) § 4º A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

²⁶ Art. 1º Caberá prisão temporária: I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial; II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade; III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes: a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º); b) seqüestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º); c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º); d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º); e) extorsão mediante seqüestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º); f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); (Vide Decreto-Lei nº 2.848, de 1940) g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); (Vide Decreto-Lei nº 2.848, de 1940) h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); (Vide Decreto-Lei nº 2.848, de 1940) i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º); j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285); l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal; m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de suas formas típicas; n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976); o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986). p) crimes previstos na Lei de Terrorismo. (Incluído pela Lei

taxativo e somente poderá ser aplicada tal medida cautelar às hipóteses previstas.

Importa considerar que a Lei 7960/89 explicitou não somente os crimes aos quais pode ser aplicada a prisão temporária, mas também elencou determinadas condições para a adoção da medida, quais sejam: I – quando imprescindível para as investigações do inquérito policial, II – quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade, III – quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado.

Para Eugênio Pacelli tais hipóteses não são alternativas e, de fato, importante pontuar que a prisão temporária é um dos tipos de prisão cautelar admitidas pelo ordenamento pátrio. É certo que a lei processual penal, frisa-se, pautada pelo princípio da presunção de inocência, determinou que, em regra, o acusado seja mantido em liberdade enquanto não houver transitado em julgado a sentença condenatória. Sendo a prisão cautelar admitida no processo somente em caráter excepcional, determinou o legislador que tal só se autoriza mediante a presença de determinados requisitos, em suma, para a garantia do processo ou para assegurar o cumprimento da decisão definitiva.

Uma vez que a prisão temporária se configura também como uma prisão cautelar, entende-se que os requisitos específicos para a decretação daquela devem coadunar-se aos requisitos gerais das cautelares. Nesse

sentido, nas palavras de Eugênio Pacelli²⁷:

“Pensamos, por isso mesmo, que devem estar presentes, necessariamente, tanto a situação do inciso I, imprescindibilidade para a investigação policial, quanto aquela do inciso III. A hipótese do inciso II, repetimos, já estaria contemplada pela aplicação do inciso I. Assim, a prisão temporária somente poderá ser decretada se e desde que presentes também os requisitos tipicamente cautelares (indícios de autoria e prova da materialidade), seja imprescindível para as investigações policiais e se trate dos crimes expressamente arrolados no inciso III do art. 1º; para outros, ali não mencionados, a única prisão cautelar possível seria a preventiva, nunca a temporária. A interpretação segundo a qual bastaria a presença de um único inciso para que se pudesse decretar a temporária parece-nos absolutamente descontextualizada da ordem constitucional vigente. Ora, se fosse assim possível, qual seria a fundamentação cautelar da prisão determinada com fundamento unicamente no inciso III, por exemplo? Indícios de autoria e prova da materialidade? Nada mais? Basta ver as regras específicas para a decretação de quaisquer medidas cautelares no atual processo penal brasileiro, conforme art. 282, CPP (com redação dada pela Lei nº 12.403/11) para se recusar semelhante

²⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de, Curso de processo penal. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 547.

sugestão.”

De fato, entende-se que se faz necessária uma interpretação sistemática do comentado dispositivo, se a hipótese do inciso II já é, de antemão, englobada pela situação do inciso I, posto que a ausência de identificação do indiciado representa claro empecilho para o curso regular das investigações. Também é verdade que a circunstância do inciso III não merece prosperar em isolado como fundamento para a privação da liberdade. Conforme já exposto, somente o indício de culpabilidade não é suficiente para que seja proferido o decreto prisional, é necessário que esta reste definitivamente comprovada. Somente em situações excepcionais poderá ser o agente privado de sua liberdade sem que sobre ele tenha se firmado juízo de culpabilidade, sendo tais as prisões cautelares.

Todavia, o simples indício de culpa ou a fundada suspeita da autoria não representam, de modo algum, situação que demande a aplicação de qualquer medida cautelar. É necessário que tais elementos estejam acompanhados de fundado risco para o processo conquanto perdurar a liberdade do agente. A guisa de exemplo cita-se quando o agente esteja coibindo testemunhas, maculando elementos de prova, descumprindo outras medidas cautelares aplicadas previamente, ou seja, a liberdade do réu representa risco para o processo e, esgotado o risco, esgota-se a justificativa para a prisão.

Volvendo-se à questão da prisão temporária, também nesse caso imperioso que haja um risco, dessa vez não para o processo, mas para o curso das investigações, o que se vislumbra, mais propriamente, no caso do inciso I.

Nesse diapasão, e sob uma ótica sistemática do ordenamento jurídico, depreende-se que o decreto de prisão temporária exige seja imprescindível às investigações conjuntamente com a presença de fundadas alegações sobre a autoria ou participação do agente na prática criminosa, pois, somente com a concorrência dessas duas hipóteses estará o decreto prisional em conformidade com o ordenamento jurídico pátrio.

A última das prisões cautelares é a prisão preventiva. Tal modalidade de prisão tem, por essência, a função de garantia da instrução criminal, sempre que a liberdade do réu represente risco ao processo. Como afeto às medidas cautelares em geral, a prisão cautelar tem como requisitos de validade dois elementos básicos, o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*. O primeiro elemento consiste na existência de suficientes indícios da materialidade do crime, enquanto o segundo representa, em suma, que a liberdade do agente ponha em risco o processo.

De modo geral, os requisitos da prisão preventiva foram adstritos ao artigo 312 do Código de Processo Penal, no sentido de que:

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

Faz se mister ressaltar, mais uma vez, a pertinência

do princípio da presunção de inocência, mormente em seu caráter de regra de tratamento. Uma vez que se presume inocente o réu até que a sentença penal condenatória transite em julgado, curial que se evite que no curso do processo, quando ainda não foi formalizado um juízo de culpa, não seja este submetido a constrangimento desnecessário, bem como sofra qualquer tipo de sanção a qual se poderia evitar sem maiores prejuízos.

Veja que a sanção máxima do processo penal é justamente a privação da liberdade e, sendo inocente o réu, não deve ser-lhe tolhida a liberdade de locomoção quando não for o caso de extrema necessidade. Esta, conforme o exposto, reside nas excepcionais previsões legais conferidas às prisões cautelares. Estas, contudo, convêm serem aplicados somente em último caso, quando presentes os elementos que a autorizem e não puder ser, sem se obter o mesmo efeito, aplicada qualquer medida cautelar diversa.

Pontua Eugênio Pacelli²⁸:

“Em razão da sua gravidade, e como decorrência do sistema de garantias individuais constitucionais, somente se decretará a prisão preventiva “por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente”, conforme se observa com todas as letras no art. 5º, LXI, da Carta de 1988. Mas não basta a fundamentação judicial da autoridade competente. Como se trata de grave medida restritiva de direitos, a sua decretação deve estar expressamente prevista em lei, não

²⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de, Curso de processo penal. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 550.

podendo o juiz, nesse ponto, afastar-se do princípio da legalidade, nem mesmo se entender presentes circunstâncias e/ou situações que coloquem em risco a efetividade do processo e da jurisdição penal. Por efetividade estamos nos referindo à necessidade de se preservar o adequado funcionamento de um (processo) e outra (jurisdição penal), de maneira a permitir que ambos cumpram as suas importantes missões, tanto como instrumento de garantia do indivíduo quanto de aplicação da lei penal.”

1.3.2. O sistema de garantias legais e a admissibilidade da prisão

Entende-se que o atual processo penal, pautado pela constituição de 1988, que efetivou direitos e garantias individuais, tem se substanciado legalmente como um sistema em essência mais garantista que punitivista, e é correto que o seja.

Acredita-se que não mais subsiste a ideia de que o processo penal se aperfeiçoa unicamente em prol da sociedade. Não obstante seja o processo penal uma ramificação do direito público e, como tal, tenha também princípio motor a supremacia do interesse público, não poderia este se tornar absoluto. O interesse público não pode, sob o prisma do bem maior, suprimir garantias e direitos individuais arbitrariamente.

Nesse sentido, a aplicação do interesse público deve

sempre ocorrer de acordo com o princípio da proporcionalidade, pois de modo geral, o nosso ordenamento jurídico é marcado por uma gama de princípios que não raras as vezes se chocam e é, nesse ponto, o dever do poder jurisdicional, utilizar-se da proporcionalidade para definir, em cada caso, qual princípio merece prosperar.

O processo penal é marcado pelo conflito entre o interesse público de que as infrações legais sejam punidas e o interesse pessoal de zelar pelos direitos da pessoa humana, a manutenção das suas liberdades individuais. Em que pese o direito penal tenha por máxima a aplicação da pena privativa liberdade, retirando temporariamente (já que não existem penas perpétuas no ordenamento jurídico brasileiro) a sua liberdade de locomoção. No entanto, outros podem ser os direitos afetados pela sentença penal condenatória, seja em caráter principal, como medida alternativa à prisão ou em caráter secundário, como efeito da pena privativa de liberdade.

Nesse teor, cita-se que o código penal²⁹ prevê a aplicação de penas restritivas de direitos, alternativa à pena privativa de liberdade, nesse caso pode haver restrição de direitos que não a liberdade de locomoção, é que o ocorre, por exemplo, com as penas pecuniárias (restrição patrimonial) ou de interdição temporária de direitos (como

²⁹ Art. 43. As penas restritivas de direitos são: (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998) I - prestação pecuniária; (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998) II - perda de bens e valores; (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998) III - limitação de fim de semana. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984) IV - prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; (Incluído pela Lei nº 9.714, de 25.11.1998) V - interdição temporária de direitos; (Incluído pela Lei nº 9.714, de 25.11.1998) VI - limitação de fim de semana. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 25.11.1998)

perda de direitos políticos a agentes com mandados eletivos).

As restrições a outros direitos podem, contudo, não decorrer da adoção de uma pena diversa da privação de liberdade, mas em decorrência da aplicação desta, como um efeito secundário à condenação. É o caso da obrigação de indenizar a vítima³⁰ (restrição patrimonial), perda do cargo, função pública ou mandado eletivo³¹ (quando o condenado à pena privativa de liberdade for agente público) ou perda do poder familiar³² (quando o crime é cometido contra descendente).

Não obstante seja imperioso o interesse público em que se cumpram as leis penais, e em caso de descumprimento sejam aplicadas as devidas sanções. É fundamental que sejam resguardados, na medida do possível, os direitos da pessoa do réu, por isso consagrado em nosso ordenamento jurídico o princípio da presunção de inocência, a necessidade de sejam fundamentadas as prisões cautelares, cabível somente em casos de real necessidade, o direito do réu possuir defensor constituído nos autos do processo e que ausente a defesa, seja o nulo o processo, o direito de não ser condenado por provas ilícitas, entre tantos

³⁰ Art. 91 - São efeitos da condenação: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

³¹ Art. 92 - São também efeitos da condenação:(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo: (Redação dada pela Lei nº 9.268, de 1º.4.1996)

³² II – a incapacidade para o exercício do poder familiar, da tutela ou da curatela nos crimes dolosos sujeitos à pena de reclusão cometidos contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar, contra filho, filha ou outro descendente ou contra tutelado ou curatelado; (Redação dada pela Lei nº 13.715, de 2018)

outros que visam resguardar a pessoa do réu à despeito da sana punitiva do estado.

Uma questão fundamental a respeito das prisões cautelares é que elas somente são aplicáveis quando o crime em tese praticado for punível com pena privativa de liberdade. Por óbvio que se nem após o trânsito em julgado de uma eventual sentença penal condenatória, quando não restar mais dúvida sobre a culpa do agente, é aplicável uma sentença privativa da sua liberdade, com muito menos direito pode ser aplicada tal medida ainda no curso do processo quando ainda não formalizada a sua culpa.

Ainda que não possuam o mesmo fundamento de validade, já que a sentença penal visa reprimir o injusto praticado pelo ato criminoso, enquanto a prisão cautelar tem por fim a garantia do devido processo. É bem verdade que a aplicação da pena privativa liberdade constitui a expressão máxima do poder punitivo do Estado, é a pior situação para o réu, a que mais afeta a esfera de direitos da pessoa humana. É por isso que a aplicação da pena corporal deve se atentar a todas as garantias da defesa e somente é cabível quando haja certeza seja ela a justa medida para reprimir o mal perpetrado pelo réu.

Ainda mais sensível é, contudo, a aplicação da prisão como medida processual cautelar, pois nesse caso sequer há convencimento sobre a culpa do réu é, portanto, uma prisão precária e não pode, sob hipótese alguma, ser aplicada como uma forma de antecipação da pena. A prisão cautelar, como já exposto, possui fundamentos próprios e só se aplica caso seja de extrema necessidade para a garantia do processo ou da efetividade da lei penal.

Importa definir, contudo, que a prisão como regra é

justamente a que sucede a sentença condenatória com trânsito em julgado, ou seja, a prisão como pena, representando a prisão cautelar, prisão processual, apenas uma medida excepcional. Sendo assim, quando, como regra, não for cabível prisão, muito menos razão assistirá seja ela aplicada como exceção processual, o que se aplica a todas as formas de prisões cautelares.

Em matéria de prisão preventiva, para que haja o decreto prisional não basta que estejam presentes os requisitos gerais do artigo 312 do Código de Processo Penal³³, exige-se ainda que esteja configurada umas das hipóteses do artigo 313 deste código, que assim determina:

“Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com

³³ Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência”

Portanto, ainda que estejam presentes os requisitos do artigo 312 pode não ser cabível a adoção da medida pois nem todos os crimes se sujeitam à aplicação da pena privativa de liberdade, e se não for esse o caso, incabível a prisão, já que se o crime não admite a prisão-pena, tampouco admitirá a prisão processual.

Também não será cabível a aplicação da prisão preventiva aos crimes culposos. Para Eugênio Pacelli³⁴, tal postulado decorre da necessidade de haver proporção entre a medida cautelar imposta e o crime praticado:

“De outro lado, não será cabível a preventiva: (a) para os crimes culposos, com a ressalva que fizemos anteriormente (item 11.4.1); e (b) quando não for prevista pena privativa da liberdade para o delito (art. 283, § 1º, CPP). No primeiro caso, dos crimes culposos, a vedação da preventiva decorre do postulado da proporcionalidade, na perspectiva da proibição do excesso, a impedir que uma medida cautelar seja mais grave e onerosa que o resultado final do processo condenatório. Ver, no ponto, as dificuldades concretas para a imposição de pena privativa da liberdade aos crimes culposos (art. 33, § 2º, b, art. 44, I, e art. 77, ambos do CP), e o alerta que fizemos no item 11.4.1, em relação à excepcional

³⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de, Curso de processo penal. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 551.

possibilidade da pena privativa em tais situações.”

A exceção que se faz é aplicação da prisão preventiva em função do descumprimento de medida cautelar previamente imposta. Aqui o princípio da proporcionalidade já exigiu que fosse aplicada medida cautelar diversa da prisão. Contudo, uma vez que o réu descumpriu a medida imposta em princípio e para evitar que o risco ao processo se perpetue, inevitável que venha a ser aplicada medida mais gravosa, que embora não fosse exigível de primeira, passa a ser, uma vez que com a medida menos grave não foi possível alcançar o resultado pretendido.

Com o advento da Lei 12.403/11, inúmeras medidas alternativas à prisão foram introduzidas pelo artigo 312 do Código de Processo Penal³⁵, tal medida coaduna-se à

³⁵ Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011). V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011). VI - suspensão do exercício de função pública ou de

solidificação de um processo penal garantista, pautado pelos princípios introduzidos pela constituição de 1988, que tem como um de motores a proteção da pessoa humana. Ressalta-se, portanto, que a prisão como uma medida de máxima gravidade deve ser aplicada somente em última instância, sempre que não se possa, para determinado fim, fazer uso de medida diversa.

A prisão processual, como uma medida de extrema severidade, deve ser sempre que possível evitada, pois expõe o réu a grave constrangimento sem que ainda tenha sido aperfeiçoado juízo de culpa. Nesse sentido, louvável o advento da Lei 12.403/11, consagrando-se o instituto das medidas alternativas à prisão, de modo que, havendo risco ao processo pugna-se, em primeiro lugar, pela aplicação de uma das medidas alternativas e somente caso não seja possível a aplicação de nenhuma destas, ou caso o réu já tenha descumprida alguma medida aplicada, é que se passa à discussão sobre a prisão.

Portanto, conforme Fernando Pedroso³⁶:

“Desse modo, e concluído, a prisão

atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011). VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011). VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011). IX - monitoração eletrônica. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

³⁶ PEDROSO, Fernando de Almeida, **Processo Penal. O direito de defesa: repercussão, amplitudes e limites**. 3 ed. São Paulo: RT, 2001. p. 103.

preventiva jamais poderá voltar-se ou ser decretada contra o nemo tenetur se accusare do réu, pois, se assim suceder, atingido sobrejará o direito constitucional de defesa.”

1.4. Denúncia e direito de defesa

A denúncia é a peça vestibular da ação penal pública, responsável por inaugurar e dar contornos ao processo. Em princípio, a sentença penal deve adstringir-se aos fatos narrados na denúncia. Caso sejam decididas questões não imputadas pela acusação, viola-se o direito da defesa já que a denúncia não é responsável só por limitar o objeto da decisão judicial, mas também por definir a matéria sobre a qual deve se debruçar a defesa.

Conforme exposto, a defesa não precisa provar os fatos, deve, contudo, ser capaz de levantar a dúvida já que esta se reveste em seu favor. É, portanto, ônus da defesa comprovar os fatos alegados contra o réu. Mais ainda, se é à acusação que cabe provar, também é certo que a defesa somente se manifesta sobre o que tenha sido previamente alegado pela defesa.

No processo penal impera o postulado do *nemo tenetur se detegere*, ou princípio da não auto-incriminação, por meio do qual diz-se que o réu não é obrigado a produzir prova contra si mesmo.

No texto constitucional tal princípio se desdobra no consagrado direito ao silêncio, expresso no artigo 5º em seu

inciso LXIII³⁷. Desse modo, não pode ser o acusado impelido a se manifestar podendo inclusive recusar-se a prestar informações durante o seu interrogatório sem, contudo, que o seu silêncio se reverta em seu desfavor, através de um juízo negativo do magistrado.

Nas lições de Fernando Pedroso³⁸:

“Em torno do fato descrito e narrado na exordial acusatória estabelecer-se-ão a ação e o processo penais, dando-se ao réu conhecer o fato que lhe é imputado e do qual defluirão consequências jurídico-penais.

É o fato contido na prefacial acusatória o objeto do processo penal, e a ele deverá – em princípio – limitar-se a sentença”

Com isso, é o conteúdo da peça acusatória fundamental à defesa, que a partir daí traçará os contornos de sua atuação no processo, prestando-se a fragilizar os argumentos da acusação, afastando do réu os fatos e fundamentos à ele imputados. Se a defesa não conheceu todos os pontos que fundamentaram a condenação é configurada clara ofensa ao princípio da ampla defesa, pois não poderia o réu defender-se de fatos que desconhecia.

Por isso que, em regra, a sentença deve limitar-se aos elementos da acusação, devendo, como exige o devido

³⁷ 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;

³⁸ PEDROSO, Fernando de Almeida, Processo Penal. O direito de defesa: repercussão, amplitudes e limites. 3 ed. São Paulo: RT, 2001. p. 121.

processo legal, ter sido oportunizado à defesa não apenas conhecê-los como efetivamente combatê-los. Não por outro motivo que o artigo 41 do Código de Processo Penal³⁹ exigiu que a denúncia (ou queixa no caso da ação penal privada) contenha a exposição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias.

³⁹ Art. 41. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.

CAPÍTULO 2

A AUTODEFESA

Do princípio da autodefesa, como gênero, insurgem duas espécies, a defesa técnica e a autodefesa. Da segunda, como um de seus postulados, decorre o direito de presença do réu a todos os atos processuais, somando-se ao rol de garantias do réu a participação em todos os atos processuais. Ressalva-se, contudo, que tal direito não é, a priori, absoluto.

Os tribunais superiores adotam o entendimento de que a ausência do réu só deverá ser suscitada com fim de anular o ato praticado quando restar demonstrado prejuízo à defesa.

Ainda que, de certa maneira, seja pacífico o entendimento de que o réu tem direito à presença em audiência, na prática, ainda há casos em que tal direito é afastado, mormente sob a égide de fatores como a periculosidade do réu, o risco à sociedade ou os altos custos para a administração pública, hipóteses em que o poder público tem que arcar com o deslocamento do réu custodiado. Nenhum desses elementos, contudo, parece ter força para justificar que seja afastado um direito tão caro à defesa quanto o direito de presença.

Um outro ponto de destaque foi a implementação do sistema de videoconferências com o advento da Lei

11.900/09, quando se passou a admitir como sucedâneo da presença física do réu em audiência a presença por meio de videoconferência, aplicável aos casos em que a presença física representasse maiores transtornos ao curso do processo, como nas hipóteses de alta periculosidade do réu, quando a sua presença na audiência fosse capaz de constranger testemunhas, ou quando fosse inviável ou ao menos extremamente dificultoso que o réu se deslocasse até o local da audiência.

Nesse panorama, algumas questões se apresentam iminentes, tal qual a necessidade de definir a autodefesa e, nesse sentido, delimitar a extensão do direito de presença, apontando os elementos que justificariam a sua relativização. Do mesmo modo explicitar quando o direito de presença exige a presença física e as causas que justificam a sua dispensa.

Por fim, qual a real importância da presença do réu nos atos processuais e em que ponto a defesa fica prejudicada na ausência deste?

O direito de defesa se divide em defesa técnica e autodefesa. Em sentido mais amplo, tem-se que ambos decorrem do princípio da ampla defesa previsto no art. 5º, LV da Constituição Federal, segundo o qual “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

De acordo com Aury Lopes Jr.⁴⁰, a defesa técnica está atrelada à defesa profissionalmente exercida por

⁴⁰ LOPES Jr., Aury. Direito Processual Penal. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.100.

defensor ou advogado constituído, portanto, indispensável, que representa um imperativo de ordem pública. Nesse sentido, conforme o comando do art. 261 do Código de Processo Penal⁴¹, é obrigatória a participação de Defensor regularmente constituído em todos os atos do processo.

Por outro lado, não menos importante se apresenta a autodefesa, participação pessoal do acusado nos atos processuais de modo a contribuir para a formação do convencimento do juiz. Sendo assim, não apenas a atuação do advogado é essencial ao exercício do direito de defesa, mas também é fundamental a presença física do réu aos atos processuais. A doutrina divide ainda a autodefesa em positiva e negativa, esta última guardando relação com o direito ao silêncio.

O direito à autodefesa ganha maior expressão quando se está diante de réus custodiados pelo Estado e que, portanto, deverão ser conduzidos para que possam participar dos atos processuais. A priori, entende-se que o Estado não poderia dispor do direito do réu de participar efetivamente do processo, sob pena de macular seu direito de defesa. Por outro lado, e ainda mais fundamental, o réu não é obrigado a prestar informações em interrogatório, mas é necessário ao devido processo que lhe seja oportunizado fazê-lo.

O Supremo Tribunal Federal já se posicionou, como no julgamento do HC nº 111728/SP⁴², no sentido de que o Estado não pode alegar a dificuldade de transportar o réu como justificativa para a sua ausência, sob pena de que seja

⁴¹ Art. 261. Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor.

⁴² Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 111728. 2ª Turma. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Julgado em 19.02.2013. DJE 19.08.2013.

nulo o ato, devendo constar que a sua presença é essencial a todos os atos do processo.

O direito de defesa emana do comando constitucional que consagrou no ordenamento jurídico brasileiro o princípio da ampla defesa, expresso no art. 5º, LV da Carta Magna. Como expressão do direito de defesa, a autodefesa também possui fundamental importância no âmbito do rol de direitos e garantias do acusado em sede processual penal.

Reforçando a ideia da primazia do direito de defesa, são as precisas lições de Tourinho Filho⁴³:

“Aliás, em todo processo de tipo acusatório, como o nosso, vigora esse princípio, segundo o qual o acusado, isto é, a pessoa em relação à qual se propõe a ação penal, goza de direito “primário e absoluto” à defesa. O réu deve conhecer a acusação que se lhe imputa para poder contrariá-la, evitando, assim, possa ser condenado sem ser ouvido”.

O direito de defesa é, portanto, inafastável, e quando não observado dá causa à nulidade absoluta do processo. O direito de defesa representa a garantia mínima do acusado, que no processo penal ocupa primordialmente o polo mais frágil, prevenindo que a força repressiva do Estado macule o justo processo, exigindo que, em função da posição de

⁴³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de Processo Penal. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

vulnerabilidade, que em regra ocupa, o réu no processo penal necessariamente deva ser tratado de maneira especial:

Importante salientar que, ainda que aplicável em todo o curso da instrução processual e fundamental a todos os atos do processo, é no momento do interrogatório que a autodefesa ganha sua expressão máxima.

2.1. O interrogatório do réu

O interrogatório é um dos momentos mais sensíveis do processo penal. É a ocasião em que se coloca o réu na presença do juiz, podendo responder às suas perguntas, narrando a sua versão dos acontecimentos e defendendo-se pessoalmente das acusações.

De acordo com Fernando Pedroso⁴⁴:

“É o interrogatório o ato através do qual o réu, indagado pelo juiz, fornece-lhe as informações e declarações a respeito de sua pessoa e do fato criminoso com suas circunstâncias. É, portanto, o conjunto de perguntas e respostas que se estabelece entre a autoridade jurídica e o acusado, versando sobre seus antecedentes, personalidade, identidade e o fato em que se viu envolvido.”

⁴⁴ PEDROSO, Fernando de Almeida, Processo Penal. O direito de defesa: repercussão, amplitudes e limites. 3 ed. São Paulo: RT, 2001. p. 178.

Em que pese haja controvérsia doutrinária acerca da natureza jurídica do interrogatório, entende-se que merece reconhecimento a concepção de que o interrogatório tem uma natureza dual, sendo ao mesmo tempo meio de prova e meio de defesa.

Nas precisas lições de André Nicolitt⁴⁵:

“Antes do advento da Lei 10.792/2003 entendíamos que o interrogatório era exclusivamente meio de defesa, até porque não era submetido ao contraditório, uma vez que as partes não podiam intervir no ato, até então exclusivo entre juiz e acusado. Não obstante, pensamos que com o formato que lhe foi dado pela Lei 10.792/2003, atualmente o interrogatório é meio de defesa, mas também meio de prova.

Isto porque a lei destacou o que a Constituição já consagrava desde 1988 e a prática forense ignorava, que é o direito ao silêncio sem prejuízo à defesa. Ademais, o interrogando pode prestar esclarecimentos e indicar provas (art. 189 do CPP). Estes aspectos marcam inegavelmente o interrogatório como meio de defesa. Não obstante, a mesma lei assegurou o contraditório ao interrogatório, permitindo perguntas da acusação e da defesa (art. 188 do CPP), sendo certo que o juiz pode formar

⁴⁵ NICOLITT, André Luiz, Manual de Processo Penal. 6. Ed. São Paulo: RT, 2016. p. 681.

sua convicção a partir dos esclarecimentos do acusado, inclusive de sua confissão. Portanto, para nós o interrogatório é meio de defesa e também meio de prova, tendo natureza mista ou híbrida.”

O interrogatório é o momento do processo em que a defesa pessoal ganha maior destaque. Com efeito, durante tal ato processual é somente ao próprio acusado que cabe arguir os fatos e sustentar as teses defensivas, atuando pessoalmente no convencimento do julgador.

Segundo Leonardo Greco⁴⁶ o interrogatório é um dos meios mais eficazes de autodefesa e para tanto exige que sejam observadas algumas garantias a exemplo da oportunidade do réu efetivamente se pronunciar não se limitando a responder perguntas:

“A autodefesa no processo penal abrange não apenas o direito de estar presente a todos os atos da instrução, de oferecer alegações e provas pessoalmente, mas também de participar pessoalmente do contraditório e dos debates. A participação obrigatória do advogado, prevista em muitos ordenamentos e procedimentos, não pode restringir a autodefesa, que é direito do qual somente o próprio acusado pode dispor. O interrogatório do réu é um dos meios mais eficazes de autodefesa, desde que o réu não seja posto pelo juiz na posição

⁴⁶ GRECO, Leonardo. Novos Estudos Jurídicos. Ano VII. Nº 14. p.9-68. Abril,2002.

absolutamente passiva de ter de limitar-se a responder ao que lhe for perguntado.”

Ainda com relação ao momento do interrogatório, Eugênio Pacelli⁴⁷ pontua as alterações da Lei 11.719/08, que reformou o Código de Processo Penal estabelecendo a concentração dos atos instrutórios. Nesse sentido, a concentração dos atos em audiência de instrução e julgamento se reverteu em benefício à defesa, que passa a presenciar, em regra, todos os atos da audiência, neles incluídos inclusive a inquirição de testemunhas e peritos:

“O interrogatório é meio de defesa - incluído na denominada autodefesa, que consiste no desenvolvimento de qualquer ato ou forma de atuação em prol dos interesses da defesa, razão pela qual é indispensável a presença de um defensor para o ato. Naturalmente, a partir da Lei 11.719/08, que instituiu a concentração dos atos instrutórios, a defesa sempre estará presente ao interrogatório, já que este se realiza após a inquirição das testemunhas e peritos, na mesma audiência. Isso, como regra, é claro.”

Contudo, importa acrescentar que nem sempre a oitiva das testemunhas será realizada na audiência de instrução e

⁴⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 45.

juízo, antecedendo o interrogatório do réu. Tal é o caso de as oitivas a serem realizadas por meio de carta precatória. Como imperativo da autodefesa, ainda que as oitivas sejam realizadas em outra comarca não se afasta o direito do réu presenciá-las.

A discussão maior se dá nos casos em que o réu se encontra segregado cabendo ao Estado arcar com os custos do seu deslocamento. Entende-se que o alto custo para a administração não justifica que seja negado ao réu o direito de presenciar os atos processuais e que, em última instância, a ponderação de princípios no processo penal deve sempre se reverter em favor da defesa.

CAPÍTULO 3

DESAFIOS ATUAIS AO DIREITO DE DEFESA

3.1 Condições coercitivas e a violação às prerrogativas da defesa

Um ponto que tem suscitado grande polêmica consiste na legalidade da condução coercitiva do acusado ao interrogatório. Historicamente, em um processo penal iminente inquisitivo, em que o interrogatório possuía natureza exclusiva de meio de prova, quando era permitido ao juiz valorar de forma negativa o silêncio do réu, bem como sua tentativa de esquivar-se ao ato do processo, não se vislumbrava óbice a que o acusado fosse submetido à condução coercitiva.

Todavia, com o advento da constituição de 1988, principalmente, o processo penal passa a ganhar novos contornos. Tendo a partir daí roupagem mais garantista. O réu, como uma pessoa de direito, passa a contar com uma série de garantias processuais. O princípio da verdade real perde força diante da vedação expressa às provas ilícitas. O réu passa a ser reconhecido como sujeito de direitos, o direito ao silêncio ganha contornos constitucionais e o interrogatório ganha natureza também de meio de defesa.

O processo penal brasileiro não admite mais que o silêncio do réu se reverta em seu desfavor. Do mesmo modo não o poderá a sua ausência. Ressalta-se, todavia, que a presença em

audiência é um direito do réu e que o momento do interrogatório é um dos mais sensíveis à sua defesa, momento no qual se aperfeiçoa a autodefesa, onde o próprio réu é levado à presença do juiz influenciando diretamente no seu convencimento.

Nesse diapasão, a melhor doutrina considera que a condução coercitiva do réu para interrogatório é incompatível como o direito ao silêncio, portanto, em último grau, inconstitucional.

Segundo Eugênio Pacelli⁴⁸:

“Desse modo, também a condução coercitiva prevista na primeira parte do art. 260 do CPP, quando determinada para simples interrogatório – meio de defesa, no qual o acusado não é obrigado a prestar qualquer informação, nem tem qualquer compromisso com a verdade –, é de se ter por revogada, igualmente por manifesta incompatibilidade com a garantia do silêncio. A regra da não exigibilidade de participação compulsória do acusado na formação da prova a ele contrária, ressalvadas hipóteses previstas em leis e não invasivas da integridade física e psíquica do agente, decorre, além do próprio sistema de garantias e franquias públicas instituído pelo constituinte de 1988, de norma expressa prevista no art. 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, integrada ao nosso ordenamento jurídico pelo Decreto nº 678,

⁴⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de, Curso de processo penal. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 42.

de 6 de novembro de 1992, no que toca ao direito ao silêncio e à proteção contra ingerências atentatórias da dignidade humana.”

3.1.1 A individualização da pena

No capítulo anterior foi abordada a autodefesa e sua importância no processo. Em suma, a constituição federal consagrou por meio do inciso XLVI do seu artigo 5^o⁴⁹ o princípio da individualização da pena. Quer dizer, portanto, que o julgador, ao aplicar a pena, deverá levar em conta as circunstâncias do caso, bem como ainda a personalidade do agente. Do mesmo modo e quanto ao momento de fixação da pena, é a previsão do Código Penal:

“Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”

Sendo assim, necessariamente caberá ao julgador, no

⁴⁹ XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos;

momento da fixação da pena, analisar não somente as circunstâncias do crime (ter sido cometido com ou sem violência, por provocação da vítima, o instrumento utilizado para o crime, a motivação do agente, entre outros), mas ainda é preciso que o mesmo conheça e valere a personalidade do agente. Assim, são circunstâncias que deverão influir na cominação da pena base (quando não forem elementos que agravem ou atenuem o crime, observado o princípio do *non bis in idem*⁵⁰) o grau de sociabilidade do agente, sua vida pregressa, se possuía trabalho e/ou residência fixa, ter confessado o crime,

⁵⁰ Princípio segundo o qual o réu não poderá ser culpabilizado duas vezes pelo mesmo crime. O mesmo princípio se estende para as circunstâncias que agravam a pena ou qualificam o crime de modo que, se um determinado tipo penal prevê uma circunstância agravante ou majorante a ser considerada na segunda ou na terceira fase de fixação da pena segundo o método trifásico, a mesma não poderá ser considerada também na primeira fase para justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal. No mesmo sentido, se determinada circunstância integra o tipo penal, não poderá também ser utilizada para agravar a sua pena. Assim, por exemplo, o crime de roubo previsto no artigo 157 do Código Penal “*Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência*”. Ter o crime sido cometido mediante grave ameaça ou violência faz parte do tipo penal, é uma das circunstâncias que tipificam o crime de roubo, sendo assim, não poderá a pena ser fixada acima do mínimo legal justamente porque o crime foi cometido com violência. O mesmo se aplica à majorante do uso de arma de fogo prevista no inciso I do parágrafo 2º-A do artigo 157, que só deverá ser considerada para agravar a pena na terceira fase da fixação da pena. Ou ainda a qualificadora do crime de homicídio quando este tenha sido cometido por motivo torpe (artigo 121, parágrafo 2º, inciso II). Caso seja o motivo do crime considerado como justifica para fixar a pena acima do mínimo legal terá o julgador incorrido no *bis in idem*, que é vedado em nosso ordenamento jurídico. Posto que, como tal circunstância já serve para qualificar o crime de homicídio, ao qual, portanto, será aplicado pena superior ao do homicídio simples, não poderá figurar também no rol de circunstâncias genéricas que justificam a fixação da pena acima do mínimo legal.

ter demonstrado culpa ou arrependimento ou outras características que porventura tenha o juiz identificado.

Exprime-se, portanto, que como as características pessoas do agente são fundamentais à fixação da sua pena imprescindível que o juiz da causa tenha tido um contato mínimo com o réu. Por mais que estejam presentes outros elementos de prova tal qual a folha de antecedentes criminais, certidão de antecedentes, laudo psicológico, depoimento de testemunhas, ou outros elementos que identifiquem o agente, entende-se que não substituem seja o réu colocado na presença do juiz, que poderá fazer perguntas pessoalmente ao acusado, realizando uma análise não só jurídica, mas em certo ponto psicológica.

Nesse momento o juiz é posto a analisar a consistência nas alegações do réu, se a sua argumentação é coerente, se aparenta estar desconfortável na presença do julgador ou se a sua fala demonstra credibilidade. Entende-se que esse contato pessoal é imprescindível ao processo penal, ramo do direito responsável por tutelar o direito à liberdade, o que, portanto, deverá se revestir de especial sensibilidade. E não é outro se não o momento do interrogatório onde tal se perfaz.

É no interrogatório que o acusado é posto defronte ao julgador. Onde a análise puramente jurídica coaduna-se a uma análise de cunho pessoal. Onde a pessoa do réu serve também para convencer ou trazer dúvida ao juiz. Diz-se, portanto, que o interrogatório é um dos momentos processuais mais caros à defesa, onde a autodefesa ganha a sua expressão máxima. Momento no qual o papel de influenciar no convencimento do juiz é, em suma, do próprio réu.

3.1.2 O interrogatório e o direito ao silêncio

Diante disso, embora se considere (à despeito das teorias divergentes) que o interrogatório possui natureza dúplice (servindo como meio de prova e meio de defesa), entende-se que é a própria defesa que possui maior interesse em sua realização. E nesse sentido, caso o réu se recuse a comparecer ou a prestar depoimentos é, sobretudo, a própria defesa a maior prejudicada, posto que, ainda que o direito ao silêncio não autorize seja tal conduta valorada negativamente, o réu terá perdido a sua mais expressiva oportunidade de levar dúvida ao juiz⁵¹.

Nesse sentido, se é a própria defesa a maior interessada na ocorrência do interrogatório e a mesma se mostra inerte, não se identifica razão maior para que o interrogatório seja realizado a todo custo. E mais que isso, tendo em face o direito ao silêncio e o princípio do *nemo tenetur se detegere*, se quando instado a prestar informações poderá o réu exercer a faculdade de permanecer calado, não sendo o seu silêncio valorado de maneira negativa, não se vislumbra óbice a que o réu se recuse a comparecer em audiência, caso seja essa a sua vontade. O que não se admite é que a audiência seja designada à revelia do réu ou que não seja oportunizado que esteja presente. Por outro lado, caso ciente da data, o réu não comparece e nem justifica a sua ausência, entende-se não assistir razão seja o mesmo conduzido

⁵¹ Consoante já exposto, o papel de convencer o juiz acerca da autoria e da materialidade do crime, ou ainda das circunstâncias que influenciem na fixação da pena, é exclusivo da defesa. Em face do princípio do *in dubio pro reo*, a condenação exige a certeza do julgador, pois a dúvida sempre se reverte em favor do acusado. Assim, a defesa não precisa demonstrar certeza, apenas levantar dúvida acerca dos fatos naturais ou jurídicos demonstrados pela acusação.

coercitivamente.

3.1.3 A posição do Supremo Tribunal Federal

Nesse diapasão, salutar à garantia do processo penal a recente decisão do Supremo Tribunal Federal que declarou inconstitucional a condução coercitiva de réus e investigados em sede criminal.

Ao julgar as Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPFs) 395 e 444, a Corte decidiu por 6 votos a 5 que o artigo 260 do Código de Processo Penal⁵² não havia sido recepcionado pela Constituição de 1988, pois violava o direito à não autoincriminação.

As duas ações possuíam objeto semelhante, ambas no sentido de declarar a inconstitucionalidade das conduções coercitivas. A ADPF 395, proposta pelo Partido dos Trabalhadores atacava a medida tanto na investigação quanto na instrução criminal, sob o alegado fundamento de que estaria sendo violado o direito à não autoincriminação, direito fundamental, decorrente da dignidade da pessoa humana. Alegando que o artigo 260 do Código de Processo Penal, base legal para a decretação da condução coercitiva, não havia sido recepcionado pela Constituição Federal, por restar incompatível com o direito de não se autoincriminar.

⁵² Art. 260. Se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença.

A ADPF 395 tinha como pedido a declaração da não recepção parcial do artigo 260 do Código de Processo Penal, especificamente na parte em que permiti a condução coercitiva do investigado ou réu para a realização de interrogatório. Bem como a declaração da inconstitucionalidade do uso da condução coercitiva como medida cautelar autônoma com a finalidade de obtenção de depoimentos de suspeitos, indiciados ou acusados em qualquer investigação criminal. Requerendo, por fim, a concessão de medida liminar para suspender a condução coercitiva de investigados ou réus para interrogatório.

Já a ADPF 444, proposta pelo Conselho Federal da OAB, possuía objeto mais restrito, referindo-se somente a adoção da medida na fase de investigação. Sudentava que as conduções coercitivas violavam os princípios da imparcialidade (artigo 5º da Constituição Federal combinado com artigo 8º, inciso I, do Pacto de San José da Costa Rica⁵³); do direito ao silêncio (artigo 5º, inciso LXIII), do princípio do *nemo tenetur se detegere*; do princípio do sistema penal acusatório (artigo 156, “caput”, do Código de Processo Penal⁵⁴); do devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal); da paridade de armas; da ampla defesa e do contraditório (artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal). Pedindo a declaração de não recepção parcial do artigo 260 do Código de Processo Penal, na parte em que permitia a condução coercitiva do investigado para a realização de interrogatório e, de maneira subsidiária, pugnando pela declaração da incompatibilidade com a Constituição da

⁵³ Artigo 8º - Garantias judiciais. 1. Toda pessoa terá o direito de 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 na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

⁵⁴ Art. 156. “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (...)”

interpretação do mesmo artigo, que permitia a condução coercitiva para interrogatório em fase de investigação sem que para tanto houvesse intimação prévia e ausência injustificada.

Embora o artigo 260, que admitia o uso das conduções coercitivas já estivesse previsto no texto original do Código de Processo Penal de 1941, a prática ganhou mais expressão a partir do ano de 2014, com a operação “lava jato”⁵⁵, quando até a decisão do STF já haviam sido registradas 227 conduções coercitivas, conforme apontou o voto do relator, Ministro Gilmar Mendes.

Em sede liminar, o ministro Gilmar Mendes, relator das ações, reconheceu que a condução coercitiva restringe a liberdade de locomoção e, mais que isso, viola a presunção de

⁵⁵Investigação de corrupção de lavagem de dinheiro no Brasil iniciada a partir de março de 2014 perante a Justiça Federal em Curitiba. Seu nome decorreu do fato de que uma rede de postos de combustíveis e lava a jato de automóveis era utilizada para movimentar recursos ilícitos pertencentes a uma das organizações criminosas investigadas, embora posteriormente a investigação tenha avançado e contemplado diversas outras organizações. A operação “Lava Jato” gerou comoção nacional após serem divulgados dados que apontavam que um grande volume de recursos vinha sendo desviado do cofre da Petrobrás, maior empresa estatal do Brasil. No primeiro momento foram investigadas e processadas quatro organizações criminosas lideradas por doleiros, operadores do mercado paralelo de câmbio. A partir daí, o Ministério Público Federal passou a reunir provas do grande esquema de corrupção que envolvia a Petrobras. Neste, que durava pelo menos 10 anos, grandes empreiteiras organizadas em cartel pagavam propina, que variava de 1% a 5% do montante total de contratos bilionários superfaturados, para altos executivos da estatal e outros agentes públicos. As investigações da “Lava Jato” continuam tanto na justiça de 1º grau quanto no Supremo Tribunal Federal. Até novembro de 2018, a operação já havia passado por 56 fases, a última até então deflagrada em 23 de novembro deste ano, quando a polícia federal cumpriu 19 mandados de prisão de envolvidos em esquema de corrupção na construção da sede da Petrobras em Salvador (BA).

inocência, no sentido de que:

“A condução coercitiva consiste em capturar o investigado ou acusado e levá-lo sob custódia policial à presença da autoridade, para ser submetido a interrogatório. A restrição temporária da liberdade mediante condução sob custódia por forças policiais em vias públicas não são tratamentos que normalmente possam ser aplicados a pessoas inocentes. O investigado conduzido é claramente tratado como culpado.”

Seguindo sua linha de raciocínio, Gilmar Mendes pontuou que tais direitos (liberdade de locomoção e presunção de inocência não são absolutos. E não raros são os exemplos disso em nosso ordenamento jurídico. Contudo, restaria definir se na hipótese específica das conduções coercitivas haveria legitimidade para afastá-los, ou se tal estaria contrariando a Constituição. Sendo que, por fim, o ministro considera que, de fato, não havia legitimidade para tal:

“De qualquer forma, tenho que o caso dispensa que se avance no sopesamento dos interesses em conflito. É possível afirmar, mesmo em abstrato, que a condução coercitiva para interrogatório é ilegítima, ao menos de acordo com a legislação atualmente em vigor. O essencial para essa conclusão é que a legislação prevê o direito de ausência ao interrogatório, especialmente em fase de investigação. O direito de ausência, por sua vez, afasta a possibilidade de condução coercitiva. Para que a

condução coercitiva seja legítima, ela deve destinar-se à prática de um ato ao qual a pessoa tem o dever de comparecer, ou ao menos que possa ser legitimamente obrigada a comparecer.”

Nesse ínterim, o ministro relator concedeu a medida liminar para “*vedar a condução coercitiva de investigados para interrogatório, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de ilicitude das provas obtidas sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.*”

Quando do julgamento do mérito, o ministro relator ratificou os argumentos expostos na concessão da medida liminar para proibir a realização de novas conduções coercitivas para interrogatório, posto que estas não eram compatíveis com a Constituição Federal por restringirem a liberdade de locomoção e violarem o princípio da presunção de não culpabilidade, obrigando o investigado a comparecer a um ato ao qual seria legítimo se ausentar.

Assim, ainda que pautadas no argumento do interesse da investigação criminal, as conduções coercitivas representavam, em verdade grave violação aos direitos dos investigados, uma constrição da liberdade por essência inconstitucional.

O ministro relator apontou diversas críticas às operações policiais em curso no Brasil, indicando que, no âmbito da operação “Lava Jato”, até março de 2018 haviam sido realizadas 227 conduções coercitivas, explicitando que, para ele, este se tratava de um novo capítulo da espetacularização da investigação, o que seria um marco do início deste século.

Do mesmo modo, também houve críticas às entrevistas coletivas que costumam ser fornecidas por policiais e membros do Ministério Público nos dias em que são deflagradas as operações investigativas. Que representariam manifesta violação aos princípios da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana. Sendo questionadas ainda as prolongadas prisões preventivas, que segundo Gilmar Mendes, consistiam em uma forma de tortura, bem como os constantes vazamentos de informações de cunho sigiloso.

De acordo com o ministro, a condição coercitiva é uma clara afronta à liberdade de locomoção e à presunção de não culpabilidade, isto porque é vedado em nosso ordenamento seja o acusado tratado como culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória e justamente, segundo Gilmar Mendes, o conduzido é tratado como se culpado fosse. Além de ser violados ainda o direito à não autoincriminação, já que não seria exigível do acusado comparecer a ato processual ou produzir prova que contrarie o seu interesse.

Também haveria violação do direito de defesa, sob a dimensão da necessidade de assistência de advogado, já que tal prerrogativa da defesa é tolhida ao conduzido coercitivamente que é surpreendido pelos agentes policiais, muitas das vezes sem que sequer tenha sido informado previamente da necessidade de comparecer à diligência. E, por fim, violação do princípio da dignidade da pessoa humana, no tocante ao direito de liberdade.

Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes pontuou que as operações costumam fazer valer o elemento surpresa, coagindo o investigado às 6 horas da manhã, não raras as vezes sendo a diligência policial acompanhada dos veículos de imprensa, que transmitem ao público toda a operação, expondo de maneira vexatória o conduzido. Tal proposta teria o condão de anular o direito de defesa, seja pelo efeito surpresa, seja pelo

constrangimento experimentado, restando violados o exercício do direito de defesa, fazendo o acusado uso da prerrogativa de ser assistido por advogado e de não produzir prova contra si mesmo.

Para o relator, ainda que cabível fosse ser o acusado conduzido coercitivamente para o interrogatório, não se poderia deixar de exigir para tal a observância integral do texto do artigo 260 do Código de Processo Penal, devendo necessariamente haver prévia intimação ao qual não tenha atendido.

De outro ponto, não há proibição legal para que o acusado se ausente do interrogatório e, nesse sentido, se não é obrigado a comparecer, tampouco poderá ser coagido para tal. Uma vez que a legislação consagrou o direito de ausência ao interrogatório, a condução coercitiva nesse sentido viola os preceitos fundamentais previstos no artigo 5º “caput” e incisos LIV e LVII da Constituição Federal⁵⁶.

O ministro ponderou, por fim, que as ADPFs se restringiam à discussão acerca da condução coercitiva de investigados ou réus especificamente para fins de interrogatório, não se estendendo para os mesmos quando instados a comparecer a outros atos do processo ou outras pessoas, como testemunhas. Nesse sentido, o ministro relator votou pela procedência das ações para pronunciar a não recepção, pela Constituição de 1988, da expressão “para o interrogatório”

⁵⁶ 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: LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

explícita no artigo 260 do Código de Processo Penal. Nesse sentido, conforme certidão de julgamento:

“O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental, para pronunciar a não recepção da expressão “para o interrogatório”, constante do art. 260 do CPP, e declarar a incompatibilidade com a Constituição Federal da condução coercitiva de investigados ou de réus para interrogatório, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de ilicitude das provas obtidas, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado. O Tribunal destacou, ainda, que esta decisão não desconstitui interrogatórios realizados até a data do presente julgamento, mesmo que os interrogados tenham sido coercitivamente conduzidos para tal ato. Vencidos, parcialmente, o Ministro Alexandre de Moraes, nos termos de seu voto, o Ministro Edson Fachin, nos termos de seu voto, no que foi acompanhado pelos Ministros Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia (Presidente).” Plenário, 14.6.2018.

Diante do exposto, considera-se que foi de extrema importância para a garantia do devido processo penal a decisão do Supremo Tribunal Federal que fez cessar uma prática que vinha ganhando expressão, mas que violava sobremaneira o direito de defesa. Não houve modulação temporal da decisão, de modo que não foram atingidas as conduções coercitivas

previamente realizadas, contudo, vedado sejam decretadas novas conduções, o que, friza-se, aplica-se especificamente à hipótese de condução do réu ou investigado para fins de interrogatório.

3.2 O Princípio da identidade física do juiz

Tal postulado encontra previsão no artigo 399, § 2º, do Código de Processo Penal, no sentido de que “*O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença*”.

De modo que tal princípio viesse a ser consagrado, o processo penal se desenvolveu com a concentração dos atos processuais em um só momento, qual seja uma única audiência, na qual a prova é produzida, seguem-se os debates finais e é proferida a sentença, conforme elencado no artigo 400 do Código de Processo Penal⁵⁷.

Ocorre que o juiz que presidiu a coleta da prova, necessariamente possuirá maior propriedade para o julgamento do mérito. Somente o juiz que presidiu a audiência teve contato direto com o réu, testemunhas, peritos, ou outras pessoas que eventualmente tenham participado da instrução.

Conforme já explicitado, é extremamente caro ao

⁵⁷ 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.

processo penal, tenha o réu tido contato direto com o juiz da causa, o que, por essência, ocorre no momento do interrogatório. O ordenamento jurídico brasileiro consolidou o princípio da individualização da pena, de modo que no momento de sua fixação devem ser consideradas, entre outras, as características pessoais do agente.

Ora, se a conduta do próprio réu poderá influir na sua pena, elementar que o juiz, ao proferir a sentença de mérito, tenha conhecimento sobre o mesmo, não apenas por meio das provas acostadas aos autos, mas ainda, de maneira direta e pessoal.

Por meio do interrogatório, o juiz é capaz não só de elucidar questões jurídicas, mas também de fazer certo juízo de valor sobre a pessoa do acusado, elaborando uma análise de cunho comportamental e psicológico. Ao responder as perguntas do juiz o réu demonstra também traços de personalidade, padrões de comportamento, o valor atribuído à própria conduta criminosa, se é capaz de demonstrar culpa ou arrependimento, se sua fala é coerente ou se parece estar apenas reproduzindo um discurso pronto, ou seja, há uma série de elementos acerca da pessoa do réu que não poderiam ser conhecidos de maneira diversa.

No tocante ao princípio da identidade física do juiz, Aury Lopes Jr.⁵⁸ foi pontual em indicar que há controvérsias sobre o tema e que tal princípio apresenta tanto vantagens como desvantagens ao devido processo, no entanto, em que pese a existência dessas, há ainda preponderância daquelas, o que justifica seja reconhecida a sua presença no ordenamento

⁵⁸ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 288-349.

jurídico pátrio:

“O princípio da identidade física traz vantagens e inconvenientes. O juiz que presidiu a coleta da prova e teve contato direto com as testemunhas, peritos, vítimas e o imputado tem uma visão mais ampla do caso penal submetido a julgamento. Essa é uma vantagem mas, ao mesmo tempo, pode ser um grave inconveniente. Isso porque, esse juiz pode estar contaminado, seduzido pelos seus prejulgamentos e sem alheamento suficiente para ponderar a prova colhida e julgar com serenidade. Esse pode ser um grave problema. O princípio da identidade física afeta diretamente a maneira como o juiz “sente” a prova e os fatos reconstruídos no ritual recognitivo da instrução. E isso pode ser positivo ou negativo. Sem desconhecer os inconvenientes, pensamos que as vantagens podem ser maiores, na medida em que o processo penal é um instrumento no qual as partes lutam pela captura psíquica do juiz, um ritual de reconhecimento em que o importante é convencer o julgador. Daí por que tudo pode ser em vão quando a decisão é proferida por alguém que não participou desse complexo ritual, como ocorre nas sentenças proferidas por juízes que não participaram da coleta da prova.”

Tal princípio não esteve presente no texto original do código de processual penal, sendo incorporado com fulcro na

Lei 11.719/08. Entende-se que com a promulgação da Constituição de 1988, o ordenamento jurídico brasileiro consolidou uma série de princípios que, por óbvio, emanaram para os diversos ramos jurídicos. De outra forma não poderia ocorrer com o processo penal. A partir de então o processo passa a ganhar novos contornos, incorporando novas regras e princípios.

A identidade física do juiz, portanto, combina-se a um processo com ares mais garantistas, que se propõe a assegurar o exercício pleno da defesa, conferindo meios efetivos para que o réu seja capaz de contrapor-se à acusação, na mesma forma e intensidade que o aparato estatal assevera o exercício do direito de ação.

Para Eugênio Pacelli⁵⁹, louvável tenha sido o princípio da identidade física do juiz incorporado ao processo penal, pois nessa seara, eventual decisão condenatória exige elevado grau de convencimento do juiz, e sendo assim, fundamental que o provimento jurídico se revista de certas cautelas

“A medida é importantíssima, já que a coleta pessoal da prova, isto é, o contato imediato com os depoimentos, seja das testemunhas, seja também do ofendido e do acusado, parece-nos de grande significado para a formação do convencimento judicial. Como se sabe, o provimento judicial final deve demonstrar sempre um juízo de certeza, quando condenatória a sentença. E essa, a certeza, de tão difícil obtenção, deve cercar-se das maiores cautelas. Daí a exigência de o juiz da instrução ser o mesmo

⁵⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

da sentença alinha-se com um modelo processual que valoriza o livre convencimento motivado e da persuasão racional, dado que se põe como a mediação (da prova para a sentença) para a formação da convicção do magistrado.”

Não há razão, portanto, a que recente jurisprudência venha relativizando o princípio da identidade física do juiz. Mormente, após a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015.

Ocorre que, na vigência do Código de Processo Civil de 1973, havia fundada jurisprudência que aplicava subsidiariamente ao processo penal, o teor do artigo 132, para, excepcionalmente, afastar o princípio da identidade física. Com efeito, o mencionado dispositivo definia que:

“Art. 132. O juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor.”

Assim, comumente era aplicado que a identidade física do juiz poderia ser afastada nas hipóteses de ter o juiz que presidiu o último ato de instrução, se afastado do juízo da causa por motivo de licença, promoção, aposentadoria, convocação para outro juízo, entre outros.

Contudo, com a entrada em vigor do novo código, não

há mais sequer previsão ao princípio da identidade física do juiz no processo civil, nem como exceção, tampouco como regra. O mesmo não se aplica, contudo, ao processo penal, dado o comando do parágrafo 2º do artigo 399, ainda imperiosa a regra da identidade física do juiz, cabendo ao magistrado que presidiu a audiência proferir a sentença de mérito.

Uma vez que o artigo 132 do antigo Código de Processo Civil não encontra mais correspondente no ordenamento civilista vigente, pode-se considerar que não há mais base legal para que seja excepcionado o princípio da identidade física, pois se no processo civil tal princípio perde completamente seu âmbito de atuação, no processo penal, deve ser aplicado em sua totalidade. Pois, se o comando do mencionado artigo 132 não mais se aplica, de maneira direta, ao processo civil, tampouco poderá ser aplicado, de maneira indireta, ao processo penal. E, na ausência de previsão expressa às exceções, aplica-se tão somente a regra.

De maneira incipiente, já julgou o Superior Tribunal de Justiça que o comando do artigo 132 do antigo Código de Processo Civil, somente pode ser usado para afastar a identidade física do juiz nos casos em que tal dispositivo ainda era vigente ao tempo da prolação da sentença. Nesse sentido:

“HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ARTIGO 334, § 1º, d, do CÓDIGO PENAL. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. VIOLAÇÃO. INEXISTÊNCIA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. EXAURIMENTO DAS VIAS ORDINÁRIAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. 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. **O princípio da identidade física do juiz deve ser interpretado sob a ótica do art. 132 do antigo Código de Processo Civil, vigente à época da prolação da sentença, c/c o art. 3º do Código de Processo Penal.** Neste sentido, **é possível relativizá-lo por motivo de licença, afastamento, promoção, aposentadoria ou outro motivo legal que obste o magistrado que presidiu a instrução de sentenciar a ação penal.** 3. “Segundo entendimento desta Corte, a remoção do Magistrado está dentro das hipóteses do art. 132, do Código de Processo Civil, configurando exceção à obrigatoriedade de ser o processo-crime julgado pelo Juiz que presidiu a instrução” (ut, (AgRg no AREsp 395.152/PB, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, DJe 13/05/2014). 4. Quanto à expedição de mandado de prisão antes do trânsito em julgado, sabe-se que o Pleno do Supremo Tribunal Federal, em 17/2/2016, no julgamento do HC n. 126.292/SP, decidiu, por maioria de votos, que a execução provisória da pena não afronta o princípio constitucional da presunção de inocência, de modo que, confirmada a condenação por

colegiado em segundo grau, e ainda que pendentes de julgamento recursos de natureza extraordinária (recurso especial e/ou extraordinário), a pena poderá, desde já, ser executada. 5. Na espécie, verifica-se que, prolatado o acórdão condenatório e julgado os embargos de declaração opostos pela defesa, ocorreu o encerramento do trâmite processual nas instâncias ordinárias, sendo, pois, possível a execução provisória de pena. Precedentes. 6. Habeas corpus não conhecido.” (HC 201700005770 HC – HABEAS CORPUS – 384666 – Relator REYNALDO SOARES DA FONSECA – STJ – QUINTA TURMA – Fonte DJE DATA:25/04/2017)

Sendo assim, entende-se que diante da ausência de exceções legais, deve ser aplicado integralmente o princípio da identidade física do juiz, como direito fundamental à defesa, visto que o ordenamento jurídico brasileiro consagrou o princípio do juiz natural, do qual aquele é supedâneo.

A este entendimento também se filiou o egrégio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Consoante se extrai dos seguintes julgados:

“PENAL. PROCESSO PENAL. CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. CRIMES DE TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS (ARTIGOS 33 E 35 DA LEI 11343/2006). DETERMINAÇÃO DE REMESSA DOS AUTOS AO JUIZ DE DIREITO QUE CONCLUIU A

INSTRUÇÃO CRIMINAL. ALEGAÇÃO DE QUE O MAGISTRADO ESTÁ VINCULADO PARA PROLAÇÃO DA SENTENÇA, NOS TERMOS DO QUE DISPÕE O § 2º, DO ART. 399, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. JUÍZO SUSCITADO QUE SUSTENTA INCOMPETÊNCIA PARA PROFERIR O DECISUM EM RAZÃO DA PROMOÇÃO. ANALOGIA AOS TERMOS DO ARTIGO 132 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PROMOÇÃO. PROCEDÊNCIA DO CONFLITO NOS TERMOS EM QUE FOI REQUERIDO. TEMPUS REGIT ACTUM. POSIÇÃO DO RELATOR DESIGNADO A RESPEITO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ EM MATÉRIA PENAL FACE À VIGÊNCIA DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A OMISSÃO, OU INEXISTÊNCIA OU NÃO REPRODUÇÃO DA REGRA ANTES PREVISTA NO ARTIGO 132 DAQUELE DIPLOMA LEGAL. SOLUÇÃO A SER AFIRMADA PELO COLEGIADO ANTE A PECULIARIDADE DA HIPÓTESE, NO PONTO. **SANÇÃO, PROMULGAÇÃO E PUBLICAÇÃO DA LEI QUE INSTITUIU O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL ANTES DA PROMOÇÃO DO JUÍZO SUSCITADO. VACATIO LEGIS QUE, PELA SUA NATUREZA PROVISÓRIA, NÃO AFASTA A APLICAÇÃO EXPRESSA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.**

CLAUDICÂNCIA DA EXCEPCIONALIDADE QUE NÃO PODE AFASTAR O JUIZ NATURAL DA CAUSA. COMPETÊNCIA DO JUIZ QUE RECEBEU OS AUTOS PARA PROLAÇÃO DA SENTENÇA, VINCULADO PELA CONCLUSÃO DA INSTRUÇÃO. DECISÃO POR MAIORIA.” (TJRJ – SEXTA CÂMARA CRIMINAL – CONFLITO DE JURISDIÇÃO N. 0024985-72.2016.8.19.0000 – VOGAL DES. REDATOR DO ACÓRDÃO: Desembargador JOSÉ MUIÑOS PIÑEIRO FILHO)

“PENAL. PROCESSO PENAL. CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. INTERESSADOS DENUNCIADOS PELO CRIME DO ARTIGO 1º DA LEI 9613/98. DETERMINAÇÃO DE REMESSA DOS AUTOS À JUÍZA DE DIREITO QUE SE ENCONTRAVA EM EXERCÍCIO NA 2ª VARA CRIMINAL DE NITERÓI (ORA JUÍZO SUSCITANTE) QUANDO ABERTA A CONCLUSÃO PARA SENTENÇA. ALEGAÇÃO DE QUE A MAGISTRADA É A COMPETENTE PARA PROFERIR A SENTENÇA UMA VEZ QUE O JUIZ QUE PRESIDIU A INSTRUÇÃO DO PROCESSO FOI REMOVIDO PARA O CARGO DE JUIZ DE DIREITO DE ENTRÂNCIA ESPECIAL SUBSTITUTO DE SEGUNGO GRAU ANTES DE ABERTA A CONCLUSÃO PARA SENTENÇA, TENDO EM VISTA QUE ÀQUELA

ÉPOCA AGUARDAVA-SE AINDA A MANIFESTAÇÃO DERRADEIRA DA DEFESA (ALEGAÇÕES FINAIS), HAVENDO, PORTANTO, CESSADO SUA VINCULAÇÃO. JUÍZA SUSCITADA QUE ALEGA INCOMPETÊNCIA PARA PROFERIR O DECISUM EM RAZÃO DE NÃO SOMENTE NÃO TER PRESIDIDO A INSTRUÇÃO DO FEITO, COMO TAMBÉM NÃO MAIS SE ENCONTRAR EM EXERCÍCIO NO JUÍZO POR ONDE TRAMITOU O PROCESSO, EM QUE PESE TER SIDO ABERTA A CONCLUSÃO PARA SENTENÇA DURANTE O PERÍODO EM QUE ACUMULAVA O JUÍZO DA 2ª VARA CRIMINAL DE NITERÓI. ADUZ A JUÍZA SUSCITADA QUE COMPETE AO JUIZ QUE PRESIDIU A INSTRUÇÃO DO PROCESSO A PROLAÇÃO DA SENTENÇA, FACE O PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. MITIGAÇÃO OU RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO. INEXISTÊNCIA DE NORMA EXPRESSA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. TEXTO PROCESSUAL QUE NÃO MAIS PODE SER SUBSIDIÁRIO AO PROCESSO PENAL, NO PONTO. HIGIDEZ DO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ NO SISTEMA PROCESSUAL PENAL. RELATIVIZAÇÃO A SER CONTRUÍDA PELA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA. REMOÇÃO DO JUIZ QUE PRESIDIU A INSTRUÇÃO CRIMINAL. MANUTENÇÃO DA

OBRIGAÇÃO DE SENTENCIAR.
CONFLITO JULGADO PROCEDENTE.”
(TJRJ – SEGUNDA CÂMARA
CRIMINAL – CONFLITO DE
JURISDIÇÃO N. 0036349-
41.2016.8.19.0000 – RELATOR:
Desembargador JOSÉ MUIÑOS PIÑEIRO
FILHO)

Em verdade, não se considera que o princípio da identidade física do juiz deva ser absoluto, somente que ele deve ser considerado em sua totalidade a menos que haja conflito com outro princípio que, em determinada situação, seja mais caro à defesa. E, por óbvio, quando a garantia da identidade física do juiz restar completamente inviabilizada, como nos casos de morte, aposentadoria ou promoção para outra instância, não será cabível sua aplicação.

Em último plano, admite-se que, em alguns casos, a identidade física do juiz pode colidir com outro fundamental princípio, o da razoável duração do processo, previsto no artigo 5º, inciso LXXVIII⁶⁰.

A despeito de ter ganhado status constitucional, a duração razoável do processo já havia sido incorporada pelo ordenamento jurídico brasileiro através do Decreto 678/1992, que promulgou o Pacto de San José da Costa Rica, este que previa em seu artigo 8º, I.⁶¹

⁶⁰ Artigo 5º (...) 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.

⁶¹ Artigo 8º - Garantias judiciais

A duração razoável do processo não encontra previsão expressa no Código de Processo Penal, todavia, inquestionável sua aplicação, em primeiro plano dada a sua previsão constitucional, e de outro, na via de diálogo das fontes, pela previsão no artigo 4º atual Código de Processo Civil⁶².

Diante disso, considera-se que, por essência, o processo penal brasileiro exige seja adotada a identidade física do juiz em sua totalidade. No entanto, mesmo inexistindo hipóteses de exceções legais, entende-se que quando tal regra onere de forma escusável a duração razoável do processo, poderá, de maneira excepcionalíssima, ser relativizado.

A guiza de exemplo, tendo sido encerrada a instrução, o juiz da causa entra de licença médica, por tempo indeterminado. Não seria plausível que um réu que estivesse preso ficasse constricto a ter sua sentença prolatada pelo tempo que durasse a licença, quando poderia ser proferida sentença absolutória, a partir da qual deveria ser posto em liberdade. Nesse caso específico não seria razoável restringir-se à observância da identidade física do juiz, protelando por tempo indefinido o provimento jurisdicional que poderia se reverter em benefício do réu.

Há também hipóteses em que será inviável observar a identidade física do juiz, como caso tenha falecido, se aposentado, sido promovido para outra instância. Nesses casos,

-
1. Toda pessoa terá o direito de 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 na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

⁶² Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

também, por óbvio, tal princípio poderá ser afastado.

Sendo assim, o que se pontua é que, em regra, o princípio da identidade física do juiz sempre deverá ser observado e, de modo excepcional, somente poderá ser afastado de maneira justificada, quando necessário para garantir a razoável duração do processo e sempre, ressalte-se, para benefício da defesa.

CONCLUSÃO

Ainda que o direito brasileiro já tenha consolidado uma série de direitos e garantias fundamentais. E que, nesse sentido, o direito processual penal, marcado por um passado inquisitório, seja, atualmente, iminentemente acusatório. Não se pode dizer que não há qualquer ameaça de retrocesso.

Por mais que hoje se possa dizer que temos um processo penal com ares fundamentalmente garantistas, há necessidade de se reafirmar com frequência os princípios basilares do sistema vigente, nesse ínterim, a dignidade humana, a ampla defesa, o contraditório, a paridade das armas, o direito ao silêncio, o princípio da não autocriminação, e, sobretudo, o direito de defesa. Estes, sem exclusão de outros princípios, são fundamentais ao justo processo e não podem escapar a qualquer inovação legal.

Em que pese o atual ordenamento jurídico já tenha consolidado os mencionados princípios, entende-se que decisões acertadas não obstam que outras mais não sejam plenamente satisfatórias.

Se o Supremo Tribunal Federal foi preciso em proibir a utilização de conduções coercitivas para obrigar o réu a comparecer ao interrogatório, o que vinha se tornando uma prática recorrente, sendo que, em muitos casos o réu sequer havia sido previamente intimado para comparecer ao ato, violando uma série de direitos e garantias fundamentais à defesa.

Também é certo que admitiu-se o uso de video conferências para fins de instrução criminal, afastando o réu do processo e, portanto, violando a autodefesa.

É preciso ainda reafirmar a essencialidade do princípio da identidade física do juiz e pontuar que este não pode ser arbitrariamente afastado sendo que, por fim, a relativização de um princípio essencial à plenitude da defesa, deve ter como fundamento a existência de outro princípio ainda mais caro à defesa que, de outro modo, seria violado.

Por mais que certos conceitos pareçam, muitas vezes, inabaláveis, é preciso certos cuidados. É importante considerar que nunca é demais reafirmar os princípios que fundam o nosso ordenamento jurídico e é de extrema importância defender que, em última instância, é o réu e não a sociedade o personagem principal do processo.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique Rigui Ivahy; LOPES JR., Aury. **Direito ao processo penal no prazo razoável**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 4. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Código de Processo Penal Anotado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. HC 384666. 5ª Turma. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Julgado em .DJ, Brasília, DF, 25.04.2017.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. ADPF 395. Plenário. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 14.06.2018. DJ, Brasília, DF, 22.06.2018.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. ADPF 444. Plenário. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 14.06.2018. DJ, Brasília, DF, 22.06.2018.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 111728. 2ª Turma. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Julgado em 19.02.2013. DJ, Brasília, DF, 19.08.2013.

- CALAMANDREI, Piero. **Processo e Democracia - Col. Clássicos do Direito Processual - Vol. 1.** 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p.49.
- CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal.** Tradução de José Antonio Cardinalli. São Paulo: Conan, 1995.
- CARVALHO, Luis Gustavo Gradinetti Castanho de. **Processo Penal e Constituição. Princípios Constitucionais do Processo Penal.** 6ª edição. Rio de Janeiro: Saraiva, 2014.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão.** Trad. Ana Paula Zomer, Frauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 3. ed. São Paulo: RT, 2002.
- FUX, Luiz. **Teoria Geral do Processo Civil,** 2ª edição, Editora Forense, 2016
- 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.** Rio de Janeiro: Gramma, 2017.
- GIACOMOLLI, Nereu José. **A fase preliminar do processo penal: crise, misérias e novas metodologias investigatórias.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- GRECO, Leonardo. **Novos Estudos Jurídicos.** Ano VII. Nº 14. p.9-68. Abril,2002.

GRINOVER, Ada Pellegrine; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio. **As Nulidades no Processo Penal**. 9. ed. São Paulo: RT, 2006.

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

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

NICOLITT, André Luiz. **Manual de Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: RT, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal** .vol. 1. Campinas: Bookseller, 1997.

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

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PEDROSO, Fernando de Almeida. **Processo Penal. O direito de defesa: repercussão, amplitudes e limites**. 3 ed. São Paulo: RT, 2001.

POMPEU, Ana. Supremo declara inconstitucional condução coercitiva para interrogatório. Revista Consultor Jurídico. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-jun-14/supremo-proibe-conducao-coercitiva-interrogatorios>>

PUPPO, Matheus Silveira. Uma nova leitura da autodefesa. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 16, n. 196, p.14-15, mar. 2009.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

VOLPE FILHO, Clovis Alberto; ARAÚJO, Lucas. O (óbvio) direito personalíssimo à autodefesa. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 22, n. 263, p.9-10, out. 2014.