# XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

## DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

**GIOVANNI OLSSON**

**VALDIRA BARROS**

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

**Diretoria – CONPEDI**
**Presidente** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
**Vice-presidente Norte/Centro** - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
**Secretário Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
**Secretário Adjunto** - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

**Representante Discente –** Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

**Conselho Fiscal:**
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

**Secretarias:**
**Relações Institucionais** – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
**Educação Jurídica** – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
**Eventos** – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
**Comunicação** – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direito penal, processo penal e constituição I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Valdira Barros; Giovanni Olsson.– Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-524-9
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Sociedade. 3. Gestão. 4. Administração. XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (26 : 2017 : São Luís/MA, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade Federal do Maranhão - UFMA
São Luís – Maranhão - Brasil
www.portais.ufma.br/PortalUfma/index.jsf

# XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

## DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

---

## Apresentação

A presente obra é fruto dos artigos apresentados e debatidos no Grupo de Trabalho (GT) DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I, do XXVI Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), realizado na cidade de São Luis (MA), entre os dias 15 e 17 de novembro de 2017, na Universidade CEUMA (UNICEUMA) e na Universidade Federal do Maranhão (UFMA), com o apoio de diversas instituições públicas e privadas.

Com pungente atividade de pesquisa desenvolvida por todo o país, foram selecionados e objeto de apresentação e debate, neste Grupo de Trabalho, 17 trabalhos científicos relacionados ao tema, os quais sustentam esta obra, apresentando o mais elevado nível de pesquisa desenvolvido nacionalmente.

O Congresso, sediado em uma Cidade Patrimônio Cultural da Humanidade, teve como pano de fundo a temática "Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça". A escolha merece ser tida como muita oportuna diante do cenário global construído nessa primeira década do Século XXI, com toda a sensível marca do processo de globalização pluridimensional, em que o futuro do Direito e da Democracia precisa ser posto em debate com seus limites e possibilidades no sistema de Justiça e suas instituições. O Estado nacional, até então modelo político-jurídico da Modernidade, vem sendo crescentemente desafiado no seu papel de articulador da regulação social por meio de normas jurídicas legitimas com seu papel de mediador das relações do poder por instrumentos de representação e de participação democrática. O Estado, veiculando o exercício de poder por normas jurídicas estabelecidas em razão do povo, precisa efetivamente merecer os atributos de "Democrático" e "de Direito".

Os desafios, porém, são muito grandes. A afirmação da cidadania nas suas múltiplas faces e a construção compartilhada do desenvolvimento sustentável pluridimensional como projeto civilizatório, no marco, por exemplo, da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas, são realidades que precisam ser concretizadas e universalmente (con)vividas. Nesse contexto, a implementação dos direitos fundamentais nas relações sociais, do trabalho e empresariais, deve buscar garantir a sua efetividade resolvendo a colisão de direitos fundamentais, com fortalecimento da cidadania e do desenvolvimento social, ambiental e econômico, que só podem ser concretizados com reconhecimento, afirmação e respeito às diferenças entre os

indivíduos e entre todos os povos do mundo. Mais do que isso, esse desiderato será possível apenas se for efetivada a plena inclusão social de todos os segmentos marginalizados, seja por carências econômicas e sociais, seja mesmo pela alienação de oportunidades de cidadania no sentido pleno da palavra. Nesse particular, uma releitura crítica do sistema penal, nas suas diversas vertentes, mas sempre sob o atento olhar do farol constitucional, com seus direitos e garantias, é cada vez mais oportuna e relevante.

É nesse contexto complexo e desafiador que emerge a singular relevância dos trabalhos científicos debatidos no presente Grupo de Pesquisa. Aqui, direito material e direito processual interpenetram-se no emaranhado do sistema penal, desafiando suas matrizes histórico-sociológicas puramente repressivas, seus papéis por vezes contraditórios de seletividade social e econômica e a construção de seus discursos reforçados de dupla exclusão e, não raro, de desumanidade e violência pura em nome do Leviatã. É fundamental, nesta quadra da história, jogar luz sobre os cantos escuros do sistema penal e de sua(s) violência(s), pretensamente legítima(s) sob o monopólio do Estado-nacional, que, com suas próprias crises e contradições nas promessas descumpridas do projeto filosófico da Modernidade, assiste ao esboroamento da sua legitimidade e da suposta humanidade da retribuição-reinserção que alimentava a realidade (e o imaginário) de sua instituição milenar.

Há enormes dificuldades nesse caminho, com marcos teóricos dispersos, conceitos operacionais fragmentados e instrumentos normativos cuja deontologia discursiva, não raras vezes, é incapaz de esconder sua ontologia brutal, violenta e substancialmente desumana para corpos e mentes. O exercício das mais diversas formas de poder sobre os indivíduos, em nome do Estado, notadamente nas suas versões foucaultianas de poder disciplinar (ou poder anatomopolítico) e de poder biopolítico, demarca a importância de estudos aprofundados e atentos sobre os mais diversos aspectos da entrada e da saída dos indivíduos-cidadãos no sistema penal na sociedade contemporânea. O itinerário de exclusão social que tipifica os fatos puníveis em cada sistema, as variáveis endógenas e exógenas intervenientes nas escolhas político-legislativas que delimitam os tipos penais neste momento histórico, as (pre) condicionantes sociais, econômicas e políticas de persecução, a seletividade includente-excludente dos instrumentos e das instituições do aparato policial-judiciário, os pré-conceitos dos atores e operadores do sistema, as contradições dos valores alegadamente tutelados, a (in) efetividade sistêmica ou reversa dos procedimentos, e, em especial, os limites e possibilidades de cumprimento dos objetivos de todo o sistema para a sociedade, notadamente na promessa de (re)inclusão dos indivíduos, são algumas das principais questões que devem ser enfrentadas.

Mais do que isso, novos paradigmas devem ser construídos e foram propostos especificamente no Grupo de Trabalho, sendo certo que somente por intermédio da Ciência do Direito, com o olhar inter e transdisciplinar com a Psicologia, a Sociologia, a Economia, a Ciência Política e tantas outras áreas, é possível desenvolver as bases para uma reflexão densa e prospectiva sobre o Direito Penal e o Processo Penal à luz da Constituição e de seus valores fundantes, criando-se as bases para se cobrar dos atores sociais o exercício de seus papéis no Estado Democrático de Direito, que, mais do que nunca, é um Estado que dialoga com outros atores numa sociedade global em rede e na qual os fatos típicos cada vez mais transcendem os recortes territoriais. Olhar para fora do Estado-nação é hoje tão importante quanto olhar para dentro de seus fundamentos jurídico-políticos.

Nessa trilha, os trabalhos apresentados relacionam-se, de forma bastante direta, com os propósitos do presente Grupo, o que indica uma preocupação com a seleção de artigos que mantêm entre si afinidade científica, o que favoreceu sobremaneira os debates no momento das discussões no GT.

A obra, em razão dos trabalhos apresentados, pode ser subdividida basicamente em dois blocos temáticos, mas necessariamente intercomplementares. O primeiro trata mais especificamente do Direito Penal, que, como direito substancial, abebera-se de intensos elementos das relações sociais e econômicas subjacentes, em que as diferenças de bens tutelados (vida, patrimônio, etc.) estabelecem ligações com tipificações penais e consequências totalmente distintas. O segundo trata com preponderância do Direito Processual Penal, que, em outra trilha e por seu caráter instrumental, possui interfaces na Teoria Geral do Processo e na performance dos atores centrais dentro das instituições do sistema, particularmente advogados, magistrados, policiais e membros do ministério público. Entretanto, essa distinção é meramente didática e aproximativa porque, a rigor, um direito material justifica-se e opera-se por seu direito processual correspectivo, com o qual estabelece vínculos de organicidade materiais e especialmente simbólicos, como discursos e práticas jurídicas simétricas.

No âmbito do Direito Penal, e focados mais no seu caráter substancial e muitas vezes com suporte na Criminologia Crítica, podem ser elencados onze artigos, com ricas e instigantes contribuições à Academia Brasileira.

O POPULISMO PUNITIVO E O CARÁTER SELETIVO DO SISTEMA PENAL, de Sabrinna Correia Medeiros Cavalcanti e Felix Araujo Neto, parte da constatação de que existe uma tendência retribucionista crescente, com a tipificação de diversas condutas e o recrudescimento das penas já existentes. Apesar do consenso sobre os efeitos

dessocializadores da prisão, a pena privativa de liberdade tem sido aplicada como aparente solução para conter a criminalidade. O artigo chama a atenção para o fato de que, ao mesmo tempo, no Brasil, a prisão reproduz as imensas desigualdades econômicas de nosso país e é utilizada como instrumento jurídico para justificar a exclusão social das camadas mais pobres e marginalizadas da população.

A MIGRAÇÃO E CRIMINALIDADE: INCLUSÃO MARGINAL E COMENTÁRIOS AO ARTIGO 232-A INSERIDO PELA NOVA LEI DE MIGRAÇÃO, redigido por Andressa Paula de Andrade e Luiz Fernando Kazmierczak, enfrenta os pontos de contato entre o Direito Penal e Migração. Para tanto, o enfoque principal foi analisar a marginalização do migrante e, na sequência, analisar de forma detida o artigo 232-A inserido no Código Penal pela Lei 13.445/2017.

O USO INDEVIDO DE INFORMAÇÃO PRIVILEGIADA NO MERCADO DE VALORES MOBILIÁRIOS (INSIDER TRADING) NO CONTEXTO DO DIREITO PENAL ECONÔMICO CONTEMPORÂNEO, de autoria de Vinicius Lacerda e Silva, propõe o debate, em meio à crise de ética que passa o País, de um dos crimes mais recorrentes no Direito Penal Econômico contemporâneo: o uso indevido de informação privilegiada no mercado de valores mobiliários (insider trading). Para tanto, perpassa pela evolução deste sub-ramo do Direito Penal, seu conceito, suas características e a delimitação do bem jurídico tutelado. Por fim, registra a importância da defesa da eficiência desse mercado mediante o exercício da transparência no plano do Estado Democrático de Direito.

O artigo intitulado ASPECTOS RELEVANTES SOBRE O ELEMENTO SUBJETIVO NO CRIME DE BRANQUEAMENTO DE CAPITAL NO SISTEMA JURÍDICO LUSO-BRASILEIRO, de Vilmar Rego Oliveira, parte do reconhecimento de que, atualmente, os ordenamentos jurídicos ocidentais têm atribuído grande importância aos denominados crimes da pós-modernidade, entre os quais se insere a lavagem de dinheiro ou branqueamento de capitais. O artigo tem por finalidade analisar a controvérsia legal, doutrinária e jurisprudencial existente sobre os elementos subjetivos dessa tipificação penal no direito luso-brasileiro, aferindo seus postulados básicos, bem como verificar se seria prudente limitá-los ao dolo direto ou avançar e incluir também dolo eventual, cegueira deliberada ou determinado tipo de culpa, como já ocorrem em alguns países, avaliando os prós e os contra que devem ser sopesados no particular.

Em A FRAUDE COMETIDA POR MEIOS INFORMÁTICOS SOB O PRISMA DA VITIMODOGMÁTICA, de Maria Auxiliadora de Almeida Minahim e Luíza Moura Costa Spínola, as autoras analisam a influência do comportamento da vítima na fraude cometida

pela Internet. Explicam os novos riscos criados pela popularização de dispositivos com acesso à Internet, bem como o conceito de crimes informáticos próprios e impróprios. Também analisam o comportamento da vítima como uma peça fundamental para a consumação do delito, e apontam para a necessidade de que, no uso da Internet, as pessoas adotem certas medidas de cuidado e, caso elas não sejam devidamente observadas pela vítima, pode haver uma diminuição da pena para o autor e, em casos extremos, gerar a atipicidade da conduta.

O artigo ASPECTOS DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL E PENAL DA LIBERDADE RELIGIOSA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO, de Marcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais e Carlos Alberto Simões de Tomaz, propõe-se a, a partir de uma abordagem lógico-dedutiva, analisar a proteção da liberdade religiosa em face do consenso estabelecido na Constituição brasileira de 1988, bem como a tutela penal dessa proteção. Para tanto, estabelece uma base compreensiva da dificuldade contramajoritária que envolve os conflitos sobre a matéria, decisivamente marcada por intolerância, e aponta a tutela penal pertinente que, de regra, não é efetivada quando a atenção se volta para o âmbito da esfera cível, circunstâncias que se apontam em conclusão.

A IMPUTABILIDADE PENAL E OS EFEITOS DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: UMA ANALISE HERMENÊUTICA DAS INCONGRUÊNCIAS, de Lucas Helano Rocha Magalhães e Renata Albuquerque Lima, é o artigo submetido para o debate das peculiaridades do contorno da imputabilidade penal dessas pessoas. Os autores atentam que as alterações no Direito brasileiro decorrentes da Lei 13.146/15 (Estatuto da Pessoa com Deficiência) tiveram como objetivo consolidar os seus direitos civis. Entretanto, por omissão legislativa, somente ocorreram quanto à capacidade civil, ignorando seus reflexos em outros campos, provocando várias antinomias, em especial no direito penal, quanto à capacidade e à imputabilidade dos portadores de deficiências. Os autores propõem a realização de uma análise hermenêutica do tema, com base no método interpretativista de Dworkin, com o objetivo de delinear possíveis soluções para as antinomias.

OS DIREITOS SEXUAIS DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO ESTUPRO DE VULNERÁVEL, de Luanna Tomaz de Souza, traz ao debate essa relevante e sensível questão. O artigo busca analisar se a Lei 12.015/2009, que traz modificações ao Código Penal Brasileiro no âmbito dos crimes sexuais, tem contribuído para reconhecimento dos direitos sexuais das crianças e adolescentes. A hipótese inicial é que a Lei foi construída à revelia da compreensão da criança enquanto sujeito de direitos, avaliando-se que essa lei contribuiu para reafirmar uma lógica tutelar que ignora a dimensão de direitos das crianças e adolescentes.

O artigo A LEI ANTITERRORISMO BRASILEIRA E A (I)LEGITIMIDADE DE SEUS MECANISMOS CARACTERÍSTICOS DE UM “DIREITO PENAL DO INIMIGO, elaborado por Jordan Espíndola dos Santos e Antônio Sergio Cordeiro Piedade, traz o atualíssimo debate sobre o tratamento do terrorismo no sistema pátrio. O artigo visa analisar a Lei antiterrorismo brasileira, partindo da consideração de que alguns mecanismos nela positivados guardam semelhança com ditames do funcionalismo sistêmico de Günter Jakobs, tais como a antecipação da tutela penal com tipificação de atos preparatórios e de tipos de perigo, e o uso de meios investigativos aprimorados e relativamente mais invasivos. O estudo, em síntese, busca compreender a legitimidade e adequação de alguns desses dispositivos característicos do chamado “Direito Penal do Inimigo” para a efetiva tutela dos bens jurídicos envolvidos.

Em A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL: O CASO DE RAFAEL BRAGA COMO BODE EXPIATÓRIO DA POLÍTICA DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO, de Renan Daniel Trindade Dos Santos, o autor introduz o debate de um estudo de caso sobre os crimes de perigo abstrato.O trabalho considera que a expansão do direito penal tem feito com que se criem medos, que são comercializados cotidianamente, vindo à tona o fenômeno da criação dos crimes de perigo abstrato, sem bem jurídico específico a proteger. O autor atenta que, numa sociedade baseada na constante expansão dos sistemas punitivos, é inevitável que tal lógica não recaia sobre as populações vulnerabilizadas socialmente, tal como Rafael Braga, condenado por esta expansão dos crimes de perigo abstrato.

No artigo O PAPEL DO MUNICÍPIO DIANTE DO FENÔMENO DO ATO INFRACIONAL: DEMARCAÇÕES SOCIOJURÍDICAS A PARTIR DA LEI DO SINASE, de Claudio Alberto Gabriel Guimaraes e Valdira Barros, os autores revisitam o ato infracional como fenômeno na dimensão do Município. Os autores abordam especificamente o papel desempenhado pelos municípios para enfrentamento do fenômeno do ato infracional, partindo das inovações introduzidas pela Lei do SINASE. Baseado em revisão bibliográfica e pesquisa documental, demarca a fundamentação teórica e legal do sistema de controle do ato infracional no âmbito do ordenamento brasileiro, o contexto social de ocorrência do fenômeno, natureza dos atos infracionais praticados, perfil do adolescente autor de ato infracional, medidas de responsabilização previstas para os autores de ato infracional e por fim as inovações introduzidas pela Lei do SINASE quanto às competências dos municípios no tratamento da problemática do ato infracional.

O Direito Processual Penal, a seu turno, é o objeto destacado de outros seis trabalhos científicos apresentados e debatidos neste GT.

O PROCESSO PENAL BRASILEIRO: UMA FICÇÃO JURÍDICA, de Roberto Vasconcelos da Gama, busca analisar o processo penal brasileiro a partir da construção do procedimento investigatório como uma ficção jurídica, e, com isso, contribuir com as discussões sobre o tema num estudo critico sob enfoque dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição. A sua leitura aponta que as decisões judiciais, em sua grande maioria, não vêm analisando os fatos apresentados na dialética processual.

A AÇÃO PENAL POPULAR COMO DIREITO FUNDAMENTAL AO CONTROLE SOBRE A (NÃO) ATUAÇÃO CRIMINAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, de autoria de Mauro Fonseca Andrade, dispõe-se a analisar a viabilidade de inserção de ação penal popular no Brasil, em razão dos termos do Projeto de Lei nº 6.404/2016. Primeiramente, apresenta os termos e a justificativa do mencionado projeto, com o fim de situar o leitor na discussão travada, e, depois, aborda duas hipóteses de ajuizamento da ação, confrontando-as com a Constituição. Por fim, propõe uma alternativa à proposta de inserção da ação penal popular no Brasil, que não fere os postulados da Constituição Federal, mas não se mostra apta a solucionar os problemas que se pretende corrigir.

A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E A CULTURA DE ENCARCERAMENTO é o título do trabalho apresentado por Anderson Rocha Rodrigues e Paulo Eduardo Elias Bernacchi. O artigo, sem a pretensão de esgotar o tema, analisa a recém criada audiência de apresentação em curso nos diversos tribunais do Brasil, de lenta e demorada implementação, embora seja garantia fundamental do preso prevista em dois tratados internacionais

No artigo em que aborda o LIVRAMENTO CONDICIONAL, Alessandra Trevisan Ferreira introduz diversas considerações sobre os pressupostos normativos para a concessão pelos Tribunais, analisando criticamente os limites e possibilidades de sua efetiva implementação dentro do marco legal vigente no Processo Penal.

Em O STANDARD DA DÚVIDA RAZOÁVEL E A SUA APLICAÇÃO PELOS TRIBUNAIS, de Leonardo Vasconcelos Guaurino de Oliveira, é tratada a questão de um standard concebido pelo direito anglo-americano chamado de “dúvida razoável”, especificamente pautado na ótica da doutrina do professor Larry Laudan.

Por fim, e no artigo A LINGUAGEM COMO FORMA DE ESCLARECIMENTO DOS FATOS: A VERDADE REAL A PARTIR DA METODOLOGIA DA JUSTIÇA RESTAURATIVA, de Simone Matos Rios Pinto, promove-se uma análise crítica da qualidade da resposta penal à infração penal. A autora destaca que a sentença, como ato político e de transformação social, se não for baseada na argumentação dos verdadeiros

envolvidos, não encontrará a verdade real e tende a ser uma técnica de aplicação de artigos de lei, sem assegurar a substância étnico-cultural da vida. O artigo sustenta que a pena deve ser o resultado de um procedimento que constitucionalmente a justifique, dentro de um processo comunicativo que se pode estabelecer quando se adota a metodologia restaurativa.

Como já exposto, é muito difícil a dissociação do Direito Penal do Direito Processual Penal que o instrumentaliza, e, por isso, na maioria dos trabalhos apresentados e debatidos, essa imbricação era não apenas evidente, mas substancialmente indispensável.

Os debates foram realizados logo após o término das exposições em blocos, o que demonstrou envolvimento de todos os presentes, os quais foram responsáveis pelo aprofundamento de temas pontuais dos trabalhos trazidos a todos.

A amplitude dos debates e das perguntas no GT demonstraram a importância dos temas levantados e apresentados por todos os pesquisadores e pesquisadoras deste Grupo, originados dos Programas de Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) de quase duas dezenas de Instituições de Ensino Superior de todo o país.

Assim, é com muita felicidade que apresentamos a toda sociedade jurídica a presente obra, que certamente será bastante importante para futuras pesquisas com base nas inúmeras reflexões expostas nas páginas seguintes.

São Luis, 17 de novembro de 2017.

Coordenadores:

Profa. Dra. Valdira Barros (Universidade CEUMA/Universidade Estadual do Maranhão, São Luís-MA)

Prof. Dr. Giovanni Olsson (Universidade Comunitária Regional, Chapecó-SC)

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

# O PROCESSO PENAL BRASILEIRO: UMA FICÇÃO JURÍDICA

# THE BRAZILIAN CRIMINAL PROCEEDING: A LEGAL FICTION

**Roberto Vasconcelos Da Gama** [1]

**Resumo**

O presente trabalho tem como escopo analisar o processo penal brasileiro, a partir da construção do procedimento investigatório como uma ficção jurídica. Logo, visa-se contribuir com as discussões sobre o tema, abordando um estudo critico sob enfoque dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição. Utiliza-se o método hipotético-dedutivo, valendo-se de estudos bibliográficos sobre o tema proposto. Deste modo, verificou-se que as decisões judiciais, em sua grande maioria, não vêm analisando os fatos apresentados na dialética processual.

**Palavras-chave:** Direitos fundamentais, Estado, Jurisdição penal, Processsualismo formal

**Abstract/Resumen/Résumé**

The present work has as scope to analyze the Brazilian penal process, from the construction of the investigative procedure as a legal fiction. Therefore, it is intended to contribute to the discussions on the subject, approaching a critical study under the fundamental rights and guarantees provided in the Constitution. The hypothetical-deductive method is used, using bibliographical studies on the proposed theme. In this way, it was verified that judicial decisions, for the most part, are not analyzing the facts presented in the procedural dialectic.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Fundamental rights, State, Criminal jurisdiction, Formal proceduralism

[1] Advogado e Professor, Mestrando em Direito da Universidade Nove de Julho

## INTRODUÇÃO

Com os avanços tecnológicos, a praticidade na elaboração de decisões por parte do juiz é algo inegável. Assim o é, posto, também, é um facilitador a padronização de modelos para confecção de peças dos autos de prisão em flagrantes replicados em larga escala nos distritos policiais, a bem de simplificar a prestação do serviço público burocrático e ainda com viés medieval.

A questão problemática se revela quando o mínimo de garantias do indivíduo que se vê na condição de aprisionado, não têm o mínimo de representação textual inserida dentro de um contexto próprio com respeito ao que de fato ocorreu, ante ao linguajar peculiar dos distritos policiais e que atenta, para além da mínima compreensão que se deve ter do conteúdo que nele vem registrado, às garantias constitucionais e aos procedimentos exigidos pela lei processual.

Via de regra, o teor das versões apresentadas a que é dado registro em solo policial, por vezes não reflete a realidade da ocorrência em si mesma, o que interfere negativamente na análise do titular da ação penal quanto ao cabimento e pertinência da denúncia ou não em cada caso.

Dessa forma, a questão que se fomenta no presente trabalho tem por viés na primeira parte dar ao leitor uma ideia de um Estado forte assim como na concepção inicial, bem como qual era a sua relação para com o indivíduo. E, desde então até os nossos dias, como é que temos visto a presença estatal em nosso meio, sobretudo, após a promulgação da Constituição de 1988.

No segundo momento, o trabalho aborda o procedimento de construção formal do processo penal brasileiro, do ponto de vista da prisão em flagrante ocorrida. A partir da elaboração das peças do flagrante delito que compõe o ato de constrição para que dele seja comunicado ao Poder Judiciário. Assim, será possível se perceber a engrenagem estatal como ela está comprometida em sua origem e formação.

Para isso, o presente trabalho vale-se do método hipotético-dedutivo, bem como de analise bibliográfica a fim de analisar o tema proposto.

## 1. A IDEIA DE UM ESTADO FORTE E A RELAÇÃO DO INDIVÍDUO COM O PODER PÚBLICO NA ATUALIDADE.

A história da humanidade, especificamente falando da Idade Moderna, temos uma análise fantástica da relação entre os indivíduos registrada em uma das obras mais importantes da época (*Leviatã*), escrita pelo matemático, filósofo e teórico político que viveu no século XVII entre os anos de 1588 a 1679, Thomas Hobbes. Este que foi o responsável pela célebre frase que resistiu ao tempo de que *"*o homem é o lobo do próprio homem*"*, muito em razão dele defender a igualdade entre os homens, a tal ponto, que esses seriam os únicos animais capazes de fazer o que quisessem, uns com os outros, para poder sobreviver. Explica que os homens têm em si mesmos, natureza má e perversa, capazes de fazer coisas irracionais, porque a igualdade nesse caso é fundada no medo e daí a sua justificativa para demonstrar que as paixões humanas estão na origem da guerra de todos contra todos, da violência geral, típico comportamento dos grupos humanos que antecedeu a criação de uma sociedade civil (HOBBES, 2015, p. 128).

Segue sua teoria antropológica afirmando que o homem precisaria renunciar parte da sua liberdade original, pois no estado de natureza em que se encontram fazem o que bem entendem, até mesmo se auto governar. Veio então a ideia de um Pacto Social, ou apenas, O Contrato Social em que haveria um respeito mútuo se todos cedessem às regras do contrato para em sociedade poder viver, sobreviver e, acima de tudo em paz e harmonia, sem a necessidade de ficar à espreita um do outro, temendo ser invadido, assassinado, suas mulheres estupradas e suas terras e pertences tomados à base da força.

Com o surgimento do "pacto social" proposto no Estado Hobbesiano marca a passagem do estado de natureza para o estado civil e com isso nasce também a atribuição do Estado em garantir segurança e liberdade, sem que os indivíduos ajam por conta própria ou mesmo de acordo com as suas próprias convicções e necessidades naturais instintivas (uma guerra de todos contra todos).

Nessa teoria do Estado que se cria, surge então o poder absoluto concentrado na figura do Rei, cujo absolutismo foi reprovado por Montesquieu, visto considerar que tudo estaria perdido se um homem ou um conselho fosse exercesse ao mesmo tempo as três funções dos poderes, quais sejam: a de fazer as leis, a de executá-las e, também, a de julgar os crimes e as controvérsias havidas entre os indivíduos.

Mas, não era assim que Hobbes pensava e com a transferência de capacidade de autogoverno individual para uma pessoa, que equivaleria ao Monarca, ou uma assembleia (parlamentarismo), haveria segurança e paz, desde que não fosse contestado o poder absoluto do *Leviatã.*

Existe uma certa ligação entre o passado e o presente desta relação indivíduo-Estado. Àquele primeiro momento em que o estado se formou, a partir da visão antropológica por meio do homem na sua forma mais primitiva e rudimentar pois desprovida de organização sistematizada de propósitos, aliada a vontade de separação total da igreja católica e a influência do seu poder, até chegar ao que vivemos atualmente que é o Estado Democrático de Direito.

A questão é se tem ou não desempenhado minimamente o seu papel funcional e constitucional junto aos membros da sociedade.

Se naquela época havia uma necessidade, até mesmo para se evitar a destruição de uns pelos outros e daquela constante ameaça de ser atacado por falta de regras ou de quem devia obediência e respeito, hoje, temos um sistema normativo complexo, muito embora com os avanços da era digital e dos controles e conscientizações a direitos que se possa ter, em especial, a população mais carente, ainda está longe de atender aos direitos fundamentais do indivíduo consagrados na constituição federal de 1988.

## 2. A CONSTRUÇÃO DE UM PROCESSO CRIMINAL QUE REFLETE UMA VERDADEIRA FICÇÃO JURÍDICA

Com o monopólio estatal para a resoluções dos conflitos de natureza penal, na seara jurisdicional, impossível não tecer algumas considerações, sob o *modus operandi* ou modelo procedimental adotado pelo poder público na apuração preliminar de um fato.

Nesse viés, percebemos que desde a descoberta do fato delituoso pelas autoridades policiais, independente da via em que se expressa, ainda adota critérios que valem a pena refletir senão questionar quanto à sua legitimidade, validade e eficácia, para um futuro desdobramento que se possibilitará ou não do processo judicial.

Este, sem dúvida alguma deveria estar instruído com elementos concretos e dados confiáveis tomados na esteira da ordem estrita da lei, com respeito à todas as garantias individuais, a fim de que possa cumprir o seu propósito derradeiro quanto à definição segura acerca da responsabilidade atribuída a alguém.

Entretanto, se voltarmos nosso olhar para os então procedimentos hodiernos para assentamentos desde a *notitia criminis* até o relatório final da autoridade policial que preside o inquérito policial, necessariamente, “relatado” por este e não pelo seu escrivão designado para o encargo, perceberemos que as peças que compõe, por exemplo, qualquer autuação em flagrante delito de alguém no âmbito da polícia judiciária nos estados e de um modo geral, se

apresentam com um teor peculiarmente repetitivo em todas as narrativas inseridas no corpo dos textos correspondentes à cada oitiva que é realizada dos protagonistas da cena do crime.

Os fatos narrados sempre na terceira pessoa, são reduzidos a termo por quem os interpreta consoante a inquirição avança sobre o sujeito investigado, ou as demais inquiridas na ocasião (condutor da ocorrência, declarações do ofendido, testemunhas, indiciado).

E, com habitual frequência, depoimentos de policiais militares são idênticos, muito embora uma pessoa seja diferente de outra com percepções distintas, facilita-se o trabalho reproduzindo *ipsis litteris* o que o colega de farda descreveu genericamente sobre a ocorrência, se acautelando em modificar a identificação dos depoentes.

Basta observar que em todos os depoimentos, em especial, àqueles que envolvem os policiais militares em que um deles é o que apresenta a ocorrência e o outro se coloca como testemunha dos fatos, ambos quando ouvidos na delegacia apresentam versões que são cópias fieis uma da outra.

Ora, isso não deveria de ser assim, porque as impressões que um colega de farda ou qualquer outra testemunha que tenha sido arrolada como presencial ou não do fato em apuração, pode sentir ou ver de modo completamente diverso.

Isso a se considerar o campo de visão e de estado de cada uma dessas pessoas, considerando o estado emocional em que se encontram.

Que dirá se a ocorrência envolver não apenas a prisão em si, mas, por exemplo uma perseguição e troca de tiros entre perseguidor e perseguido.

Nesse primeiro relato, a preocupação começa a tomar corpo com a lisura do ato em si sob o ponto de vista da interpretação real dos fatos como tal se deram.

E não há nessa sentença nenhum juízo de valor preconceituoso quanto ao ser em questão, profissional como qualquer outro dentro de sua significância e grandeza na prestação do serviço público. É que dele, especialmente, da versão por ele dada ou de acordo com a interpretação dada propriamente dita ao que foi dito ao tomador das declarações, dar-se-á o histórico dos fatos no boletim de ocorrência que fará o registro da mesma.

Não se pode olvidar, que a Denúncia do órgão encarregado de promover a acusação criminal, se restringe apenas aos fatos que foram retratados pelos condutores da ocorrência ao distrito policial e, responsáveis pela prisão do indivíduo, bem como aquilo que dito foi pela própria vítima da ação criminosa, quiçá, porque nesta fase da persecução criminal a posição majoritária é de que não se aplicam os princípios da ampla defesa e do contraditório ao averiguado.

Daí a raiz de todos os males e o desserviço para o atendimento àqueles preceitos mandamentais consagrados que, durante o processo judicial, difícil ou impossivelmente poderão ser assegurados de modo efetivo como desenhou o constituinte de 1988.

Se passarmos em "revista" a todos os distritos policiais da capital de São Paulo, à título de exemplo, como é de costume haveremos de encontrar inúmeros modelos prontos de flagrantes onde a primeira narrativa no corpo do texto já está "salva" em documentos de texto para que sejam por todos os operadores do plantão ou mesmo do expediente dessas repartições a fim de que deles usufruam.

Isso não quer dizer que ao preso foi assegurado os direitos constitucionais de permanecer em silêncio, quando ele bradava pelos corredores a fim de dizer ao Delgado de polícia que se tratava de um inocente.

É nesse cenário de penumbra ou de escuridão plena, que o futuro acusado se vê imerso e subjugado ao processo criminal, para responder a uma imprecação judicial por quem a deduz com a força de expressões vagas e terminologias genéricas ao invés de afirmações categóricas, dignas de uma verdadeira "Acusação" ser formulada em juízo.

Seguramente, este processo haverá de ser admitido, pois se valerá dos mesmos mecanismos automatizados para o "conhecimento" da causa embrionária a ser deflagração, tendo em vista a ocupação desta fase estar relegada a meros cumprimentos de protocolos mínimos legais quanto à forma que deve *a priori* se apresentar, no entanto, sem tecer maiores incursões sobre a prova indiciária ou mesmo os fatos que, deveriam ser levantados com mais seriedade e comprometimento, até para propiciar meios seguros e idôneos à efetivação dos princípios de processo penal constitucional a incidir durante a realização dos atos futuros.

Portanto é nesse vazio de conteúdo mínimo necessário para o conhecimento sobre o que especificamente se trata o processo que foi desencadeado que muitos devem indagar que vem à lembrança o cenário kafkiano na fantástica obra O PROCESSO, que apesar de escrita no século XIX está mais atual do que nunca.

> [...] não há dúvida nenhuma de que por detrás de todas as aparências desta justiça e, no meu caso, para lá da prisão e do interrogatório de hoje, se encontra uma grande organização. Uma organização que não utiliza unicamente guardas venais, inspetores e juízes de instrução idiotas, indigitados apenas para o mais simples dos casos, mas que também sustenta juízes de elevada categoria, servidos por inúmeros e

> inevitáveis criados, escribas, polícias e outros auxiliares, talvez mesmo carrascos, emprego esta palavra sem qualquer receio. E, meus senhores, qual é o sentido desta grande organização? Não é outro senão o de prender pessoas inocentes e de contra elas instruir um processo absurdo e, na maior parte das vezes, como no meu caso, improfícuo. Como é que numa conjuntura tão absurda se pode evitar que os funcionários fiquem corruptos? É impossível; nem sequer o mais eminente juiz conseguiria escapar à ação dissolvente do meio. É por isso que os guardas procuram roubar as roupas aos presos, é por isso que os inspetores se introduzem abusivamente nas casas de cada um, é por isso que se prefere aviltar os inocentes em frente de assembleias inteiras a interrogá-los. Os guardas não falaram senão em depósitos para os quais se levam os bens dos presos. Gostaria bastante de ver esses depósitos onde os haveres que os presos adquiriram à força de tanto trabalho apodrecem, caso não sejam roubados por funcionários sem escrúpulos. (KAFKA, p. 35).

Atualmente, os mecanismos de investigação parecem medievais e, apesar dos avanços tecnológicos não são aproveitados à grande massa carcerária que compõe a maioria esmagadora dos processos judiciais relacionados a crimes comuns e decorrentes do cotidiano em ascensão violenta, mas, ainda está funcionando em velocidade incompatível dando pouca importância ao processamento das informações tão necessárias quanto úteis para a definição futura se virá ou não a ser deflagrado o processo judicial.

Naturalmente, os recursos da era digital são empregados em maior escala àqueles ilícitos mais específicos como os chamados do *colarinho branco* e os que decorrem das operações simuladas para *lavagem de dinheiro,* até pela sua própria especificidade para a apuração.

É nesse plano da ineficiência e do descaso do aparelho estatal que as semelhanças se entrelaçam no universo de hoje àquelas amarras pelas quais do princípio ao fim daquela obra o personagem principal Josef K se mantém na posição defensiva, em meio a retórica exercida em causa própria, mesmo sendo *gerente dum importante banco* (KAFKA, p. 31).

Entretanto, se comporta como um se fosse culpado, investindo contra os seus algozes responsáveis pela sua prisão não de grades mas do processo, ou seja, de uma teia de situações

que o sufocam no emaranhado complexo e indecifrável por falta de uma acusação precisa, objetiva e concreta contra si que mina suas forças e começa, também, a lhe subtrair a lucidez parecendo-lhe mais lógico conhecer quem é o acusador para então entender o seu crime.

Essa invisibilidade kafkiana é a mesma que afeta muitos que não são ouvidos minimamente à contento nos saguões distritais onde são confeccionadas peças fictícias de condutas amoldadas, em certo sentido, às exigências legais para se tornarem reprováveis ou ilícitas.

É nesse viés e dentro desse contexto delimitado pelo objeto em estudo que os olhos deveriam se voltar com um pouco mais de sensibilidade e ante a reflexão dos elementos disponibilizados, direcionar o caminho para encontrar a solução possível se é que queremos uma sociedade civil organizada como um todo, em alguma parte e por partes deve ser iniciado o processo.

## 3. O REFLEXO NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Com o fim da Idade Média, surgiu o Estado Absoluto, ou, a Monarquia Absoluta, representada pela figura do príncipe que era a origem de todas as coisas, inclusive em dar origem às normas jurídicas. Foi objetivando se afastar do poder da igreja e do império Romano que assumiu a produção do Direito em busca de criar um ordenamento jurídico estatal, que em outras palavras nada mais era do que a vontade do príncipe em relação aos seus súditos.

Vale lembrar que esse modelo de estado, digamos, que defende a existência de um Poder Absoluto concentrado nas mãos de uma só pessoa e por meio dela o mais alto poder de condução tenha sido conferido pelos homens é a característica de qualquer cidade perfeita.

Esse quadro remete à concepção hobbesiana da origem do Estado, no sentido de que a vontade individual do homem e parte da sua liberdade devem ser submetidas à vontade de um homem, de um conselho, a fim de que medidas possam ser tomadas em busca da paz comum e essa é a vontade de todos.

Nessa concentração de poder é que se manifestava as atividades estatais e que, posteriormente, MONSTESQUIEU cuidou em repartir suas respectivas funções. Mas foi no começo da Idade Moderna que podemos sedimentar a base da reflexão que foi proposta neste trabalho, porém, com mais assertiva são as palavras proferidas por Francisco Cesar Asfor Rocha

> O início da era moderna, com o Estado Absoluto, legou à cultura jurídica ocidental a produção estatal do Direito como única fonte da regulação das condutas humanas, mas a ausência de limites das ações do Estado permitiu que, na fase seguinte do curso histórico, a classe burguesa procurasse, com o fortalecimento do Poder Legislativo, composto quase que só de indivíduos provindos da burguesia, imprimir fronteiras ao Estado (Poder Executivo), bem como aos Magistrados (Poder Judiciário), fortalecendo, assim, a lei, uma vez que esta era produto das suas vontades políticas e nela estavam resguardados todos os interesses daquela nova classe que crescia progressivamente no continente europeu. (ROCHA, 2007, p.58)

Essa herança é sentida até hoje por ser o Poder Legislativo quem edita as normas jurídicas e que parece não existir meios de se harmonizar ao sistema de leis em vigor pela diversidade de propósitos e fins a que chegam os mandatários eleitos para o cargo em especial.

Foi com o liberalismo na Europa, inspirado nas ideias iluministas que fortaleceram as revoluções burguesas, que se pode constatar o ponto mais relevante deste movimento e que consiste *na obstinada formulação dos seus teóricos meios para impedir o abuso de poder que, na tradição inglesa, ganhou o nome de constitucionalismo* (ROCHA, 2007, p. 59).

Foi, portanto, nessa época que o Estado de Direito se aperfeiçoou e com ele, os direitos fundamentais conhecidos como de primeira geração sendo consagrados nos mais diversos textos constitucionais como garantia de defesa individual contra o estado e a sua potencial tirania que vier a ser exercida.

É nesse contexto que se insere a análise dos mais diversos modos de violações protagonizadas pelo Estado - ainda que sem o emprego de violência física, posto que aqui não foi estabelecido este propósito para a presente reflexão, mas, àquela que se realizada pelo ente estatal de modo velado ou na forma dissimulada que a autoridade autoritária investe contra o indivíduo, sujeito de direitos e que não mais é um mero objeto da investigação, como dantes eram as normas processuais penais anteriores à constituição federal de 1988 eram interpretadas, ou seja, como instrumento à serviço do estado.

Viabilizou mais segurança ao indivíduo contra o arbítrio estatal de passado absolutista tirânico incorporando os direitos fundamentais no ponto mais alto do ordenamento jurídico dos países regidos pelo direito e pela democracia. Todavia, há que se fazer uma ponderação para

exigir a efetiva aplicação desses sublimes direitos já positivados em nossa constituição federal, recebe o devido e merecido respeito às regras de interpretação na categoria normativa correspondente aos princípios de ordem constitucional nela inseridos.

Nesse caso, tomando por empréstimo as lições hermenêuticas de Paulo Bonavides, sobre como devem ser interpretados os direitos individuais:

> A hermenêutica dos direitos fundamentais requer vias de investigação que transcendem os caminhos abertos pelo emprego dos métodos interpretativos da escola clássica de Savigny. Isso deriva da peculiaridade mesma imanente à estrutura normativa desses direitos fundamentais, que exigem, segundo Koch, decisões de prioridade ou primazia, tais como entre sua pretensão de tutela (Schutzanspruch) e as interferências legislativas ou entre direitos fundamentais conflitantes, isto é, posições constitucionais cuja harmonia deve ser levada a cabo por via do legislado. (BONAVIDES, 1999, p. 545).

Colocando neste plano de necessidade discursiva é que temos as condições de estabelecer os critérios para afirmar que tanto os procedimentos investigativos de um crime como o processamento deste em juízo, se dá com violação a direitos fundamentais de primeira geração e que, pelo tempo e distância em que já o foram reconhecidos e consagrados na dinâmica em que o mundo gira, parece que o retorno à discussão não faria muito sentido, entretanto, faz.

É fato sabido que os sistemas constitucionais contemporâneos, que incluem o modelo brasileiro, deve ser interpretado a partir de um ideia de *sistema hierarquicamente organizado*, dedutivamente, de cima para baixo, tendo a Constituição como seu *órgão diretor*, sendo a visão sistêmica uma construção científica responsável pela boa e correta interpretação das normas infraconstitucionais, porque cria um *tipo ideal*, a partir da concepção de sentido, como sendo aquilo que *faz sentido*, um verdadeiro modelo de interpretação, segundo Luiz Antônio Rizzatto Nunes (2002, p. 30).

A unidade, por fim, enfeixa o sistema como um todo unitário, isso porque dentro da moderna hermenêutica sistêmico-constitucional, que vai além dos métodos tradicionais conhecidos na arte da interpretação, levar em conta, *por força do reconhecimento da influência do Texto Constitucional*, que não se concebe, atualmente, uma interpretação que não tenha culminada *"conforme a Constituição"* (NUNES, p. 32).

O supracitado autor, para explicar o sistema como modelo ideal de interpretação, utiliza como exemplo um estudante de geografia que munido de um mapa intenciona conhecer pessoalmente o rio Amazonas e, este se surpreenderá como na realidade tudo é bem diferente, todavia, o mapa é a base que serve como *um redutor em relação à realidade* e, transportando para o sistema jurídico, este composto *por um conjunto de elementos que se inter-relacionam mediante regras*, sua estrutura é formada pela hierarquia, coesão e unidade.

Hierarquia, porque a Constituição está no posto mais alto de comando emanando seus efeitos para todo o ordenamento jurídico em demonstração de união entre normas e princípios em perfeita harmonia e coerência.

## 4. A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS COMO EXIGÊNCIA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Os princípios constitucionais desempenham papel fundamental dentro do Estado Democrático de Direito, sobretudo, com especial destaque para a interpretação e correta aplicação dos demais diplomas legais que integram o ordenamento jurídico normativo e da própria Lei Maior por si própria, uma vez que, conforme Celso Ribeiro Bastos (2002, p. 241), por definição *os princípios constitucionais são aqueles que guardam os valores fundamentais da ordem jurídica* e, por tal razão, não se limitam ao regramento específico e limitado de uma norma, antes, lançam a sua força por todo o ordenamento jurídico, perdendo em carga normativa, mas ganhando em força valorativa para atingir todas as normas em geral e dar um caráter sistêmico à Constituição.

Sua função, portanto, é a de servir como *critério de interpretação das normas constitucionais* (BASTOS, 2002, p. 242), seja na fase da criação, exercida pelo legislador, seja no momento em que deve a mesma ser aplicada pelo órgão julgador, atentando para a efetiva entrega da tutela jurisdicional dos direitos dos cidadãos que o tenham sido contemplados pela prova devidamente analisada.

Em suma, os princípios sistematizam a Constituição, atuam como base de interpretação e emanam seus efeitos a todo o ordenamento jurídico.

A Constituição da República promulgada em 1988, acolheu os dois princípios (Estado Democrático e o Estado de Direito), em função da ineficiência do princípio republicano que deveria garantir a soberania popular, porém, ainda que consagrado o “estado” de regime e direitos como forma e sistema jurídico para o funcionamento das relações de toda ordem e

natureza, ainda hoje o atendimento específico desta categoria tão importante e tão cara e que levou tempos até ser, no Brasil, conquistada não espelha a grandeza do título que ostenta ou mesmo do sentido e significado que representa, considerando as manifestações e atuações estatais em relação a esses direitos fundamentais não efetivados pelo judiciário em suas atividades regulares.

Daí porque Democracia é algo dinâmico, em constante aperfeiçoamento, devendo ser levados em conta o perseguir certos fins, guiando-se por certos valores, do que um conceito formal, técnico e com previsão legal de escolha de seus representantes para sua definição.

Nesse viés cabe ao Poder Judiciário a decisão, literalmente falando, de dar ao conceito o conteúdo que ele merece, ainda que da sua decisão dependa de outros fatores e setores públicos para ser devidamente cumprida.

Fabio Konder Comparato, afirma com toda propriedade que:

> Na Idade Moderna, só se pode considerar democrático o regime político fundado na soberania popular, e cujo objetivo último consiste no respeito integral aos direitos fundamentais da pessoa humana. A soberania do povo, não dirigida à realização dos direitos humanos, conduz necessariamente ao arbítrio da maioria. O respeito integral aos direitos do homem, por sua vez, é inalcançável quando o poder político supremo não pertence ao povo. (COMPARATO, 2004, p.151)

Considerando a diferença de como se compõe outros poderes públicos, que são eleitos pelo voto popular, vai mais adiante para afirmar categoricamente que o "Poder Judiciário, como órgão de um Estado democrático, há de ser estruturado em função de ambas essas exigências. (...) embora seja ele, por definição, a principal garantia do respeito integral aos direitos humanos, na generalidade dos países os magistrados, salvo raras exceções, não são escolhidos pelo voto popular." (COMPARATO, 2004, p.151)

Essa grande diferença representa um fator que é fundamental para a compreensão do importante papel que desenvolve o juiz perante o povo que não o elegeu para o exercício de tal cargo público. De algum modo, os juízes gozam de um prestígio público fundado no respeito moral e a confiança que inspiram no povo, daí a legitimidade total para o exercício de suas funções com a independência que lhe é inerente e, também, esperada pelo povo que diante de uma democracia é o soberano.

Não sem motivo ou justificativa constitucional a atual Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministra Carmem Lúcia, em seu discurso de posse, ao invés de seguir o protocolo cerimonial, deu lugar ao povo brasileiro a quem saudou primeiramente, comprometendo-se a cumprir a lei e a constituição da república do Brasil.

## CONCLUSÃO

Como se evidenciou, a distribuição de justiça vai muito além do que o mero cumprimento formal a procedimentos e regras estabelecidas pelo ordenamento jurídico em vigor, como se fosse a única via de acesso ao judiciário, sobretudo, quando as decisões judiciais não exprimem ter havido valoração correta e isenta da prova que se pode fazer e trazer para o universo do processo, deixando cada vez mais os julgadores distantes da causa e do possível causador de danos a direitos de outrem.

Não estão longe de alcançar redenção aqueles que exercem a atividade jurisdicional, por um lado, mas, com os avanços da tecnologia nada impede que possa ser usada em prol da garantia dos direitos fundamentais aqui analisados e em total violação pela forma com que são manejados no momento mais crucial da vida de quem são os seus detentores, os cidadãos processados pelo estado.

Via de regra, o teor das versões apresentadas a que é dado registro em solo policial, por vezes não reflete a realidade da ocorrência em si mesma, o que interfere negativamente na análise do titular da ação penal quanto ao cabimento e pertinência da denúncia ou não em cada caso.

Quando a relação processual é instaurada nessas condições é possível constatar o distanciamento da realidade ocorrida com aquilo que o processo penal pôde ou foi possível revelar ao magistrado que, por via de consequência perceber o resultado prejudicial inerente à prestação jurisdicional quanto à negação da tutela a direitos fundamentais decorrentes desta relação do indivíduo com o estado que deveria ser o protagonista e assegurador desses consagrados princípios fundamentais.

A proposta trazida concentra-se em verificar a falha dos procedimentos policiais na apuração dos fatos que irão desencadear o futuro processo penal, que não passa de uma obra de ficção jurídica, onde a verdade substancial é algo inatingível pela excessiva carga subjetiva empregada pelo julgador em suas decisões que pouco analisa a prova e os argumentos em

debate, preferindo se manifestar por meio de decisões pré-moldadas e desvinculadas com a causa, ao invés de uma participação autoral no processo.

No entanto, já seria um grande passo para a melhoria da qualidade e eficiência na prestação jurisdicional, fossem as decisões judiciais fundamentadas na consonância da ordem constitucional que evitaria todo tipo de investida contra direitos e garantias fundamentais em jogo na dialética processual.

Deste modo, nada mais compatível com o modelo democrático de participação autoral do juiz em suas próprias decisões que enfrentem a realidade dos fatos e das provas, reativem a confiança e esperança do povo oprimido, das minorias e dos menos favorecidos economicamente que são os que mais sentem na própria história o desatendimento dos preceitos mais basilares do indivíduo no processamento de uma demanda criminal.

Faz-se de todo necessário que a independência funcional do magistrado esteja desatada dos nós da burocracia e das pressões dos relatórios demonstrativos de estatísticas inoperantes apontando baixas de acervos processuais, como sinônimo de eficiência na prestação da tutela jurisdicional, para se voltar mais ao garantismo de direitos fundamentais da pessoa humana.

Um julgamento isento, às claras e sem a preponderância da parte mais bem estruturada que é o estado contra o menos favorecido é o que se espera de um judiciário moderno e democrático.

Livre da manifestação estatal absolutista arbitrária e tirana que fere direitos individuais em que não se conhece à realidade da causa desencadeadora do processo e que fatalmente pela invisibilidade do ser humano que não é ouvido porque já existem prontas respostas para o seu problema, haverá de ser reconhecida a sua culpa.

Em qualquer que seja a situação, o indivíduo já está preso, ainda que possa se locomover, mas, preso eternamente ao processo kafkiano sem forças para reagir, ainda que inocente possa ser.

Nada mais razoável para se libertar do processo injusto e desequilibrado as decisões enfrentassem o âmago dos fatos e permitissem as provas fossem produzidas em igualdade de condições, preterindo às negativas de ordem judicial pré-moldadas e orações sem força semântica, a fim de devolver o mínimo de prestação jurisdicional com o apreço da grandeza dos direitos fundamentais, como a liberdade do indivíduo que está em jogo e que foi inserir no rol dos direitos e garantias fundamentais pelo constituinte de 1988.

## REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: consequências humanas**. Tradução: Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

_____. **O mal-estar da pós-modernidade.** Tradução: Mauro Gama, Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Brasília: Congresso Nacional, 1988.

BRITTO, Carlos Ayres**. O humanismo como categoria constitucional.** 1. ed. 3. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

COMPARATO, Fábio Konder**. A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva. 2010.

COMPARATO, Fábio konder. **O Poder Judiciário no regime democrático**. Estudos Avançados, São Paulo, v. 18, n. 51, p. 151-159, aug. 2004. ISSN 1806-9592. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/eav/article/view/10004>. Acesso em: 31 de jul. de 2017. doi:http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142004000200008.

HOBBES, Thomas. **Leviatã.** Tradução: Rozina D'Angina. 2. ed. – São Paulo: Martim Claret, 2012.

KAFKA, Franz. **O Processo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade a pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROCHA, Francisco Cesár Asfor. **A luta pela efetividade da jurisdição**. São Paulo: RT, 2007.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta. São

Paulo: Companhia das Letras, 2010.

WEBER, Max. **A ética protestante e o "espírito" do capitalismo**. Tradução José Marcos Mariani de Macedo. São Paulo: Companhias das Letras, 2004.