

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CONSTITUIÇÃO**

NESTOR EDUARDO ARARUNA SANTIAGO

PAULO CESAR CORREA BORGES

CARLOS ALBERTO MENEZES

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

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

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito penal, processo penal e constituição [Recurso eletrônico on-line] organização
CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Carlos Alberto Menezes, Nestor Eduardo Araruna Santiago, Paulo Cesar
Correa Borges– Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-045-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de
desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito penal. 3.
Processo penal. 4. Constituição I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju,
SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO

Apresentação

O Grupo de Trabalho n. 4 - Direito Penal, Processo Penal e Constituição - contou com trinta e três artigos aprovados para as respectivas apresentações, que ocorreram no dia 04 de junho de 2015, sob a coordenação dos penalistas Prof. Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago (UNIFOR), Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges (UNESP-Franca) e Prof. Dr. Carlos Alberto Menezes (UFS). Os artigos foram agrupados segundo a temática desenvolvida, permitindo uma interlocução entre os autores e demais debatedores, oriundos de diferentes programas de pós-graduação vinculados ao Sistema Nacional de Pós-Graduação.

Os desafios contemporâneos das Ciências Penais e das suas interdisciplinariedades com o Direito Constitucional perpassaram as pesquisas apresentadas, propiciando ricos debates, embora premidos pela relação quantidade-qualidade.

Além disso, as perspectivas garantistas e funcionalistas também estiveram presentes nos artigos, propiciando até a busca de superação de uma visão dicotômica das duas correntes. Diversificados foram os temas: a teoria da dupla imputação; responsabilidade penal da pessoa jurídica; direito penal ambiental; tráfico de órgãos; crimes transfronteiriços; criminalidade organizada; doutrina do espaço livre de direito; controle de convencionalidade; criminal compliance; proteção penal dos direitos humanos; multiculturalismo; crimes cibernéticos; crueldade contra animais; direito penal tributário; direito penal do inimigo; expansão do direito penal; e necessidade de descriminalização de certos tipos penais.

Até a teoria geral do processo penal teve sua utilidade questionada. Questões práticas, no âmbito do processo penal foram debatidas, tais como a homologação, ou não, do pedido de arquivamento de investigação criminal, em foro por prerrogativa de função ou em inquérito policial; a execução provisória da pena privativa da liberdade; flexibilização das normas relativas a usuários de drogas; inversão do contraditório; inovação de tese defensiva na tréplica no Júri, o sigilo das votações, fundamentação e a repercussão de seus julgamentos na mídia; psicologia do testemunho; risco no processo penal; medida de segurança; e prisões cautelares.

O Grupo de Trabalho cumpriu seu objetivo de reunir pesquisadores de todo o país para a reflexão teórico-prática de diversos temas que estão presentes na pauta das Ciências Penais, bem como para a atualização e compartilhamento de novos recortes epistemológicos relativos ao Direito Penal, Direito Processual Penal e Direito Constitucional.

Os artigos que foram aprovados, pelo sistema do duplo cego, foram submetidos à crítica dos debates proporcionados no Grupo Temático e, uma vez mais, estão sendo publicados no livro que ora se apresenta a toda a comunidade acadêmica, e que permitirão uma análise crítica por aqueles pesquisadores e especialistas que, se não puderam participar dos debates orais, poderão aprofundar a interlocução com os produtos de outras pesquisas, que já vem sendo desenvolvidas e que culminaram com as suas produções e poderão servir de referência para outros estudos científicos.

Isto, por si mesmo, já está a indicar a excelência do resultado final e a contribuição de todos os co-autores e dos coordenadores do livro, para a valorização da Área do Direito.

A oportunidade do livro decorre dos debates atuais sobre o populismo penal que, invariavelmente, recorre a bandeiras político-eleitoreiras, subjacentes a propostas de recrudescimento do tratamento penal para as mais variadas temáticas, sem ao menos ter por parâmetros científicos proporcionados pelos pesquisadores das Ciências Sociais Aplicadas, dentre as quais o Direito e, mais particularmente, o Direito Penal, Processual Penal e Constitucional.

Aracaju-SE, junho de 2015.

Prof. Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago (UNIFOR), Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges (UNESP-Franca) e Prof. Dr. Carlos Alberto Menezes (UFS).

O RISCO NO PROCESSO PENAL
THE RISK IN CRIMINAL PROCEEDINGS

Renan Posella Mandarin
Marisa Helena D`Arbo Alves de Freitas

Resumo

Difunde-se na doutrina que o processo penal é um instrumento de realização da pretensão punitiva do Estado, capaz de fornecer segurança jurídica necessária para julgamento justo. Essa concepção deve ser desconstruída. O processo penal é um encadeamento de atos instáveis. Não há juízos absolutamente seguros e certos, nem mesmo com o trânsito em julgado, pois este constitui uma construção técnica do direito. A partir dessa ideia, este estudo tem o escopo de analisar o risco produzido pela atividade jurisdicional e desmistificar a ilusória certeza e segurança do poder punitivo. Para abordagem do tema, foram apresentadas as principais características do risco na sociedade moderna e verificada a sua relação com o processo penal.

Palavras-chave: Risco, Processo penal, Segurança jurídica, Incerteza

Abstract/Resumen/Résumé

Diffuses in the doctrine that the criminal proceedings is a realization of punitive intention instrument of the state, able to provide legal certainty necessary for fair trial. This concept must be deconstructed. The criminal process is a chain of unstable acts. There is absolutely safe and certain judgments, even with the res judicata, because this is a technical construction of the law. From this ideia, this work has the scope to analyze the risk produced by jurisdictional activity and demystify the illusory "certainty and security" of punitive power. To approach to the subject, were presented the main characteristics of risk in modern society and checked its relation to criminal proceedings.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Risk, Criminal proceeding, Legal certainty, Uncertainty

Introdução

A sociedade moderna é regida pela alta velocidade das informações e dominada pela lógica da exiguidade temporal. Risco, incerteza e insegurança são marcas indeléveis da contemporaneidade. As estruturas da modernidade permitem verificar que houve um processo de ruptura da sociedade industrial clássica para a configuração da sociedade de risco. Esse processo ficou conhecido como “modernização reflexiva”. Os autores apontam que o mundo atual é obrigado a lidar com um novo tipo de risco, absolutamente imprevisível e contra o qual não há possibilidades de defesa.

Essas características, que explicam as características da sociedade moderna, são aplicáveis também ao processo penal. As incertezas da dinâmica processual permitem afirmar que o processo é uma atividade de risco, construído pelo uso da técnica e aproveitamento de oportunidades. No processo, há “situações jurídicas” que levam ao sucesso ou insucesso da demanda.

O objetivo do texto é discutir o risco produzido pela atividade jurisdicional e desmistificar a ilusória “certeza e segurança” da pretensão punitiva.

No primeiro tópico, o trabalho aborda os conceitos relativos à natureza e finalidade do processo penal e apresenta a concepção crítica acerca da estrutura das relações processuais. No segundo tópico, o estudo aponta os aspectos gerais do risco, através da teoria da “sociedade do risco” e da “modernidade reflexiva”. Em seguida, discorre sobre o risco no processo, apontando a sua incidência no que tange à verdade material e aos aspectos procedimentais. Por fim, pretende-se examinar as políticas criminais viáveis para redução dos danos geradas aos sujeitos do processo, bem como os caminhos para aplacar os riscos de uma intervenção judicial injusta.

O trabalho é bibliográfico, com fundamento nas bases filosóficas de Ulrich Beck e Anthony Giddens para compreensão do risco. Para corroborar o entendimento acerca da configuração da sociedade moderna, utilizou-se a literatura de Zygmunt Bauman e Byung-Chul Han. O objeto de análise e perspectiva metodológica é a crítica à visão do direito processual penal como instrumento eficiente para resolução de conflitos. Para contestar essa ideia, foram apresentados argumentos que apontam para a composição do processo judicial como uma atividade de risco, apta a produzir resultados imprevisíveis e, muitas vezes, distante da realidade probatória do delito. Para demonstrar essa natureza “relativa” do processo penal, o trabalho se fundamentará na epistemologia da incerteza tratada por James Goldschmidt.

1. Natureza e finalidade do processo penal

Para melhor compreensão do tema a ser debatido, imprescindível analisar as diferentes perspectivas teleológicas do processo no sistema jurídico-penal. Inegável a dupla face do processo penal, o qual pode ser entendido tanto como instrumento adequado à realização da justiça penal, com o exercício estatal do *ius puniendi*, como também, numa perspectiva garantista, meio de tutelar as liberdades jurídicas do cidadão (PITOMBO, 2003, p. 08).

Essa dicotomia se fundamenta na natureza jurídica do processo penal, ou seja, no que ele representa e constitui. Trata-se de averiguar a determinação dos vínculos que unem os sujeitos (juiz, acusador e réu), a finalidade jurídica e a estrutura complexa que cerca o processo.

Dentre as diversas teorias que buscaram explicar a natureza jurídica do processo penal, três se destacam. A primeira posição, defendida por Oskar Von Bülow, estabelece o rompimento do direito material com o direito processual e a conseqüente independência das relações jurídicas verificadas nessas duas dimensões. É o definitivo sepultamento das ideologias privatistas em torno do processo, as quais concebiam o processo como contrato ou acordo. Com a *teoria do processo como relação jurídica*, criada em 1868, Bülow inaugura o estudo acerca do conceito de partes, que representou uma evolução no conteúdo democrático-liberal do processo, num momento em que o processo penal era visto como simples intervenção estatal com fins de defesa social. Para Bülow, o processo é uma relação jurídica de natureza pública, que se estabelece entre as partes (Ministério Público e réu) e o juiz, através de uma reciprocidade de direitos e obrigações fundamentais na dinamicidade processual. Nessa concepção, o processo é uma relação jurídica de direito público, autônomo e independente da relação de direito material (BÜLOW, 1964, p. 293).

A teoria de Bülow produziu sensíveis avanços no processo penal, principalmente porque o imputado deixou de ser mero objeto processual e tornou-se verdadeiro sujeito desta relação, com direitos subjetivos próprios e em condição de exigir a adequada prestação jurisdicional. Outra contribuição foi a teorização acerca dos pressupostos de existência e validade do processo, que seriam elementos essenciais para nascimento e desenvolvimento válido da demanda penal.

A segunda posição surge como uma crítica pontual sobre o posicionamento de Bülow, através da *teoria do processo como situação jurídica*, criada por James Goldschmidt,

o qual apontou que o erro de Bülow foi afirmar que no processo penal houvesse uma efetiva relação jurídica isonômica entre as partes.

Para Goldschmidt, o direito é um produto cultural, ao partir de uma dúplici natureza da norma jurídica, o que de fato remonta à teoria dos imperativos. Por um lado, a norma destina-se aos cidadãos, de outro, destina-se a orientar a decisão do magistrado.

O processo é uma atividade que tem por objetivo perseguir a formação da coisa julgada, ou seja, um conjunto de situações processuais pelas quais as partes caminham em direção a uma sentença definitiva favorável. Trata-se de uma concepção de processo que abandona a ideia de “segurança jurídica” das decisões judiciais e da certeza abstratamente considerada na realidade processual protagonizada pela teoria da relação jurídica. Há uma preocupação latente com o estado de incerteza trazido pelo processo, o que é usualmente visto na prática judiciária na possível busca pela verdade material. O conceito de situação jurídica é essencialmente processual (GOLDSCHMIDT, 1935, p. 50-53).

Goldschmidt ataca os pressupostos da relação jurídica, em seguida nega a existência de direitos e obrigações processuais, ou seja, o próprio conteúdo da relação. Os pressupostos processuais não representam pressupostos do processo, na medida em que deixam de condicionar o nascimento da relação jurídico-processual para serem concebidos como pressupostos da decisão sobre o mérito.

A teoria da situação jurídica abdica de uma montagem tradicional, pois ao contrário de direitos subjetivos, no processo existirão “chances processuais”, as quais se aproveitadas poderão conduzir a uma expectativa de sentença favorável. Em caso negativo, a perda de uma chance processual poderá conduzir à perspectiva de uma decisão desfavorável. Os atos processuais que se atrelam à carga probatória para o acusador e uso da técnica pela defesa para repudiar a prova e liberar-se de tal carga (GLOECKNER, 2010, p. 54-55).

Frise-se que o aproveitamento de uma chance nem sempre exige uma ação. O direito ao silêncio esboça a proteção a um interesse processual através da omissão. Isto é, determinados atos processuais devem ser praticados ou propositalmente omitidos para que se consiga influenciar psicologicamente o juiz ou então, para que se possa livrar de uma carga que pairava sobre o sujeito. A dinâmica processual se dá sempre com vistas à sentença, como consequência de constante transformação e mutação de “cargas processuais”.

Com isso, chega-se facilmente ao conceito de situação jurídica: “estado de uma pessoa, no que diz respeito a seu direito, sob o ponto de vista da sentença judicial que se espera com a observância à lei” (GOLDSCHMIDT, 1935, p. 50-53).

Os direitos processuais das partes ficam como que “suspensos” relativamente à decisão judicial, a depender do aproveitamento das chances e da liberação de cargas processuais. Estas surgem como verdadeira antítese em relação ao dever. Dá-se como uma necessidade de se evitar um prejuízo processual, que em última instância causará, ao final do processo, uma sentença desfavorável. A prática de um ato processual visa a evitar um prejuízo. Existe uma relação bastante estreita entre “cargas processuais” e “possibilidades”. Isto porque cada possibilidade imporá à própria parte a carga de aproveitá-lo convenientemente, ao revés de perder a chance com a inexecução do ato ou até mesmo a sua prática de forma insatisfatória.

A concepção agonística de processo defendida por Goldschmidt permite o desenvolvimento de uma estrutura altamente receptiva ao princípio dispositivo, o qual prevê o dever de o juiz julgar conforme alegado e provado pelas partes. Através de uma concepção individualista e liberal do Estado, a vinculação a um processo de cunho dispositivo representa uma espécie de “autogoverno democrático do cidadão livre e responsável pelas suas ações” (CALAMANDREI, 1951, p. 02). As partes são uma realidade viva do processo e não instrumentos para satisfazer o interesse público. Abandona-se a concepção paternalística e autoritária do Estado, extinguindo as práticas inquisitoriais através da utilização de poderes instrutórios *ex officio*.

Afeita a um regime dialético e agonístico, no qual as partes pretendem convencer o juiz de suas argumentações, a sentença representaria o reflexo das imagens recolhidas da situação processual. Para haver justiça não basta ter razão, mas é preciso fazê-la valer, isto é, conhecer e saber manobrar a técnica no curso das situações jurídicas. No processo não existe distinção entre ciência e técnica: a técnica é elemento da construção dogmática. Esta é a realidade do processo de tipo dispositivo. O sistema acusatório tem como uma de suas maiores vantagens garantir um espaço psíquico ao acusado (GLOECKNER, 2010, p. 83).

A crítica pelo viés da inércia e da falsa noção de segurança é o que torna genial a teoria do processo enquanto situação jurídica:

Foi GOLDSCHMIDT quem evidenciou o caráter dinâmico do processo, ao transformar certeza própria do direito material na incerteza característica da atividade processual. Essa dinâmica é a melhor explicação para o fenômeno do processo, que deixa de lado a estática e a segurança (controle) da relação jurídica para inserir-se na mais completa epistemologia da incerteza. O processo é uma complexa situação jurídica, na qual a sucessão de atos vai gerando situações jurídicas, das quais brotam as chances, que, bem aproveitadas, permitem que a parte se liberte de *cargas* (probatórias) e caminhe em direção favorável. Não aproveitando as chances, não há liberação de cargas, surgindo a perspectiva de uma sentença desfavorável (LOPES JUNIOR, 2014, p. 69-70).

Nessa perspectiva de “situação” (em movimento), o processo daria origem a “expectativas”, “chances”, “cargas” e “liberação de cargas” e o aproveitamento ou não dessas chances originaria o ônus ou bônus. Logo, as expectativas de uma sentença favorável irão depender normalmente da prática com êxito de um ato processual anterior realizado pela parte interessada (liberação de cargas). Produzir uma prova adequada, refutar uma alegação, juntar documento no devido momento, recorrer adequadamente de uma decisão são exemplos de aproveitamento de uma chance.

Diante do princípio da presunção de inocência, a carga (atribuição) probatória está sob responsabilidade do órgão acusador, de forma a se afirmar que o processo penal vai além da noção de situação jurídica e pode ser compreendido como uma assunção de riscos, ou seja, à luz da epistemologia da incerteza que marca a atividade processual e o fato de a sentença ser uma ato de convencimento, a não produção de elementos de convicção para julgamento favorável ao interesse da acusação faz com que o réu acabe por potencializar o risco de uma demanda ser julgada improcedente. Não há carga para defesa, mas a prevalência constante do risco, razão pela qual coexistem as noções de carga para o acusador e risco para a defesa.

Apoiado nos argumentos de Goldschmidt, Luhmann (1980, p. 97-98) defende que a função do procedimento é a especificação do descontentamento e o fracionamento e absorção dos protestos. A força motriz do procedimento é a incerteza do resultado, responsável este por impulsionar a dinâmica procedimental e efetivar sua legitimação.

O âmbito processual é um contexto de imbricações instáveis, de modo que não há juízos puramente seguros e certos, nem mesmo com o trânsito em julgado, pois a coisa julgada é uma construção técnica do direito. O direito material é um universo de entes irrealis, construído à semelhança da racionalidade pura, enquanto que o universo do processo identifica-se com as realidades e concretizações.

Aury Lopes Junior (2014, p.79) ratifica o papel fundamental de Goldschmidt na compreensão da natureza e finalidades do processo penal:

O maior mérito do autor, infelizmente ainda a ser reconhecido, foi ter evidenciado o fracasso da unidade epistemológica do direito (processual), com a inserção de categorias sociológicas (expectativas, perspectivas, chances); a epistemologia da incerteza (e a imprevisibilidade do processo); a noção de fluidez, dinâmica e movimento; e ter denunciado o fracasso da teoria geral do processo (o erro da transmissão mecânica de categorias). Por fim, ao incorporar o risco (muito antes de BECK, GIDDENS e todos os sociólogos do risco!), evidencia a falácia da noção tradicional de “segurança jurídica” fomentada pela inércia da relação jurídica de BÜLOW.

Esse é o posicionamento teórico que incita a discussão do presente trabalho: a “verdade” perquirida e obtida através da persecução penal é consequência do seguro conjunto

probatório ou do aproveitamento de chances para libertação das cargas processuais e diminuição dos riscos?

A terceira posição é proposta por Elio Fazzalari, a *teoria do processo como procedimento em contraditório*, pode ser considerada como um aprofundamento dos estudos propostos por James Goldschmidt. O autor supera a visão formalista-burocrática do procedimento ao resgatar a importância do contraditório na orientação dos atos procedimentais até o provimento final com a sentença. Acrescenta, ainda, que o contraditório é o núcleo imantador e legitimador do poder jurisdicional, possuindo duas dimensões: como direito à informação e à reação das partes ao promover a igualdade de tratamento e oportunidades. Fazzalari critica o ativismo judicial, ao admitir que esta é uma postura característica do sistema inquisitório e não do poder jurisdicional. Ao julgador compete somente manter a regularidade na produção dos significantes probatórios pelas partes. Não cabe ao magistrado legitimar a busca da verdade material para ser o protagonista do processo, proferindo prisões de ofício ou mesmo ter iniciativa probatória. No momento da instrução probatória sua conduta deve ser imparcial, pois a essência do processo está na simétrica paridade de participação dos interessados, mais especificamente no papel das partes e do contraditório (LOPES JUNIOR, 2014, p. 84).

Esse modelo processual reside na possibilidade de conciliar as necessidades de garantia do cidadão com as não menos necessárias funcionalidade e eficiência do sistema punitivo. Insustentável num regime constitucional fundado na regra do Estado Democrático de Direito, no qual prepondera a preocupação para com a tutela da dignidade da pessoa humana, a abdicação à regra do devido processo legal e dos princípios que lhe são correlatos, em especial o do *nula poena sine iudicio* (FERNANDES, 2001, p. 66).

A principal crítica na posição de Fazzalari está na previsão idealística de paridade de participação dos interessados, como também defendido por Bülow. Oportuno dizer que a realidade processual penal não reforça essa isonomia de participação. Há uma verticalização na relação jurídica-processual entre acusação, defesa técnica e julgador, o que reforça o risco de uma decisão judicial equivocada.

O direito processual opera com construções técnicas artificiais e constantemente recorre a mitos como “segurança jurídica”, “verdade material”, “reversibilidade de medidas”. Em outros momentos, ousa correr atrás do tempo pedido, com a finalidade de acompanhar a velocidade da moderna sociedade. É o que se constata na antecipação de tutela, medidas cautelares, simplificação dos ritos procedimentais, etc.

Apresentados os principais argumentos teóricos para explicar as “incertezas” que permeiam o processo penal, imprescindível uma incursão para além do saber jurídico, com o objetivo de compreender a configuração do risco na atual sociedade.

2. Aspectos gerais do risco na sociedade moderna

A modernização da sociedade provocou um salto tecnológico de racionalização e de transformação do trabalho e da luta de classes. Houve uma mudança dos caracteres sociais, dos estilos e formas de vida, das estruturas de poder e controle, das formas políticas de opressão e participação, das concepções de realidade e das normas cognitivas. Toda trama social é reconfigurada, inclusive, com a alteração das “fontes de certeza” das quais se nutre o indivíduo. Na modernidade, a produção de riqueza é acompanhada sistematicamente pela produção de riscos. Consequentemente, aos problemas e conflitos distributivos da sociedade da escassez sobrepõem-se os problemas e conflitos surgidos a partir da produção, definição e distribuição de riscos científicos-tecnologicamente produzidos (BECK, 2010, p. 23).

A partir da Segunda Guerra Mundial, houve uma reestruturação do sistema mundial, com uma maior penetração da racionalidade técnica nas esferas da vida. A modernidade dissolveu a sociedade agrária estamental e elaborou os contornos estruturais de uma sociedade industrial. Hoje, com a “nova” modernização, conhecida também por “pós-modernidade”, houve a dissolução da sociedade industrial e inserção da sociedade tecnocrata.

Diante da complexidade do atual corpo social, o risco é um elemento permanente em toda atividade e relações pessoais. Concomitantemente, é uma sociedade regida pela velocidade e dominada pela lógica do tempo curto, de maneira que toda essa aceleração potencializa o risco.

Anthony Giddens e Ulrich Beck foram os principais expoentes na análise crítica da dinâmica da sociedade de risco. O primeiro descreve a emergência das ilimitadas transformações ambientais como decorrente da intensa reflexividade nas práticas sociais. O desenvolvimento das forças de produção teria um potencial destrutivo de larga escala em relação ao meio ambiente. Para ele, a sociedade vem sofrendo as consequências da modernidade com o irrestrito uso da racionalidade científica e dos danos ambientais gerados pelas práticas industriais. O segundo, responsável por difundir a locução “sociedade de risco”, pressupõe que já existe uma “lógica” da sociedade de risco que substituiu a da sociedade de classe (ALEXANDRE, 2000, p. 150).

Ambos os autores não fazem uma abordagem estritamente jurídica. Desenvolvem uma profunda análise sociológica a partir de preocupações ecológicas e científicas, que tem

como ponto axial o fato de existir uma sociedade de riscos verdadeiramente global, num mundo em que não haveria mais divisão de classes, nem de fronteiras, apenas, divisão de riscos. Porém, as características do risco apontadas por tais pensadores têm intrínsecas relações com o processo penal (CÂMARA, 2008, p. 131).

Giddens chama a atenção para sete formas de se caracterizar o risco. O primeiro aspecto seria a *globalização do risco*, cuja intensidade de uma atividade perigosa poderia atingir danos incalculáveis, como, por exemplo, a guerra nuclear. Em segundo lugar, ele identifica essa mesma globalização do fenômeno risco com relação à *expansão da quantidade de eventos contingentes que afetam todos*. Em terceiro, afirma que os riscos são provenientes da *socialização da natureza*, ou seja, a forma dada à natureza pela ação humana. Como quarto risco, *os mercados de investimentos financeiros* apresentam uma instabilidade que pode atingir um número inestimável de pessoas. O quinto aspecto seria a *sabedoria de existência de risco*: as incertezas ainda não decifradas no caminho do conhecimento, ou seja, o que o desconhecido ainda mais poderia proporcionar em termos de periculosidade. Em sexto, a *popularidade do risco*: permanência constante de certo grau de controvérsia, desconfiança sobre as informações fornecidas e um bombardeamento de informações que não permite saber qual a atividade mais segura. Por derradeiro, Giddens se refere às *limitações das práticas periciais*, risco não revelado pelos operadores dessas práticas, pois mesmo para eles nenhum sistema perito pode ser integralmente incontestável. O risco é socialmente construído e agravado pela periculosidade dos avanços científicos. (ALEXANDRE, p. 155-156).

A modernidade trouxe transformações nas relações pessoais, precisamente no tocante à constituição da confiança e da identidade pessoal. Todo corpo social é regido por padrões de normalidade, com a finalidade de que os indivíduos possam estabelecer relações de confiança mútua. A diferença é que, segundo Giddens (1990, p. 85-102), na “sociedade de risco”, com os referenciais abstratos criados pela ciência, instalam-se dificuldades para se estabelecer elos de ligação pessoal. Os atores sociais modernos “confiam” (sem conhecimento) nas informações fornecidas pelos peritos (tecnicistas).

Giddens (1990, p. 125) identifica que o ser humano interage a maior parte do tempo com pessoas que nem sequer conhece. A intimidade deixou de ser tratada com espaço amorfo, restrito às indeterminações e às subjetividades do ser social. Nela há um conteúdo científico próprio, com direito a definições estatísticas ou probabilísticas proporcionadas pelos estudos concebidos para determinar a vida íntima. Todas as práticas sociais são “reflexivas”, com as decisões humanas tomadas a partir de padrões técnicos e de recorrência incessante às informações previamente vinculadas por um técnico no assunto. Tamanha carga reflexiva de

informações, ao invés de aplacar o risco, confunde o cidadão e gera crises na identidade pessoal.

Beck (2010, p. 07-10) analisa o risco a partir do acidente nuclear de Chernobil. Cita o exemplo da poluição causada por uma siderúrgica entre o século XIX e XX, sociedade predominantemente industrial, argumentando que o lixo produzido tinha consequências relevantes em nível local, para as pessoas que ali trabalhavam e para a comunidade local, que bebia a água e respirava o ar contaminado. Entretanto, essa ameaça, mesmo considerando todas siderúrgicas do mundo, não alcançava populações inteiras, o universo todo. Com acidente nuclear de Chernobil em 1986, acabaram-se as zonas protegidas da modernidade e, o grande desafio, passa a ser viver com a descoberta do perigo, com a instabilidade das atividades humanas.

Em razão da catástrofe ambiental, que serviu de paradigma para construção do pensamento de Beck (2010, p. 34-36), este dirige sua crítica à racionalidade científica, a qual passa a determinar a lógica da racionalidade social através do progresso da dominação técnica. Essa lógica fundamenta as características da “sociedade de risco”.

Primeiramente, aponta o *caráter difuso do risco (ubiquidade dos riscos)*. Atualmente as novas ameaças ultrapassam limites espaciais e sociais e também excedem limites temporais, pois são irreversíveis e seus efeitos (toxinas) no corpo humano e no ecossistema são cumulativos. O risco atinge a todos indistintamente, sem qualquer tipo de barreira social ou geográfica como meio de proteção contra tais perigos (LOPES, 2006, p. 51).

Em segundo lugar, os riscos seriam de *percepção subjetiva*. O ponto de impacto dos riscos ecológicos pode não estar ligado ao seu ponto de origem e transmissão. Os movimentos são, muitas vezes, invisíveis e insondáveis para a percepção cotidiana, o que dificulta ou impossibilita a identificação do nexos causal. É preciso diferenciar a atenção cultural e política despertada pelos riscos de sua efetiva disseminação. Nesse sentido, as certezas da sociedade de classes são as certezas da cultura da visibilidade. Essas evidências do tangível deixam de valer nas sociedades de riscos. O visível incorre nas sombras de ameaças invisíveis. Aquilo que escapa à percepção já não coincide com o irreal, podendo chegar mesmo a possuir um grau elevado de concretude em termos de ameaça (BECK, 2010, p. 54).

Em terceiro lugar, *situações de risco não são necessariamente situações de classe (institucionalizado)*. A “classe” dos afetados não se opõe a uma “classe” dos não afetados. Com a generalização dos riscos na modernidade, desencadeia-se uma dinâmica social que não pode mais ser abarcada e concebida em termos de classe (BECK, 2010, p. 47).

Em quarto lugar, conforme apontado por Giddens, a *natureza global dos riscos*. A “sociedade do risco” introduz a ideia de superação de uma etapa da caminhada humana, em que os riscos apresentavam-se de uma forma limitada, eis que descendiam de condutas humanas de resultados previsíveis, para um estágio civilizatório que se faz notável pela imprognosticabilidade da exata dimensão e extensão dos riscos, o que revela a vultuosa complexidade da modernização da sociedade. O risco é ao mesmo tempo global e local, característica conhecida como “glocalidade”. Diante de sua potencialidade e gravidade, a racionalidade técnico-instrumental não é capaz de conter os riscos (BECK, 2010, p. 43-44).

Contido na globalização dos riscos, há que se considerar o *efeito bumerangue*. Os riscos cedo ou tarde alcançam inclusive aqueles que produziram ou lucraram com eles. A produção de riscos da modernização acompanha a curva do bumerangue. A agricultura intensiva de caráter industrial, fomentada com bilhões em subsídios, não somente faz aumentar dramaticamente em cidades distantes a concentração de chumbo no leite materno e nas crianças, como também solapa múltiplas formas a base natural da própria produção agrícola: cai a fertilidade das lavouras, desaparecem espécies indispensáveis de animais e plantas, aumenta o perigo de erosão do solo. Esse efeito socialmente circular de ameaça pode ser generalizado: sob a égide dos riscos da modernização, cedo ou tarde se atinge a “unidade entre culpado e vítima” (BECK, 2010, p. 44-45).

Como consequência da globalização dos riscos, aponta-se como quinto aspecto, a *incalculabilidade e imprevisibilidade do risco*. Os riscos da modernidade não podem ser delimitados no tempo, pois são reproduzidos no presente, mas se projetam no futuro. Há uma imprevisibilidade quanto ao tempo de produção e duração dos efeitos decorrentes do risco.

O sexto aspecto é que os riscos são de *procedência humana*. No passado, os riscos não restavam confinados à ação do homem, vez que existia uma outra esfera de riscos (até hoje não superados por completo) que emanavam da imponderabilidade das forças da natureza. Com a modernização, os riscos naturais apresentam-se cada vez mais previsíveis e controláveis, reduzidas as possibilidades de concretização do perigo. Contudo, com as atividades técnico-científicas, oriundas de conduta humana, os riscos tornaram-se incomensuráveis. Nesse momento nasce a ilusão do Estado Segurança, pois os riscos contemporâneos são qualitativa e quantitativamente distintos, assumindo consequência transgeracionais (CÂMARA, 2008, p. 130).

Beck argumenta ainda que a passagem da “sociedade de classe” para “sociedade de risco” seria capaz de alterar os sistemas de valores preexistentes, cujo eixo axiológico residiria na igualdade. Se no passado reconhecia-se a existência de profundas desigualdades

que precisam ser superadas (sociedade desigual), com o trânsito para a sociedade de risco anuncia-se a mudança do sistema axiológico da sociedade desigual para o sistema de “sociedade insegura”.

Tal argumento deve ser analisado com parcimônia. Não parece plausível afirmar a existência de uma efetiva superação da sociedade de classes, sob pena de se incidir em uma visão demasiadamente eurocêntrica. O universalismo dos perigos, que conduziriam a uma relativização das diferenças e dos limites sociais, não pode ser aceito como verdade absoluta. É o que expõe Guilherme Costa Câmara (2008, p. 132):

(...) co-existem porque não são excludentes os dois sistemas axiológicos: o da *sociedade de classes* e do da *sociedade do risco*. Em termos mais gráficos: ao lado da comunidade do medo (tenho medo!) que caracteriza a *sociedade do risco*, mormente nos países periféricos e semi-periféricos, subsiste a comunidade da miséria (tenho fome!) típica da sociedade de classes, situação esta que não converge para uma síntese dialética (de resto impraticável), antes, convoca uma soma de resultado tenebroso.

Sob outro olhar, Bauman (2001, p. 40-47) faz uma análise interessante sobre a dissolução da sociedade de classes proposta por Beck, a partir da perspectiva do processo de individualização. Salienta o filósofo que a antiga modernidade “desacomodava” para “reacomodar”. Enquanto a desacomodação era destino socialmente sancionado, a reacomodação era tarefa posta diante dos indivíduos. Classe e gênero eram “fatos da natureza” e a tarefa reservada à autoafirmação da maioria dos indivíduos era adaptar-se ao nicho alocado, comportando-se como os demais ocupantes. Com a modernidade reflexiva, não são mais fornecidos lugares para a “reacomodação” e os lugares que podem ser perseguidos e postulados mostram-se frágeis. As pessoas estão em constante movimento, longe do descanso, da “satisfação final”.

O fenômeno da emancipação social explica o sentido e alcance a que Beck se referiu na substituição da sociedade de classe pela sociedade de risco. A modernidade fluida³ permitiu um individualismo exacerbado, com as pessoas almejando a realização pessoal em curto espaço de tempo, com urgência da satisfação pessoal. A demora é um retardo doloroso e insuportável. A instantaneidade das relações, dos objetos e das atividades, através de uma cultura indiferente à eternidade e que evita a durabilidade, evidencia ainda mais a criação de riscos (BAUMAN, 2001, p. 143-149).

³Locução proposta por Zygmunt Bauman. Também conhecida como modernidade líquida. O “fluido” e o “líquido” são elementos metafóricos para demonstrar o estágio atual da era moderna. Os líquidos não mantêm sua forma com facilidade; não se fixam no espaço e não perdem tempo. Representam o grau difuso e dinâmico da sociedade moderna.

A sociedade moderna convive com a incerteza e insegurança. É como se o medo tivesse ganhado a capacidade de se autoperpetuar e autofortalecer, adquirindo ímpeto próprio. A insegurança moderna não deriva de uma carência de proteção, mas na falta de clareza de seu escopo, num universo social que foi organizado em torno da procura incessante de proteção e da busca frenética por segurança. Difunde-se na sociedade a convicção de que, com habilidades técnicas adequadas, a “segurança total pode ser alcançada” e, caso ela falhe, culpa-se o ato iníquo da maleficência humana (BAUMAN, 2007, p. 63).

Nesse contexto de risco, incerteza e insegurança, o direito processual aparece como instrumento recuperador da segurança perdida e, especialmente o processo penal, assume a responsabilidade de fornecer respostas às novas demandas, aos novos riscos e, ao mesmo tempo, de promover com celeridade a justiça social. Contudo, essa supervalorização do direito penal instrumental, como a panaceia para os males sociais, incapacita o sistema jurídico de perceber os limites de sua falibilidade. A partir da compreensão do risco na sociedade moderna, verifica-se que o processo penal não fica imune aos riscos.

3. O risco no processo penal e o mito da segurança jurídica

Diante da amplitude teórica desenvolvida por Beck e Giddens, as características e dimensões do risco transcendem a esfera ecológica e atingem o processo penal. O direito é uma ciência social, o que justifica o vínculo entre a “sociedade de risco” e a dinâmica do sistema de justiça criminal.

Na perspectiva da produção de provas, necessário desconstruir o mito da verdade material. A finalidade da atividade probatória consiste em formar a convicção do julgador sobre a existência de um fato punível e da participação de seu autor, com todas as circunstâncias, tal como aconteceu na realidade histórica anteriormente ao processo. Em nenhum momento existe a certeza da autoria e materialidade arquitetada nos autos da demanda. A acusação e a defesa podem ser verdadeiras ou não; uma testemunha pode ou não dizer a verdade, assim como a decisão pode ser acertada ou injusta, o que evidencia sobremaneira o risco no processo. As instabilidades processuais nem sempre permitem formular juízos seguros acerca da culpabilidade do acusado.

A verdade no processo penal é uma construção de procedência humana que visa ao convencimento do julgador. E por ser a mente humana falível, a certeza que se obtém nos provimentos jurisdicionais não é absoluta. A busca pela verdade, eventualmente maquiada ou redimensionada como certeza, permanece apta a legitimar a atuação inquisitória do magistrado (KHALED JUNIOR, 2013, p. 394).

Vislumbram-se duas características do risco no tocante à construção da verdade: *procedência humana e percepção subjetiva do risco*. A atividade probatória é produzida majoritariamente com a participação humana: testemunhas, peritos, assistentes técnicos, vítimas, etc., e destinada a uma figura também humana, o juiz. Além disso, o fundamento da decisão condenatória ou absolutória consistirá no grau de persuasão subjetiva que o julgador depreender da racionalidade das provas apresentadas. A convicção é por excelência uma ordem de incerteza, mais especificamente a sentença é um ato de crença, de fé, pois o juiz irá construir sua história do delito, elegendo os significados que lhe parecerem válidos.

Inexorável, portanto, que “certeza” e “incerteza” vigorem no processo penal: o primeiro, numa dimensão subjetiva e o segundo, numa dimensão objetiva:

(...) enquanto a certeza fortalece a crença nos poderes cognitivos do sujeito racional para apreender a essência do real, a incerteza expressa a dimensão de risco e produção de danos inerente ao processo penal; motivo pelo qual agrega mais um significativo elemento ao nosso propósito de rompimento com ambição de verdade processual (KHALED JUNIOR, 2013, p. 402-403).

O próprio Estado, no plano legislativo, reconhece que o processo penal é um sistema que goza de imperfeições e refuta a ilusória concepção de verdade material. Dois institutos reforçam essa afirmação: a reparação do dano por erro judiciário (art. 5º, inciso LXXV, da Constituição Federal) e a revisão criminal (art. 621 a 630 do Código de Processo Penal).

É constitucionalmente garantido ao condenado o dever de o Estado indenizá-lo por erro judiciário. O Estado assume, expressamente, a responsabilidade pelo risco de dano provocado por uma decisão judicial que menospreze a verdade, ou seja, que agasalhe o falso e a mentira, resultando numa condenação indevida de um cidadão (PITOMBO, 2003, p. 69).

A revisão criminal é uma garantia constitucional, cujo fundamento consiste na defesa do condenado em face de sentença que aplicou erroneamente o direito ou apresentou deficiências na apreciação dos fatos. É uma ação de impugnação para desconstituir sentença ou acórdão penal condenatório transitado em julgado que apresentar decisão contrária à lei ou à evidência dos autos, decisão fundada em provas falsas ou, ainda, quando houver novas provas que inocentem o condenado. Tal instrumento, de uso restrito à defesa, aguça ainda mais a ilusão da segurança jurídica. Se o próprio texto legal prevê medida para desconstituir a coisa julgada, ainda que em caráter excepcional, não há como aceitar a existência de uma verdade plena e segura.

A coisa julgada é uma mera construção técnica do direito para formalizar o fim das possibilidades recursais. Hipoteticamente, representaria a promoção da segurança jurídica, já que selaria a culpa ou a inocência do indivíduo. Contudo, a revisão criminal é a prova

inequívoca de que o processo é uma atividade de risco. É a expressa assunção da fragilidade do poder punitivo e da desmistificação da verdade material (PITOMBO, 2003, p.67).

Além da produção da verdade, constata-se que outros elementos do risco incidem no processo penal. Alicerçado na *teoria da situação jurídica*, Aury Lopes (2006, p. 61) aponta que a dinâmica do processo é um “estado de guerra”: durante a paz, a relação de um Estado com seus territórios de súditos é estática, constitui um império intangível. Entretanto, quando há guerra, a composição do conflito ocorre através do uso das espadas, com aplicações de estratégias tanto por parte do Estado para cumprir seus interesses, como por parte dos acusados no uso de suas garantias constitucionais para não sucumbir ao poder punitivo. Os direitos convertem-se em expectativas, possibilidade e obrigações, e todo direito pode se aniquilar como consequência do mau aproveitamento de uma oportunidade ou descuido de uma obrigação. A guerra pode proporcionar ao vencedor o desfrute de um direito que não lhe corresponde.

Nessa ótica contenciosa e estrategista, fica evidente o *caráter global dos riscos* no processo, pois não há uma exata dimensão e extensão do perigo pelo mau uso da racionalidade técnico-instrumental, que pode atingir tanto a acusação quanto à defesa. As nulidades e o reconhecimento da ilicitude das prova são bons exemplos para a compreensão do *efeito bumerangue*.

A forma que reveste os atos processuais constitui para as partes a garantia de uma efetiva participação na série de atos necessários à formação do convencimento judicial e, para o próprio juiz, instrumento útil para alcançar a verdade sobre os fatos que deve decidir. Os participantes da dinâmica processual devem pautar o seu comportamento segundo o modelo legal, sem o que essa atividade correria o risco de se perder em providências inúteis ou desviadas do escopo da persecução penal. A decretação de nulidade implica na perda da atividade processual realizada e constitui uma sanção àquele que infringiu as regras procedimentais. O mesmo ocorre quando a prova viola normas legais ou garantias constitucionais, de natureza processual ou material. A prova ilícita será inadmitida e desentranha do processo.

As nulidades e a inadmissibilidade da prova ilícita são sanções ao mau emprego da técnica processual. A parte que produzir provas ou atos contrários à lei, ao invés de aproveitar a chance de realizar um ato processual, poderá ter seus interesses prejudicados. Cite-se, como exemplo, as interceptações telefônicas. A ânsia de colher elementos de prova, ainda em sede cautelar, com o objetivo de flagrar alguma prática criminosa, coloca em risco o valor probatório da interceptação caso ela seja realizada em dissonância aos preceitos da Lei

9.296/96. Poderá ser reconhecida a ilicitude das provas e a contaminação das provas derivadas, o que certamente levará à improcedência da ação penal. Observe-se que risco do ato processual “volta” contra quem o produziu, “acompanhando a curva de um bumerangue”.

Calamandrei (1951, p. 06), na sua visão de “processo como um jogo”, pondera que as partes devem conhecer as regras do jogo e observar como elas funcionam na prática, eis que a atividade processual trabalha com a realidade. Ademais, as partes devem procurar entender as reações e resistências da parte contrária, pois o triunfo da justiça não depende somente da razão, mas de saber expor os motivos, encontrar quem entenda e queira fazer justiça. Há uma busca constante da convicção do magistrado, fazendo-o compreender a demanda.

Não existe um controle estático e seguro sobre o desempenho dos personagens participantes do processo. As expectativas de uma sentença favorável dependerão da prática com êxito de um ato processual realizado pela parte interessada. Diante do aproveitamento de uma “chance”, a parte pode liberar-se de uma “carga processual” e caminhar em direção a uma sentença favorável (expectativa), ou não liberar-se, e, com isso, aumentar a possibilidade de uma sentença desfavorável (perspectiva). A perspectiva de uma sentença desfavorável dependerá, em muitos casos, da irrealização de um ato processual em que a lei imponha um prejuízo pela inércia. A justificativa está no princípio do dispositivo. A não liberação de uma carga leva à perspectiva de um prejuízo processual, sobretudo de uma sentença desfavorável, e depende sempre que a parte interessada não tenha se desincumbido de um ônus (carga) processual.

Uma prova pode ou não ser lícita; um ato processual pode ser válido ou inválido, isso dependerá, essencialmente, da correta ou incorreta utilização técnica das partes processuais. Assumindo que o sistema processual penal se insere num contexto de incertezas e relatividades, a resistência ao poder punitivo, com uso adequado das garantias constitucionais, pode ser um caminho viável para a redução dos riscos no processo. Resistência essa que deve ser efetiva, devendo o defensor se recusar a repetir fórmulas prontas do direito e a utilizar modelos e “pedidos padrão”. Inconcebível uma defesa meramente processual, que não opõe qualquer resistência ao sistema punitivo (SHIMIZU, 2014, p. 389).

Deve haver uma resistência contínua e infundável, com a criação e o fomento de práticas criativas contra o estado de dominação. Mesmo nas relações de poder, como é a relação processual, há necessariamente possibilidade de resistência.

Essa relutância deveria ser utilizada desde a fase inquisitiva, justamente para reequilibrar as “forças” entre o poder punitivo e o investigado. Na investigação pública atual,

o acusado e seu defensor são meros espectadores, coadjuvantes, com participação tímida perante as autoridades policiais e ministeriais. Para evitar eventuais abusos ou parcialidades na fase pré-processual, há quem defenda o uso de investigações defensivas, de cunho privado, pautado nos interesses do imputado e paralelo à investigação policial:

Um dos benefícios da investigação defensiva é a ampliação do leque de conhecimentos trazidos aos autos. O juízo de convencimento do magistrado não terá que se limitar aos fatos retratados pela acusação e aos depoimentos por ela colacionados, mas também contará com informações produzidas e ofertadas sob uma perspectiva defensiva. Ocorre assim, naturalmente, um alargamento das provas, gerando um aprofundamento das questões fáticas e exploração mais detida das circunstâncias potencialmente favoráveis ao imputado (YOKAICHIYA, 2014, p. 796).

No mínimo, deveria haver um obrigatório acompanhamento defensivo durante as investigações, para evitar o perecimento de informações relevantes, que podem desaparecer com o tempo. Além disso, a participação compulsória da defesa técnica na fase inquisitiva poderia contribuir para evitar abusos durante o ato de interrogatório.

O sistema de garantias mínimas teria papel fundamental na redução dos riscos, não para resgatar a ilusão da segurança jurídica, mas para assumir os riscos e definir uma pauta mínima de garantias formais. A grande barreira seria efetivar isonomicamente as garantias, pois o processo penal apresenta uma situação verticalizante no acesso à justiça penal. Pouca quantidade de acusados conseguem se opor tecnicamente às arbitrariedades do poder punitivo, à padronização das decisões judiciais (muitas vezes, sem fundamentação), à massificação e mecanização dos procedimentos, etc. Essas práticas, que Giddens chamou de “reflexividade”, se não forem rechaçadas, reforçarão o risco no processo penal.

Ademais, imperioso enfatizar que a celeridade processual potencializa os riscos. Certas dinâmicas são incompatíveis com a aceleração que a velocidade está a exigir. Uma velocidade que, quando assumida no imaginário jurídico, provoca reflexos dramáticos nas práticas punitivistas. Para a efetividade do contraditório, há um imprescindível dispêndio de tempo e de recursos financeiros que nem sempre o Estado está disposto a assumir. É necessária a devida maturação para que a convicção guarde o mínimo possível de crença. Quando o processo se dá às expectativas externas, ao clamor das exigências sociais para julgamentos ágeis, põe em risco o seu desfecho (KHALED, 2013, p. 444).

O melhor uso da técnica é fator fundamental para decréscimo do risco na atividade processual. As habilidades técnicas são cruciais para fazer valer o direito, considerando sempre o risco inerente à atividade processual. O processo, instrumento de justiça, criado para dar razão ao mais justo, transforma-se num instrumento de habilidade técnica, criado para coroar o mais astuto (CALAMANDREI, 1951, p. 04).

Portanto, vigora no processo a estratégia e o bom manuseio das armas disponíveis às partes, pois são atividades de alto risco, envoltos na nuvem da incerteza.

Conclusão

O processo é uma complexa situação jurídica, cuja sucessão de atos vai gerando chances, que bem aproveitadas permitem que a parte caminhe em direção a uma sentença favorável. Nesse sentido, o processo é essencialmente uma atividade de risco. A segurança jurídica é um mito que deve ser desconstruído, pois cada ação penal apresenta “situações” distintas, com aplicações técnicas e interesses processuais distintos.

A verdade é uma realidade construída no processo, que pode não corresponder à verdade histórica dos fatos. As decisões judiciais são atos de crença daquilo que foi edificado nos autos.

A vasta amplitude das teorias críticas desenvolvidas por Ulrich Beck e Antony Giddens acerca da “sociedade do risco” permite que sejam aplicadas também no âmbito jurídico. O risco é um fenômeno universal que incide também no processo penal e, portanto, perceptíveis as imbricações dos elementos configuradores do risco na sociedade moderna com as peculiaridades do processo judicial.

A partir do momento em que se aceita o processo penal como uma atividade risco, impossível afirmar que todas as decisões deverão ser sempre justas. Todavia, é possível reduzir os riscos através da efetiva aplicação de um sistema de garantias mínimas. Por ser um ambiente dialético, com aplicações estratégicas de ambas as partes, devem ser proporcionadas as ferramentas necessárias à defesa para a efetiva resistência ao poder punitivo. Por outro lado, cabe à acusação produzir as provas e realizar os atos processuais respaldados na legalidade e, principalmente, respeitando os direitos constitucionais.

Referências

ALEXANDRE, Agripa Faria. A dinâmica na sociedade de risco segundo Antony Giddens e Ulrich Beck. **Revista Geosul**, Florianópolis, v.15, 0.30, p 150-167, jut/dez. 2000.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2001.

_____. **Tempos líquidos**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2007.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010.

BÜLOW, Oskar Von. **La teoria de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**. Trad. Miguel Angel Rosas Lichtschein do original de 1868. Bueno Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964.

CALAMANDREI, Piero. Um Maestro di Liberalismo Processuale. **Rivista di Diritto Processuale**, V. VI. Padova, 1951, p. 01-08.

CÂMARA, Guilherme Costa. **Programa de política criminal**: orientado para a vítima de crime. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

FERNANDES, Fernando A. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coleção teses. Coimbra: Almedina, 2001.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: Editora UNESP, 1990.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Uma nova teoria das nulidades**: processo penal e instrumentalidade constitucional. 2010. 623 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba. 2010.

GOLDSCHMIDT, James. **Principios Generales del Proceso**: problemas jurídicos y políticos del proceso penal. Buenos Aires: Europa-América, 1935.

HAN, Byung-Chul. **A sociedade do cansaço**. Coleção Antropos. 1ª ed. Lisboa: Ed. Relógio d'água, 2014.

_____. **A sociedade da transparência**. Coleção Antropos. 1ª ed. Lisboa: Ed. Relógio d'água, 2014.

KHALED JUNIOR, Salah H. **A busca da verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013.

LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução crítica ao Processo Penal**: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Trad. Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

MACHADO, Antonio Alberto. **Teoria geral do processo penal**. São Paulo: Atlas, 2009.

PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. **Processo penal: prova e verdade**. 2003. 209 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2003.

SHIMIZU, Bruno; STRANO, Rafael Folador. O defensor público e a criminologia: da “desalienação” à resistência. *In*: RÉ, Aluísio Iunes Monti Ruggeri (Org). **Temas aprofundados Defensoria Pública**. Vol. 1. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014.

YOKAICHIYA, Cristina Emy. Investigação criminal – ser e dever-se. *In*: RÉ, Aluísio Iunes Monti Ruggeri; REIS, Gustavo Augusto Soares dos (Org). **Temas aprofundados Defensoria Pública**. Vol. 2. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014.