

A REFORMA PROCEDIMENTAL DE 2008 SOB A ÓTICA DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS¹

*Igor Suzano Machado*²

*Ludmila Mendonça Lopes Ribeiro*³

*Klarissa Almeida Silva*⁴

Resumo

O presente artigo busca avaliar em que medida os direitos e garantias fundamentais do acusado, ou mesmo da vítima, previstos na Constituição Federal, estão sendo afetados pelas Leis 11.719/08 e 11.689/08. Em conjunto, essas leis promoveram uma ampla reforma do Código de Processo Penal, sendo que a primeira alterou a forma de processamento dos crimes comuns e a segunda a forma de processamento dos crimes dolosos contra a vida. Neste trabalho, o intuito é verificar o impacto que a reforma legislativa do processo penal brasileiro tem operado sobre esses direitos e garantias constitucionais.

Palavras-chave

Reforma processual penal de 2008; Direitos e Garantias fundamentais; Cultura jurídica.

Abstract

This article evaluates to the extent which the defendants (or victims) fundamental guarantees (established by the Federal Constitution) have been affected by the laws, 11.719/08 and 11.689/08. Together, these laws promoted a large reform of the Penal Procedural Code. The first one changed the trial procedure of most criminal cases and the second changed the trial procedure of crimes against life. In this paper, the aim is to verify the impact that this legislative reform of the Brazilian criminal procedure has operated into the constitutional rights and guarantees through the analysis of the sentences produced in regard to this subject.

Keywords

Penal Procedural Reform; Fundamental rights and guarantee; juridical culture.

¹ Uma primeira versão deste trabalho foi apresentada na 27ª. Reunião Brasileira de Antropologia, realizada entre os dias 01 e 04 de agosto de 2010, Belém, Pará, Brasil. Agradecemos os diversos comentários e sugestões do grupo de trabalho “Direitos Humanos, práticas de justiça e diversidade cultural” os comentários que contribuíram para a redação dessa versão. Esse artigo tem como base os resultados da pesquisa da série Pensando o Direito *Os novos procedimentos penais: uma análise empírica das mudanças introduzidas pelas leis 11.719/08 e 11.689/08*, coordenada por Ludmila Mendonça Lopes Ribeiro.

² Doutor em Sociologia – IESP-UERJ.

³ Doutora em Sociologia – IUPERJ-UCAM. Professora Adjunta do Departamento de Sociologia e Antropologia (SOA) da UFMG e pesquisadora do Centro de Estudos de Criminalidade e Segurança Pública (CRISP) da UFMG.

⁴ Doutoranda em Sociologia – UFRJ.

1. TRADIÇÕES, CULTURAS E SENSIBILIDADES JURÍDICAS

Como destaca Clifford Geertz, o Direito é um saber local, caracterizado com base em uma sensibilidade jurídica específica, que, por sua vez, conforma culturas jurídicas específicas, dentro das tradições jurídicas conhecidas. Geertz enuncia essa sensibilidade jurídica como um “complexo de caracterizações e suposições, estórias sobre ocorrências reais, apresentadas através de imagens relacionadas a princípios abstratos” (GEERTZ, 2008, p.325)⁵. Já Antoine Garapon e Ioannis Papadopoulos, destacam que uma cultura jurídica deve ser abordada, por um lado, “como um modo de produção da verdade” e, por outro, “como uma configuração do político” (GARAPON; PAPADOPOULOS, 2008, p.12)⁶. E o Direito Ocidental conhece duas grandes tradições jurídicas de características próprias que são a tradição jurídica da *Civil Law* e a Tradição jurídica da *Common Law*.

Essas duas grandes tradições jurídicas do Ocidente tendem a conformar culturas jurídicas de características semelhantes, por mais que uma série de minúcias faça com que ela nunca seja exatamente a mesma em dois países de uma mesma tradição. Dentro dessa conformação, temos que as culturas jurídicas que abraçam a tradição da *Civil Law* reconhecem a primazia da política sobre o Direito e uma forma de produção da verdade que busca desvendar uma verdade unitária, tendo por consequência a centralização e verticalização da produção do Direito. Por outro lado, as culturas jurídicas vinculadas à tradição da *Common Law* reconhecem a anterioridade do Direito perante a política e uma forma de produção da verdade que se baseia na confrontação de relatos concorrentes, tendo por consequência uma produção do Direito mais horizontal e descentralizada.

Quanto às sensibilidades jurídicas específicas que tendem a gerar essas tradições, temos que no ambiente da *Civil Law*, costuma prevalecer a desconfiança sobre os indivíduos, a aposta em um processo de partes mais passivas e o enfoque em direitos substantivos, enquanto, no ambiente da *Common Law*, tende a prevalecer a confiança nos atores e, consequentemente, em partes mais ativas durante o processo, assim como o enfoque nas normas processuais, isto é, nas “regras do jogo”.

O Direito brasileiro é histórica e sociologicamente vinculado à tradição jurídica da *Civil Law*, característica dos países da Europa Continental e América Latina, e não à tradição da *Common Law*, característica do Reino Unido e suas colônias, dotada de especial

⁵ GEERTZ, Clifford. O saber local: fatos e leis em uma perspectiva comparada. In: GEERTZ, Clifford. *O saber local*. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 249-356.

⁶ GARAPON, Antoine; PAPADOPOULOS, Ioannis. *Julgado nos Estados Unidos e na França: cultura jurídica francesa e Common Law em uma perspectiva comparada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

desenvolvimento nos Estados Unidos. Nesse contexto, floresceu no país uma cultura jurídica centrada nas leis dos códigos em detrimento dos princípios constitucionais, conforme manda uma tradição jurídica em que a política e, conseqüentemente, as manifestações do Poder Legislativo, deve ter prioridade perante direitos individuais pretéritos. Para além da primazia da política, encontrou amplo respaldo na cultura jurídica brasileira a primazia do público e do Estado, como seu representante privilegiado, perante os cidadãos. Como consequência, tem destaque, no processo judicial, a figura do juiz, muito mais do que das partes, sendo o objetivo desse processo mesmo, muito menos a confrontação de versões concorrentes sobre o fato do que a descoberta de uma verdade única a ser desvendada pelo Poder Público.

Contudo, como destacam Garapon e Papadopoulos, uma cultura jurídica “não dita nada, não constrange a vontade política, não paralisa os determinismos sociológicos, jamais imuniza completamente contra as derivas mais graves, mas, sim, favorece ou impede, as prepara ou retarda” (GARAPON; PAPADOPOULOS, 2008, p.9). É especialmente importante que esse ponto seja percebido num contexto mundial de reconfiguração do Poder Judiciário, numa direção, em termos sociológicos, a uma maior responsividade social (NONET; SELZNICK, 2010)⁷, ou, em termos teórico-jurídicos, a um paradigma pós-positivista (BARROSO, 2009)⁸. Nesse contexto, uma aproximação cada vez mais intensa entre as duas grandes tradições jurídicas ocidentais tem gerado uma série de tensões e transformações que não podem ser negligenciadas.

Inserida nessa paisagem, é interessante notar como tem se transformado e reagido a essas transformações a cultura jurídica brasileira. Um aspecto fundamental dessa mutação, conforme destacam Luiz Werneck Vianna e José Eisenberg (NONET; SELZNICK, 2010, p. 7-8) diz respeito à mudança do centro gravitacional do nosso ordenamento jurídico do Código Civil para a Constituição Federal. Mudança essa que, no entanto, não é operada sem traumas.

O presente trabalho busca justamente analisar uma dimensão dessa mudança, que consiste na reforma do Código de Processo Penal, adequando uma legislação específica de 1941 aos ditames gerais da Constituição de 1988. Com esse estudo pretende-se assim, analisar em que sentido traços da cultura e da sensibilidade jurídicas locais se fazem presentes dando cores próprias a essa transformação processual almejada pela reforma.

⁷ NONET, Philippe. SELZNICK, Philip. *Direito e Sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo*. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva. 2009.

Para cumprir esse objetivo, será realizado um exame dos direitos e garantias fundamentais do acusado, previstos na Constituição Federal, e de em que medida os mesmos são afetados pelas Leis 11.719/08 e 11.689/08 – responsáveis pela reforma processual penal de 2008. O intuito é verificar o impacto que a reforma legislativa tem operado dentro do processo penal sobre os direitos e garantias fundamentais do acusado, tendo em vista que, de acordo com Nucci (2008)⁹, a reforma estabeleceria novo paradigma para o processo penal brasileiro. Sumarizando os principais pontos da reforma de acordo com esse autor, destaca-se que:

- a) as formalidades inúteis do atual procedimento do júri, que mais têm se prestado a servir como fonte inesgotável de nulidade, foram eliminadas;
- b) a atuação de assistentes técnicos indicados pelas partes passa a ser admitida;
- c) o juiz poderá absolver sumariamente o acusado, após a apresentação da resposta preliminar;
- d) a identidade física do juiz passa a existir também no processo penal;
- e) o art. 594 do Código de Processo Penal, que prevê o recolhimento do acusado à prisão para poder apelar, é finalmente revogado;
- f) a citação por hora certa, na hipótese do acusado se esquivar, dolosamente, do chamamento pessoal, é permitida;
- g) o interrogatório do acusado, como meio de defesa que é, passa a ocorrer somente após a oitiva de todas as testemunhas;
- h) o juiz poderá determinar, na sentença, o valor da indenização à vítima, sem necessidade de processo de liquidação, quando for de fácil constatação o quantum do prejuízo sofrido pelo ofendido;
- i) a testemunha ou o ofendido que tiver temor de depor na presença do acusado será inquirida mediante videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, o acusado será retirado da sala, dentre outras novidades.

Assim, considerando que, de acordo com o novo paradigma que deve reger as práticas jurídicas brasileiras, a legislação infraconstitucional não pode estar em desacordo com o texto constitucional, este estudo tem, como seu objetivo, verificar como, de acordo com as transformações e permanências da cultura jurídica nacional, as novas leis e a Constituição Federal de 1988 têm se aproximado ou se afastado, vislumbrando, com isso, possíveis

⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. A esperada reforma processual penal. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, ano 16, n. 188, p. 8, jul. 2008.

reformulações na legislação processual penal em vigor, capazes de torná-la mais adequada ao sistema de garantias constitucionais oferecido ao acusado de cometimento de qualquer crime.

2. IMPORTÂNCIA DA ANÁLISE CONSTITUCIONAL DA REFORMA

Conforme destacado anteriormente, mudanças recentes no ordenamento jurídico brasileiro e na própria cultura judicial local fizeram com que o sistema das normas jurídicas do país tivesse novo centro: a Constituição Federal. Dentro desse novo paradigma, a Constituição de 1988 deve ser a norma na qual todas as outras devem buscar fundamento e validade. Esta afirmação se revela imperiosa a todos os dispositivos legais, seja qual for a matéria por eles tratada, e ganha especial relevância quando o seu escopo é a matéria processual penal, já que esta lida diretamente com a liberdade, direito cujo cerceamento deve ser sempre juridicamente respaldado e fundamentado, sob pena de o ato que o determinou quedar-se eivado de vício insanável.

A análise das alterações trazidas pela reforma aqui estudada, patrocinada pelas Leis 11.719/08 e 11.689/08, passa obrigatoriamente por saber se essas leis efetivamente se coadunam com a Constituição, principalmente no que tange aos direitos e garantias fundamentais, matéria cuja relevância é tamanha, que é tratada pelo texto constitucional no §4º, inc. IV do seu artigo 60,¹⁰ como cláusula pétreia, vedando, assim, a elaboração de Emendas Constitucionais tendentes a aboli-los. Esses direitos e garantias fundamentais, em sua maioria, encontram-se positivados na Constituição em seu artigo 5º. No entanto, o rol dos direitos e garantias ali descritos é tão somente exemplificativo, na medida em que, ao longo da Constituição encontramos outros tantos, espalhados em seus mais diversos capítulos.

A tutela dos direitos individuais se revelou como uma preocupação primordial da Constituição de 1988, na medida em que coube a ela expurgar quaisquer resquícios do regime de exceção que a antecedeu e no qual era total o desrespeito ao indivíduo e seus direitos. Entre as medidas autoritárias do regime anterior, talvez uma das que mais causara revolta na sociedade tenha sido a realização de prisões arbitrárias, nas quais não era garantido ao acusado a chance de se defender das acusações que sobre ele pesavam, assim como não eram

¹⁰ Art. 60, § 4º, inc. IV: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias fundamentais.”

respeitados direitos como os de respeito à inviolabilidade de seu domicílio e de sua integridade física.¹¹

Experiências como essa brasileira, mas, especialmente, os casos europeus anteriores de nazismo e fascismo, levaram à ruptura do Direito com modelos positivistas estritos, isto é, baseados na mera aplicação da lei. Contra uma visão do Direito enquanto conjunto de regras prescritas pelo Legislativo a serem reafirmadas pelo Judiciário sob quaisquer circunstâncias, surge no campo jurídico um novo afã por trazer à baila princípios de justiça que não podem ser desconsiderados sob nenhuma hipótese. Trata-se, tal mudança, de transformação fundamental na cultura jurídica do Brasil, responsável por condenar a absoluta primazia da política sobre o Direito, característica da *Civil Law*, em prol de uma proeminência de direitos característica da *Common Law*.

Dessa forma, mesmo sem reafirmar um pretense direito natural, baseado numa inquestionável natureza humana, autores da teoria jurídica contemporânea, instados assim a serem também conhecidos e discutido no Brasil, como Dworkin (2003)¹² e Alexy (2003)¹³, passam a destacar o fato de que qualquer sistema jurídico é formado não apenas por regras, mas também por princípios. Isto é, o Direito seria composto não apenas por mandamentos que prescrevem determinadas sanções para determinadas condutas, tornando-as, por consequência, permitidas, obrigatórias ou proibidas, mas também por prescrições mais gerais, sem aplicabilidade imediata, que, no entanto, dão ao conjunto de regras coerência ética, mais do que mera sobreposição aleatória.

Dworkin (2003, p.20) dá exemplo disso descrevendo o caso do neto que mata o avô para receber a herança. O assassino faria jus a essa herança? – questiona o autor. Se formos fazer uso de uma interpretação positivista estrita, em não havendo nenhuma lei que estabeleça como regra a proibição de ser herdeiro o assassino de quem deixa a herança, então se torna obrigatório aceitar que o neto faz jus ao espólio do avô. No entanto, fica difícil aceitar que um sistema jurídico que pune, por exemplo, a fraude, o estelionato e o latrocínio, possa aceitar isso, que, intuitivamente, vai de encontro à nossa concepção do que é justo.

¹¹ Interessante destacar que, de acordo com a doutrina processualística penal, o CPP de 1941, por ter sido uma legislação publicada durante um regime autoritário, padece destes mesmos problemas. Assim, uma vez que este Código, elaborado sob a égide e os influxos autoritários do Estado Novo e considerando o fato de que 20 anos após a publicação da chamada “Constituição Cidadã” o Brasil pode ser considerado como uma democracia em fase de consolidação, faz-se indispensável adequar os dois dispositivos legais. Em última instância, este foi o objetivo maior da reforma de 2008.

¹² DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

¹³ ALEXY, Robert. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoria de los principios*. Universidad Externado de Colombia, 2003.

Isto acontece, argumenta Dworkin (2003), exatamente porque um sistema jurídico não pode ser composto apenas por regras. Parece intuitivamente errado que o neto herde a fortuna do avô que ele mesmo assassinou, pois também compõe esse sistema o princípio de que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza. Mesmo que esse princípio não seja explicitado em nenhuma lei, a interpretação do ordenamento como um todo coerente permite ao intérprete verificar que esse princípio está ali, informando várias de suas regras para que elas formem um todo coeso e não a mera sobreposição de caprichos do legislativo.

Tendo este arcabouço em vista, pode-se dizer que, por princípio, tem-se uma estrutura sobre a qual é possível realizar algo, um ponto de partida, o limiar introdutório dos institutos jurídicos. É neles que se pode buscar validade para normas. Fazendo uso das palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello (1996, p. 545)¹⁴, podemos dizer que

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos.

Todavia, conforme visto anteriormente, a revalorização dos princípios de justiça no Direito não tem a ver com o simples retorno à teoria do direito natural, baseado no inacessível âmago do que nos faz verdadeiros seres humanos. Esses princípios são extraídos do próprio ordenamento e da história institucional da comunidade a que eles se aplicam. Nesse contexto, ganha lugar de destaque a Constituição, enquanto vértice hierárquico do conjunto de normas jurídicas de determinado local.

Assim, o constitucionalismo se alia a uma “positivação” de direitos naturais, gerando a inscrição de princípios de justiça numa dimensão do ordenamento jurídico menos maleável e menos sujeita às intempéries de legislativos sazonais. O que, mais uma vez, cabe sublinhar, destaca um caminho jurídico muito mais próximo do constitucionalismo presente na *Common Law* da Inglaterra e dos Estados Unidos, do que na primazia da codificação existente nos países signatários da *Civil Law*, base da cultura jurídica brasileira.

¹⁴ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 8.ed.São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

A inclusão de listas de direitos individuais e de princípios de justiça numa Constituição realiza, assim, um duplo movimento na efetivação de seus princípios. Por um lado, dado sua natureza principiológica e lugar no ponto mais alto do ordenamento, informam o sistema como um todo, seja na produção, seja na aplicação de suas regras. Por outro, exigem para sua alteração, ou maiorias legislativas qualificadas, ou mesmo, processos revolucionários, quando sua alteração não apenas mutila a Constituição, mas efetivamente a destrói por desnaturar sua essência – daí a consideração dos direitos individuais como cláusulas pétreas.

Temos ainda, aliado a isso, os processos de controle de constitucionalidade das leis, por meio dos quais as leis em desacordo com a Constituição são consideradas inválidas e extirpadas do sistema, garantindo a supremacia do texto constitucional. No Brasil, esse controle é exercido pelo Poder Judiciário, tanto de forma concentrada, pelo Supremo Tribunal Federal, quando provocado especificamente para isso, quanto de forma difusa por qualquer juiz, ao decidir um caso concreto que afronte o texto constitucional, sendo esse mecanismo já sintoma da assimilação, em solo brasileiro, de procedimentos típicos da justiça norte-americana.

Partindo da premissa de que o ordenamento jurídico brasileiro também adotou a positivação de princípios de justiça e direitos individuais no texto constitucional da Carta de 1988, temos que a legislação produzida no país deve estrita obediência a essa ordem principiológica constitucional, para que não corra o risco de ter seu intuito malgrado, inclusive, pelo próprio Poder Judiciário, por meio dos mecanismos de controle explicitados acima. Daí a importância de, no estudo das alterações produzidas pelas Leis 11.719/08 e 11.689/08 dentro desse novo contexto, levar-se em conta em que medida seus dispositivos vão ao encontro dos, ou de encontro aos ditames da Constituição Federal.

3. CONSIDERAÇÕES ACERCA DA EFETIVAÇÃO DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS PELA REFORMA PROCEDIMENTAL

O que o contraponto entre a reforma patrocinada pelas Leis 11.719/08 e 11.689/08 e a Constituição Federal de 88 demonstra é que, no geral, as modificações inseridas no processo penal pelas novas leis atuam, realmente, no sentido de dar maior efetividade aos princípios e garantias fundamentais constitucionais incidentes sobre o processamento criminal,

reforçando, mais uma vez, a posição do texto constitucional enquanto centro do ordenamento jurídico brasileiro contemporâneo.

Como exemplo disso, temos a proibição do uso de algemas pelo réu durante os debates do júri. Como foi observado que se tratava de medida atentatória contra a presunção de inocência do réu, em respeito a esta presunção e em concordância com a preservação da dignidade da pessoa humana na dimensão da integridade física e moral do acusado, a reforma atuou no sentido de coibir tal prática, fazendo do uso de algemas pelo réu a exceção e não a regra no procedimento do júri. O que antes era orientação jurisprudencial, com a reforma tornou-se preceito positivado em lei.

O mesmo expediente encontra ainda vetor de funcionamento em outra alteração trazida pela reforma: a que proíbe a referência ao silêncio do acusado em seu prejuízo. Trata-se de mais uma medida visando dar efetividade, no processo penal, a direitos constitucionalmente garantidos, como é o caso do direito do réu ao silêncio, e a princípios de justiça, como a presunção de inocência. O objetivo da mudança é nitidamente reforçar princípios jurídicos blindando-os contra a perspectiva cultural corriqueira de que “quem cala consente”.

Contudo, essas são as medidas menos polêmicas da reforma, como também é a extinção do protesto por novo júri que, a um só tempo, reforça o texto constitucional tanto na ampliação da soberania dos veredictos do júri, como na efetivação da garantia da razoável duração do processo. Trata-se de medidas implementadas pela reforma que têm encontrado amplo respaldo na doutrina jurídica e mesmo nos julgamentos penais. Há, todavia, aspectos outros da reforma, que não gozam da mesma natureza incontroversa. Mesmo que buscassem justamente a efetivação das garantias constitucionais do devido processo legal, da razoável duração do processo e do direito ao processamento dos crimes dolosos contra a vida pelo júri, tais medidas geraram polêmica perante o texto constitucional e talvez requeiram alterações na legislação para que se façam plenamente vigentes.

A primeira dessas polêmicas diz respeito ao fim do fracionamento da audiência. Em tese, uma audiência única facilitaria a ampla defesa, assim como garantiria o princípio da identidade física do juiz e contribuiria com uma duração razoável do processo, estando a reforma em consonância com o espírito constitucional. No entanto, há quem levante a hipótese de que a audiência fracionada, possibilitando apreciação parcelada das provas, atenda a um formato mais propício para a garantia, especificamente, da ampla defesa, que gozaria de superioridade perante o princípio da identidade física do juiz e do objetivo de maior

celeridade no andamento dos processos. E, há mesmo, aqueles que sustentam que a complexidade da maioria das causas penais não permitiria sua correta resolução numa audiência única, conforme almejado pela reforma.¹⁵

De fato, existe uma tensão inescapável entre a celeridade processual e a ampla defesa, sendo a duração razoável do processo aquela que consegue equilibrar duas dimensões temporais fundamentais: por um lado, o tempo necessário para que o réu disponha de todos os meios para sua defesa e o Estado disponha dos meios legítimos para alcançar a verdade dos fatos; e, por outro, o tempo necessário para a finalização mais rápida possível do processo, de forma que sua angústia não se prolongue demasiadamente no tempo. Foi o equilíbrio entre essas duas dimensões o objetivo buscado pelas alterações trazidas pela reforma no que diz respeito à estipulação de novos prazos processuais e novo formato das audiências. No entanto, parece que o resultado não foi alcançado, sendo considerado, em muitos casos, que a reforma, privilegiando uma resolução mais rápida dos processos, prejudicou a ampla defesa do réu e a busca da verdade pelo Estado-juiz.

É possível que o equilíbrio entre as duas dimensões aludidas nunca seja plenamente alcançado. Afinal, qualquer ponto de equilíbrio de um sistema que busca, ao mesmo tempo, a celeridade processual e a ampla defesa, permitiria, por um lado, ao réu com perspectivas maiores de ser absolvido, acusar o sistema de falta de celeridade, e, por outro, ao réu com perspectivas maiores de ser condenado, acusar o sistema de falta de atenção ao seu direito de ampla defesa. E a previsão constitucional de uma duração “razoável” do processo, dada a vagueza do termo, não resolve o problema.

Se o intuito é fazer valer os prazos previstos pela reforma, assim como a sistemática da audiência única, o primeiro passo é verificar se essas alterações são factíveis. Isto é, verificar, junto aos operadores do direito, sua aplicabilidade fática, com o cuidado sempre de distinguir entre os fatores que realmente impedem a efetividade das mudanças e os meros vícios advindos da sistemática anterior à qual estes operadores estão acostumados e que não lhes permite enxergar as possibilidades de transformação. Sabendo se, e em que circunstâncias, essas alterações são viáveis, devem então ser estipuladas diretrizes plausíveis, dando aos juízes e tribunais um prazo igualmente plausível para sua adaptação ao novo modelo. Passado esse prazo para resolução de problemas que impediriam a implementação da reforma – como excesso de processos anteriores em atraso, falta de recursos humanos e tecnológicos, etc. –

¹⁵ Ex.: *Habeas Corpus* 74706, julgado pelo TJMT.

finalmente, a nova sistemática poderia ser exigida, inclusive, por meio de sanções diante de seu descumprimento.

Claro que isso não seria tão simples, sendo aplicada mecanicamente a todo juiz ou tribunal que extrapolasse o prazo previsto na nova lei, a sanção prevista. Casos nebulosos iriam surgir, merecendo análise particular. Mas exatamente por meio da decisão desses casos é que seria possível a publicação de resoluções e diretrizes (ou até enunciados de Súmula Vinculante) que tornariam mais claras as situações específicas que permitiriam, ou não, a dilação do prazo processual para além do previsto pela reforma, e que permitiriam, ou não, o desrespeito à concentração dos atos da audiência.

Outra polêmica, que igualmente chamou atenção na análise constitucional da reforma, diz respeito à positivação do princípio da identidade física do juiz no processo penal. Se a garantia do devido processo legal é a garantia do processo na forma prevista em lei, desrespeitar as novas diretrizes estipuladas pela Lei 11.719/08, tal como o princípio da identidade física do juiz, deveria significar o desrespeito àquela garantia. No entanto, mesmo contando agora com expressa previsão legal, o princípio da identidade física do juiz não deixou de ser relativizado e desrespeitado.¹⁶ Isso porque, sem expressa previsão constitucional, essa garantia é encarada como menos importante que outras como a ampla defesa.

Sendo assim, se se entende, por exemplo, como dito acima, que a audiência fracionada é mais benéfica à ampla defesa do réu, por mais que implique maior probabilidade de o juiz responsável pelo pronunciamento da sentença não ser o mesmo responsável pela coleta de provas, ela deve ser mantida, mesmo que isso gere sacrifícios ao princípio da identidade física do juiz. Perante esse quadro, uma saída para dar maior efetividade ao princípio da identidade física do juiz, seria alçá-lo também ao patamar constitucional, exigindo desta forma maior fundamentação para os casos de sua inobservância. Melhor seria, talvez, contudo, insistir-se na efetivação (e a observância) da sistemática das audiências unas, para que não houvesse possibilidade fática de desrespeito ao novo princípio.

Outra polêmica que merece igual destaque é a regulação, pela reforma, dos institutos da *mutatio*¹⁷ e da *emendatio libelli*¹⁸. Se, quanto à nova redação do artigo 384, que regula a

¹⁶ Ex.: Conflito de competência 280/2009, julgado pela sexta câmara criminal do TJRJ.

¹⁷ A *mutatio libeli* é o instituto jurídico aplicável quando, ao final da instrução, o juiz verifica a possibilidade de criar nova definição jurídica do fato em razão de prova existente nos autos que forneça elementos ou circunstâncias que levem a uma configuração distinta da infração penal pela qual o indivíduo foi denunciado.

mutatio libelli, a reforma foi feliz, realçando os princípios constitucionais do juiz natural e do contraditório, reforçando a inércia do magistrado e aumentando a responsabilidade do Ministério Público no instituto, o mesmo não pode ser dito quanto à redação do art. 383. Este artigo, que, por sua vez, regula a *emendatio libelli*, sofreu alterações importantes, mas segundo alguns doutrinadores, não foi modificado suficientemente. Isto porque a atual redação ainda daria ao juiz um poder muito grande ao permitir que ele altere a classificação do crime sem consulta ao Ministério Público e sem possibilidade de manifestação da defesa.

Segundo o entendimento em que se baseou a reforma, essa reclassificação do crime por parte do juiz não ofenderia o contraditório e a ampla defesa, pois tanto a acusação quanto a defesa focalizariam seus argumentos nos fatos alegados e não no tipo penal definido. Entretanto, como a defesa não tem como escopo único negar os fatos que são imputados ao réu pela acusação, mas também engloba aspectos relativos à tipicidade penal, há quem sustente que o instituto da *emendatio libelli*, permanecendo como está, incorreria em vícios constitucionais graves. Por um lado, daria ao juiz – que, na nova tipificação que der ao crime pode estipular pena mais grave do que a prevista na denúncia – força acusatória que lhe feriria a inércia, fundamental no que diz respeito ao princípio do juiz natural. E, por outro, estreitaria a ampla defesa do réu, que só tomaria ciência do tipo penal de que é acusado quando da sentença.

Assim, talvez o correto fosse estender à *emendatio libelli* o mesmo funcionamento da *mutatio libelli*, retirando sua competência do juiz e transferindo-a ao Ministério Público, ou, ao menos, exigindo sua aprovação por parte deste. Com isso, seria respeitada a inércia do juiz e o processo seria devolvido à lógica do contraditório, com a acusação acrescentando nova dimensão à sua denúncia a ser contradita ou aceita pela defesa, para só depois disso ser permitida a manifestação do juiz.

Por fim, uma última polêmica que merece destaque diz respeito a problemas relativos à decisão de pronúncia. Esses problemas concernem a duas possibilidades contidas na fundamentação dessa peça: ou essa fundamentação é demasiadamente exígua e rompe com a garantia do réu de ter fundamentadas as decisões em seu desfavor, ou ela é demasiadamente ampla, e rompe com a garantia do réu de chegar ao júri gozando de plena presunção de inocência.¹⁹

¹⁸ A *emendatio libelli* concede ao juiz a possibilidade de, no início da instrução, classificar o fato imputado ao réu como crime diverso daquele citado na denúncia realizada pelo Ministério Público, ainda que isso implique em sujeição do condenado a uma pena maior.

¹⁹ Ex.: *Habeas Corpus* Nº 84.396 – SP, julgado pelo STJ.

A questão se torna ainda mais complexa com a extinção da figura da prisão em decorrência da prolação da pronúncia, fazendo com que, se o juiz achar necessário o recolhimento do réu à prisão para melhor prosseguimento do processo, fundamente essa decisão. Contudo, os jurados terão acesso a tal decisão e, por mais que ela faça referência a aspectos processuais sem relação direta com a culpabilidade do réu, é difícil garantir que ela não os influencie. Por exemplo, se o juiz determina em peça acessível aos jurados que o réu deve ser mantido preso por ter ameaçado uma testemunha, o júri pode estar sendo influenciado a respeito da culpabilidade do réu por argumento do juiz e não da acusação.

Assim, talvez o melhor fosse estipular regras claras para a confecção da pronúncia, evitando sua nulidade tanto pelo excesso quanto pela falta de fundamentação. Por exemplo, a decisão do juiz poderia abdicar de termos próprios, fazendo apenas referência ao discurso utilizado pela acusação. Da mesma forma, decisões relativas ao encaminhamento do réu à prisão ou necessidade do uso de algemas durante a audiência, poderiam ser exigidas sempre em peças distintas que contivessem, em destaque, os dizeres de que se trata de medida de ordem processual, sem qualquer relação com a afirmação ou negação da culpa do réu pela prática do crime pelo qual está sendo julgado.

Esses casos polêmicos revelam que tensões entre a ampla defesa e a razoável duração do processo, ou entre a ampla defesa e o princípio do juiz natural, ou entre a presunção de inocência do réu e a necessidade de fundamentação das medidas de restrição de direitos, têm retirado das novas leis sua força vinculante. Em conjunto estes resultados indicam que, por mais que a análise demonstre que a reforma processual penal tenha sido, sem dúvida, animada pela efetivação dos direitos e garantias fundamentais previstos no texto constitucional, podendo mesmo se dizer que ela não incorrera em nenhum caso de flagrante inconstitucionalidade, nem por isso ela logrou êxito em todas as suas intenções. Por isso, novas reformas, mesmo que não possam evitar novas a velhas tensões entre direitos, garantias e princípios, podem focalizar a efetividade de determinados ditames, tornando verdadeiras regras os textos legais que a atual reforma não pôde tornar mais do que recomendações relativizáveis.

4. UM PROCESSO E UMA CULTURA JURÍDICA EM TRANSFORMAÇÃO

A análise da reforma processual penal de 2008 denota que ela se dá num contexto de transformação da cultura jurídica brasileira, sujeitando-se às tensões inerentes a qualquer quadro de transição. Por um lado, parece haver um movimento consensual em direção à Constituição enquanto fonte principal do direito do país, especialmente em detrimento de um Código de Processo Penal promulgado sob os influxos de um regime autoritário. Mesmo assim, por outro, esse movimento não deixa de causar inquietações por se tratar de uma reforma no processo e, em especial no processo penal, perante um paradigma constitucional. Afinal, como destacam Garapon e Papadopoulos, “espera-se que a cultura jurídica produza certezas em domínios onde, precisamente, não pode haver certezas porque essas verdades devem responder ao enigma do mal, ao desafio da violência, às aporias da coexistência humana”. Por conta disso, a parte mais expressiva da justiça reside justamente no processo penal e nas questões constitucionais (GARAPON; PAPADOPOULOS, 2008, p.21).

Especificamente sobre o processo, vale retomar mais uma vez o ensinamento desses autores:

em lugar de constituírem apenas um campo para a comparação das soluções jurídicas, as práticas do processo nos oferecem um laboratório único onde se desvela, através do uso de regras jurídicas, a cultura política de um povo. Não há lugar mais revelador da intimidade de uma sociedade que um processo – nele se tornam claras as representações coletivas em ação, uma filosofia em movimento. O processo faz parte de um “nível bastardo”, simultaneamente evento social e lugar de criação intelectual. Este momento é privilegiado porque uma sociedade que julga está sempre sob o domínio de uma forte emoção que faz ceder as barreiras convencionais da sociabilidade, que perturba o jogo clássico das instituições. (...) Esse pôr à prova proporciona uma ocasião privilegiada de descobrir a política, permitindo “uma história das aporias, dos limites e dos contornos”. (GARAPON; PAPADOPOULOS, 2008, p.21).

Observando as molas culturais em ação e os recursos tanto jurídicos quanto simbólicos mobilizados, será possível ver desenhar-se indiretamente o que feriu a consciência coletiva, para retomar a expressão de Durkheim.

A resistência à unicidade das audiências proposta pela nova lei é sintomática nesse sentido. Numa cultura jurídica tributária da autonomia das partes, da liberdade do indivíduo e da confrontação da veracidade de argumentos contrapostos, a concentração temporal do julgamento seria menos problemática. Mas dentro da cultura jurídica brasileira essa unicidade

se coloca ao lado de alguns atributos que parecem pouco importantes quando comparados a alguns outros. Afinal, o processo não é aqui uma prerrogativa alienável das partes, mas sim um mecanismo de busca da verdade pelo Estado-juiz. Como destacam Garapon e Papadopoulos (2008, p.87), “para o jurista continental a verdade é de domínio público: ela deve ser buscada por um juiz de investigação. Os fatos não podem ser abandonados às partes”.

Quando instados a dar sentido à vagueza terminológica com a qual se expressará qualquer princípio, os juízes sentirão o peso da cultura jurídica a que estão submetidos. No que diz respeito à duração “razoável” do processo, essa razoabilidade provavelmente não será pautada pelas consequências que o tempo possui para as partes, a não ser na exata medida em que as partes contribuem para a busca da verdade pelo juiz. O processo, assim, pode ter seu tempo dilatado por problemas técnicos ou de falta de contribuição das partes para a elucidação da verdade dos fatos. Mas não pode ter sua exiguidade exigida por justificativa da angústia que sua demora cause a uma das partes, mesmo que ela se encontre presa. O processo não lhe pertence; não celebra seus direitos individuais, mas sim a soberania do público.

A possibilidade da fragmentação da audiência – em contraponto ao disposto em lei, mas em benefício de uma cultura jurídica que privilegia a verdade pública única em detrimento da veracidade da versão de cada parte – faz com que, igualmente, a positivação do princípio da identidade física do juiz no processo penal muitas vezes, não consiga sair do papel. Afinal, as constantes promoções, remoções e substituições dos juízes fazem com que num processo composto por vários atos realizados em vários dias diferentes seja difícil a garantia de que o mesmo juiz que examinou as provas seja o juiz responsável pela prolação da sentença.

Nesse caso, o problema da falta de efetividade da nova regra advinda da reforma parece residir realmente em sua impossibilidade fática, decorrente de problemas outros como a fragmentação das audiências. Na verdade, quando desagrupados, a unicidade da audiência, o predomínio da oralidade e o princípio do juiz natural, que deveriam se sustentar uns aos outros, acabam tendo sua efetividade drasticamente reduzida. Isto é, essas características pressupostas em um processo no qual se espera a justiça de um juiz, têm dificuldade de se imiscuírem em um processo no qual se “espera a justiça não de um juiz, mas de toda uma instituição, ou seja, de um conjunto complicado de vias de recursos, misturando algumas fases secretas e outras visíveis” (GARAPON; PAPADOPOULOS, 2008, p. 76).

Mas os juízes, representantes máximos dessa instituição nesse tipo de cultura, mesmo que apenas engrenagens de uma instituição muito maior e mais complexa, gozam de poder bem superior ao dos seus colegas da *Common Law* na condução das audiências. Se o que caracteriza a cultura “adversativa” da *Common Law* é que o controle do processo é confiado quase integralmente às partes e seus advogados, nas culturas herdeiras da *Civil Law*, esse controle pertence ao Ministério Público e ao juiz (*ibidem*, p.94). Daí talvez o porquê da demora na alteração da sistemática da *mutatio libelli* e a sequer alteração da *emendatio libelli* mantendo, pelo menos no caso menos grave, o poder conferido pelo Código de Processo de 1941 ao juiz na condução do processo.

A *Civil Law* também tem problemas sérios para lidar com a instituição característica da *Common Law*: o júri. Acostumadas a julgamentos feitos por juízes membros de um corpo burocrático de servidores públicos estruturados em carreiras e hierarquias baseadas em conhecimentos técnicos, as culturas jurídicas de inspiração europeia continental se vêm envolvidas em situações complicadas quando delegam a tarefa de julgamento a “juízes leigos”. No caso brasileiro, essas complicações vêm à tona nos julgamentos dos crimes dolosos contra a vida. O juiz de carreira sabe diferenciar questões processuais e análise final de culpa. Mas e os jurados? Saberão? Que tipos de cuidados devem ser tomados para que a soberania dos veredictos do júri não culmine num grau exagerado de interferência da irracionalidade num processo judicial que tem por objetivo não confrontar a veracidade dos argumentos teatralizados das partes, mas a descoberta da verdade de domínio público?

Mesmo que constitucionalmente previsto enquanto garantia fundamental e cláusula pétrea, o tribunal do júri no Brasil será sempre uma excrescência na sua organização judiciária de natureza essencialmente burocrática, como manda o figurino da *Civil Law*. As reformas advindas da lei 11,689/08 mesmo, atuam tanto no sentido de ampliar sua soberania,²⁰ como no sentido de reduzi-la.²¹ E elas ainda trouxeram à tona um novo problema derivado da combinação da extinção da figura da prisão por pronúncia e da proibição da “eloquência acusatória”. Como fundamentar a prisão do réu pronunciado de forma suficientemente aprofundada, para não incorrer em restrição desmotivada da liberdade individual, mas sem emitir nenhum tipo de juízo de culpabilidade capaz de influenciar os jurados e, assim, ofender o princípio da presunção de inocência?

²⁰ Ex.: extinção do protesto por novo júri.

²¹ Ex.: extinção do princípio do *in dubio pro societates* dando ao juiz a possibilidade de absolvição sumária do acusado de crime doloso contra a vida denunciado pelo Ministério Público antes de seu julgamento pelos jurados.

Pelo visto, uma nova emenda no funcionamento do tribunal do júri precisará ser feita para que esse problema seja solucionado. Ou seja, mais um remendo nessa verdadeira instituição fora do lugar que é o júri na justiça brasileira. Uma instituição ao mesmo tempo primordialmente alheia à cultura jurídica local e ocupando posição central nela ao se inserir como garantia fundamental irrevogável nos processos que julgam crimes dolosos contra a vida. Por isso mesmo, equidistante tanto de seu abandono quanto de sua afirmação enquanto verdadeira garantia democrática,²² seu destino parece ser efetivamente o de ser uma “estranha familiar” ou uma “familiar estranha” ao mesmo tempo necessária e extravagante, “acomodada” por sucessivas reformas que, no entanto, jamais permitirão seu verdadeiro “encaixe” no arcabouço jurídico nacional.

CONCLUSÃO

A cultura jurídica brasileira não é uma herdeira pura da tradição europeia continental da *Civil Law*. E não é mais a mesma de outrora. Por um lado, as influências da justiça dos Estados Unidos se fizeram sentir a reboque da influência global desse país. Por outro, o positivismo vem perdendo força enquanto referência teórica dos juristas do país e a Constituição, e não o Código Civil e demais códigos, está perto de se consolidar enquanto centro do nosso ordenamento. Nesse cenário, tem-se que o Processo Penal Brasileiro não poderia ser o mesmo de 1941. Não obstante, também se deve levar em conta que ele não poderia lhe parecer tão profundamente diferente assim.

Algumas das alterações almejadas pela reforma ainda se inserem em pontos sensíveis da cultura jurídica local e a linguagem polissêmica dos direitos fundamentais por vezes dá espaço para que interpretações discordantes das nossas tradições jurídicas e políticas sejam igualmente ouvidas. No cenário de desigualdade social extrema característico do país, nossa justiça não pode ser tão disponível às partes, pois elas podem estar em posições sociais tão desiguais que não poderiam manejar nada que ousasse ser chamada de justiça. Mas a força opressiva do Estado também sempre se fez sentir aqui e a nossa confusão entre público no

²² Por exemplo, o julgamento dos crimes dolosos contra a vida por juízes leigos poderia ser uma garantia contra consórcios da força estatal empenhados em práticas letais com, por exemplo, uma magistratura burocrática permissiva aos abusos da força policial. Mas é justamente nesses casos que os famigerados autos de resistência esvaziam a competência dos tribunais do júri. Em compensação, em outros casos cujo desaguar no júri é inevitável, a forte influência midiática pode concentrar o poder do julgamento não nas mãos dos jurados, mas sim na dos meios de comunicação.

sentido de vontade geral e público no sentido de vontade do Estado não é absoluta. O processo continua sendo um mecanismo de busca da verdade por um Estado que pode alcançá-la mais facilmente por sua liberdade perante os interesses particulares das partes. Mas as partes continuam reclamando maior autonomia por, pelo contrário, ao estarem adstritas aos seus interesses particulares, saberem melhor que o Estado o que seria o melhor para elas.

Voltando às lições de Garapon e Papadopoulos (2008, p.10), temos que “a cultura não dita solução alguma – ela estabelece a tela de fundo conceitual sobre a qual os debates passam a ter sentido”. O debate sobre os rumos do processo penal brasileiro, portanto, está aberto e a tela de fundo sobre a qual ele se desenrola, de acordo com o que foi dito anteriormente, se é “um retrato autêntico de um objeto obscuro, não pode ser claro, certamente terá de ser obscuro” (WITTGENSTEIN *apud* GEERTZ, 2002, p.325). Nesse contexto, esse debate não está fechado nem no seu início nem no seu final. E ele não está inteiramente nas mãos nem dos legisladores, nem dos juristas, nem dos operadores do direito, por mais que a responsabilidade desses últimos tenda a ser a maior. Na verdade, qualquer transformação do nosso processo terá de reunir a vontade política dessas três frentes sendo que, mais importante que a alteração legislativa e a interpretação teórica, será a sua efetivação nas mãos dos advogados, defensores, promotores e, especialmente, magistrados.

Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoria de los principios*. Universidad Externado de Colombia, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GARAPON, Antoine; PAPADOPOULOS, Ioannis. *Julgar nos Estados Unidos e na França: cultura jurídica francesa e Common Law em uma perspectiva comparada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GEERTZ, Clifford. O saber local: fatos e leis em uma perspectiva comparada. In: GEERTZ, Clifford. *O saber local*. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 249-356.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 8.ed.São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

NONET, Philippe. SELZNICK, Philip. *Direito e Sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo*. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. A esperada reforma processual penal. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, ano 16, n. 188, p. 8, jul. 2008.