

LIGA DO ENSINO DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO UNIVERSITÁRIO DO RIO GRANDE DO NORTE
PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL

ROCHESTER OLIVEIRA ARAÚJO

**O PROCESSO PENAL E OS DIREITOS HUMANOS: PERSPECTIVAS DE UMA
REAPROXIMAÇÃO**

NATAL/RN

2013

ROCHESTER OLIVEIRA ARAÚJO

**O PROCESSO PENAL E OS DIREITOS HUMANOS: PERSPECTIVAS DE UMA
REAPROXIMAÇÃO**

Monografia de conclusão de Pós-Graduação *lato sensu* apresentado ao Centro Universitário do Rio Grande do Norte como requisito final para obtenção de título de especialista em direito penal e processo penal.

Orientador: Roberto Moreira de Almeida

NATAL/RN

2013

Catálogo na Publicação – Biblioteca do UNI-RN
Setor de Processos Técnicos

Araújo, Rochester Oliveira.

O processo penal e os direitos humanos : perspectivas de uma
reaproximação / Rochester Oliveira Araújo. – Natal, 2013.
62 f.

Orientador: Prof. Roberto Moreira de Almeida.

Monografia (Pós-Graduação Latu Sensu em Direito Penal e Processual
Penal) – Centro Universitário do Rio Grande do Norte.

1. Direito Penal – Monografia. 2. Direitos Humanos – Monografia. 3.
Efetivação – Monografia. I. Almeida, Roberto Moreira de. II. Título.

RN/UNI-RN/BC

CDU 343.1

ROCHESTER OLIVEIRA ARAÚJO

**O PROCESSO PENAL E OS DIREITOS HUMANOS: PERSPECTIVAS DE UMA
REAPROXIMAÇÃO**

Monografia de conclusão de
Pós-Graduação *lato sensu*
apresentado ao Centro
Universitário do Rio Grande do
Norte como requisito final para
obtenção de título de
especialista em direito penal e
processo penal.

Aprovado em __/__/__

Prof. Roberto Moreira de Almeida

Orientador

Dedico este trabalho a minha família: meus pais e minhas irmãs Jeovana, Jéssica e Carina. À Mariana. Aos meus amigos.

“Se avexe não

Amanhã pode acontecer tudo

Inclusive nada (...)

Se avexe não

Toda caminhada começa

No primeiro passo.” (A natureza das coisas
– Accioly Neto)

RESUMO

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu um marco jurídico a respeito da relação entre o ordenamento jurídico brasileiro e os direitos humanos, especialmente pelo papel central que a dignidade da pessoa humana exerce em ambos os sistemas. A relação entre os direitos humanos e o complexo de direito penal, processo penal e execução penal é estreita, compartilhando de conceitos comuns. Contudo, a esta mútua referência entre os sistemas deve ser aprofundada sobre três perspectivas: a efetivação do mínimo existencial na persecução criminal; a proteção dos direitos humanos no instituto da prisão cautelar; e o direitos humanos efetivados por meio da ação civil *ex delicto* revista. Na primeira relação, o Processo Penal é exposto como forma de garantia e efetivação de direitos fundamentais, e simultaneamente expressa o risco de um instrumento de violação quando indevidamente utilizado. Em razão disto, a garantia de um mínimo existencial nestas situações de risco de violação por meio do Processo Penal. Na segunda relação, são verificadas as principais modificações da nova lei de prisões, efetivando o sistema acusatório como exigência dos direitos humanos e garantindo a primazia das liberdades, além de outras modificações. Por fim, é verificada a repercussão do fato criminoso sob diversos aspectos extrapenais, como nas relações de trabalho, nas relações de consumo e na ótica da responsabilização internacional. Em cada uma destas esferas, a repercussão do processo penal pode ser verificada e revista com o objetivo de efetivar os direitos humanos.

Palavras-chave: Processo Penal; Direitos Humanos; Efetivação.

ABSTRACT

The Constitution of 1988 established a legal framework concerning the relationship between the Brazilian legal system and human rights, especially by the central role that human dignity plays in both systems. The relationship between human rights and criminal law and criminal procedure is established by the sharing of common concepts. However, this mutual reference between systems should be deepened on three perspectives: the realization of the existential minimum in criminal prosecution, protection of human rights in preventive prison, and the human rights effected by the *ex delicto* action should be reviewed. At first, the Criminal Procedure is exposed how a way of guaranty and realization of fundamental rights, and simultaneously expresses the risk of an instrument of violation when misused. For this reason, the guarantee of a minimum existential in these situations of risk through the Criminal Procedure. In the second, the main changes are checked on the new law on prisons, effecting the adversarial system as a requirement of human rights and ensuring the primacy of freedom, among other modifications. Finally, is checked the effect of a criminal act under *extrapenais* various aspects such as labor relations, consumer relations and in the perspective of international accountability. In each of these perspectives, the impact of criminal proceedings can be checked and revised in order to give effective to human rights.

Keywords: Criminal Procedure, Human Rights, Effective.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO PENAL LATO SENSU E OS DIREITOS HUMANOS	12
3. A EFETIVAÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL NA PERSECUÇÃO PENAL ..	17
3.1 Processo penal como forma de garantia e efetivação do direito fundamental	17
3.2 O risco de violação do direito fundamental na persecução criminal	20
3.3 A garantia do mínimo existencial nas possibilidades de violação por meio do processo penal	22
4. A GARANTIA DOS DIREITOS HUMANOS E A REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL EFETIVADA PELAS MUDANÇAS DA LEI 12.403 DE 2011.....	29
4.1 O núcleo dessas modificações: o sistema acusatório enquanto direito humano.....	32
4.2 A Prisão em flagrante	34
4.3 Primazia das liberdades.....	35
4.4 Direito à informação e comunicação.....	40
4.5 Outras modificações	41
5. A REPERCUSSÃO CIVIL DO CRIME E A AÇÃO CIVIL EX DELICTO	43
5.1 A repercussão do suposto fato criminoso nas relações de trabalho	44
5.2 Ação Civil <i>ex delicto</i> nos crimes do Código de Defesa do Consumidor....	48
5.3 Responsabilização do Estado no cenário internacional e a ação reparatoria desvinculada da sorte do processo penal	56
6. CONCLUSÃO	59
REFERÊNCIAS.....	62

TÍTULO: O PROCESSO PENAL E OS DIREITOS HUMANOS: PERSPECTIVAS DE UMA REAPROXIMAÇÃO

1 INTRODUÇÃO

O debate sobre o direito penal, assim como é comum a todo o direito, se faz presente no âmbito acadêmico ou prático, e até mesmo extrajurídico: nas notícias da mídia, debates políticos e inclusive nos momentos de lazer, em filmes, músicas, novelas. A visibilidade do direito penal é tamanha que acaba por tornar-se ramo atrativo ao diálogo. Comumente tal debate vem acompanhado de uma invocação – independentemente de favorável ou contrária – da efetividade dos direitos humanos. Questões como a aplicação dos direitos humanos, a sua existência, a titularidade e outros pontos são discutidos tanto na vida acadêmica, quanto na vida social, cada um com sua profundidade e dimensão. A exemplo de questões como “direitos humanos pra quem?” ou “onde estão os direitos humanos” em determinada situação, demonstram essa visibilidade do debate sobre o tema. Qual a razão desta íntima conexão? Seriam apenas “populismos”? Lugares comuns de discussão?

Não nos parece ser essa a resposta. Na verdade, o direito penal é tão próximo da realidade social, especialmente a contemporânea brasileira, que se torna um tema inevitável e inescusável em todos os âmbitos sociais. Da mesma forma, a relação entre o direito penal e os direitos humanos é indissociável, e por isso a parceria comum. Contudo, sobre um aspecto jurídico, esta relação que se estabelece deve ser melhor investigada.

A releitura do direito penal moderno que passou à orientar-se pelo direito constitucional foi uma primeira demanda do neoconstitucionalismo. Assim, o direito penal moderno passou à se comunicar intimamente com os direitos fundamentais, temática própria das disciplinas constitucionais. Contudo, esta “revisão” dos institutos jurídicos não se esgota nesta fase. Ao contrário, parte desta para uma dimensão ainda mais ampla, tanto em razão do próprio movimento constitucional, quanto em razão das particularidades permitidas pelo nosso movimento constitucional estabelecido na Constituição Federal de 1988.

Este novo momento é a justamente a relação entre o direito fundamental relacionado ao direito penal e os direitos humanos. Esta abordagem exige uma concepção ampla do sistema jurídico, compreendido não mais enquanto núcleos de atuação na vida do indivíduo de forma isolada, mas sim, um complexo de interações entre os diversos organismos sociais e jurídicos. Adiante, neste trabalho, iremos abordar algumas destas relações.

Inicialmente iremos abordar a íntima conexão estabelecida entre o direito penal e os direitos humanos na ordem internacional. Trataremos de forma breve a relação entre os ordenamentos em razão das modificações introduzidas na Constituição Federal de 1988. Em seguida, passaremos a propor a abordagem de três pontos de interação entre o sistema interno de direito penal e o sistema internacional de direitos humanos.

Na primeira interação, investigaremos de forma ampla como o direito processual penal é capaz de permitir uma proteção concreta aos direitos fundamentais, verificando a proteção do chamado mínimo existencial dentro da persecução criminal. O direito processual penal enquanto instrumento de aplicação do direito penal ganha uma determinada autonomia, quando verificado seu objetivo de garantir e proteger direitos humanos. Contudo, como este não é o único objetivo do processo criminal, ou pelo menos não de forma imediata, é possível verificar situações em que a garantia dos direitos humanos por meio do processo penal encontra-se em conflito com outros objetivos estabelecidos, e traçar a forma de solução dessas situações que melhor seja compatível com o cenário atual.

Adiante, considerando que tanto o direito penal quanto os direitos humanos, embora não se reduzam a isto, buscam efetivar uma proteção especial às liberdades, abordaremos as principais transformações da nova lei de prisões inaugurada no ordenamento jurídico brasileiro enquanto efetivação de direitos humanos fundamentais.

Por fim, investigaremos a efetividade da tutela internacional dos direitos humanos, seus sistemas de proteção e os reflexos na ordem interna, destacando as mudanças de institutos no ordenamento pátrio, especialmente sobre os reflexos extrapenais da sentença criminal e a possibilidade de verificação da responsabilização do Estado brasileiro frente às violações de direitos humanos em uma nova perspectiva

do ordenamento jurídico nacional a respeito da denominada ação civil *ex delicto*.

2 A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO PENAL *LATO SENSU* E OS DIREITOS HUMANOS

Há nítida distinção entre o conceito de direitos fundamentais e o de direitos humanos. Esta diferenciação pode ser obtida por diversas óticas. Contudo, para fins deste trabalho iremos adotar uma distinção de cunho formal, considerando como direitos fundamentais aqueles que sejam juridicamente positivados e vigentes numa ordem constitucional. O que diferencia os direitos fundamentais dos direitos humanos, das liberdades públicas, é exatamente o reconhecimento na Constituição de modo formal. (ZISMAN, 2009).

Por sua vez, os direitos humanos não são tomados enquanto um dado, mas sim algo construído com a intervenção e intensa participação do ser humano em sua pluralidade. Considerando sua historicidade, pode-se afirmar que a definição de direitos humanos possui diversos significados. Uma concepção contemporânea introduzida especialmente pela Declaração Universal de 1948 aborda os direitos humanos marcadamente por suas características de universalidade e indivisibilidade. A primeira exprime que o único requisito para ser titular de tais direitos é a condição humana, enquanto a segunda impede a hierarquização de direitos humanos com preferências àqueles de natureza mais liberal ou social. (PIOVESAN, 2005. p. 307).

Apesar de não serem obrigatoriamente previstos na Constituição dos países, os direitos humanos possuem a qualidade de norma moralmente justificada, ainda que não reconhecida no plano constitucional e assim dotadas de valor de direito positivo. (COMPARATO, 2010). O fato de inexistir um reconhecimento constitucional de determinado direito humano não lhe supre o valor intrínseco à natureza humana. Na verdade, pode até mesmo ser mais determinante à tal natureza do que outros direitos fundamentais que constem em determinadas Constituições apenas como forma de expressão de algum reflexo histórico. É o que se considera, especialmente no debate acerca da fundamentalidade dos direitos (GARCIA, 2002). Se, modernamente, compreende-se que os direitos humanos independem até mesmo de

qualquer pretensão subjetiva de seu titular, ou de seu conhecimento, ou ainda de sua intenção de ser o portador e destinatário final dos direitos humanos, consistindo a única exigência para gozar de tais direitos que se ostente a condição de ser humano (frise-se, conceito necessariamente amplo e que não admite qualquer forma de discriminação para excluir alguém de sua proteção), não é a condição político-jurídica de estar presente formalmente em uma Constituição que será óbice para seu reconhecimento.

Tal distinção, entre direitos humanos e direitos fundamentais, desdobra-se em diversas consequências, que, contudo, não serão abordadas nesta oportunidade. Nos conteremos a considerar os direitos humanos e os direitos fundamentais enquanto sentidos semelhantes, ou aproximados, contudo se dando uma dimensão mais ampla aos direitos humanos, enquanto os direitos fundamentais serão abordados como sendo uma dimensão mais restrita à experiência constitucional brasileira.

A própria Constituição da República de 1988 nos permite esta aproximação. De maneira inaugural, a Constituição de 1988 se relaciona de forma intensa com os direitos humanos e com a ordem jurídica internacional. Determinando um marco jurídico do processo de transição democrática, a carta apresentou uma extensa carta de direitos e garantias fundamentais logo nos seus primeiros artigos (artigo 5º e ss.), enquanto as Constituições anteriores primeiro ocupavam-se dos Estados, para depois disciplinarem direitos. (PIOVESAN, 2012. p. 89). Antes mesmo disso, em seu artigo 1º a Constituição eleva à fundamento da república o princípio da dignidade da pessoa humana, que na ótica internacional desponta como o núcleo dos direitos humanos. Adiante, no seu artigo 4º estabelece princípios específicos que regem o país nas relações internacionais, sendo que todos os princípios, de alguma forma nascem ou retornam à dignidade da pessoa humana, ganhando destaque o inciso II que determina a prevalência dos direitos humanos.

Esta comunicação intensa entre os direitos humanos e o direito constitucional é uma exigência e consequência da ordem internacional que se estabelece, de intensa comunicação dos países em todas as áreas, incluindo a jurídica. Dois fenômenos se notam atualmente: a internacionalização do Direito Constitucional e a Constitucionalização do Direito Internacional (MEYER-PLUG;

RIBEIRO; 2012). O ponto de convergência entre todos os países passa a ser os direitos humanos, e assim, o direito constitucional é direcionado à permitir a interação entre os povos e nações, abrindo-se e adotando os direitos humanos como objetivo comum. Tais processos no Brasil se encontram diretamente relacionados com o processo de internacionalização dos direitos humanos em razão da própria disposição do texto constitucional, que dispõe sobre a hierarquia normativa dos tratados de direitos humanos e também em virtude do amplo rol de direitos fundamentais assegurados em seu texto. (MEYER-PLUG; RIBEIRO; 2012).

Dentre os diversos direitos fundamentais catalogados pela Constituição de 1988, há uma enorme incidência de direitos humanos internacionalmente reconhecidos que tratam de matéria tipicamente penal e processual penal. Esses direitos demonstram uma íntima conexão entre os direitos humanos e o direito penal *lato sensu* (compreendido o direito penal material, o direito processual penal e também a execução penal). A disposição dilatada desses direitos no rol constitucional permite até mesmo se concluir que a tutela desses direitos transcende a própria Declaração Universal, garantindo direitos já reconhecidos na ótica internacional dos direitos humanos, e também para além desses, outros direitos que nem mesmo possuem tal vigência reconhecida amplamente na ótica internacional (TUCCI, 1998). Dentre estas previsões, a maioria se concentra no art. 5º, que agrupadamente em diversos incisos destaca direitos como a indispensabilidade prévia da definição do crime e sua pena (art. 5º, XXXIX, CF/1998), retroatividade da lei penal mais benéfica (art. 5º, XL, CF/1998), personificação e intranscendência da responsabilização penal (art. 5º, XLV, CF/1998) entre outros.

Se os direitos humanos são reconhecidamente frutos de um processo histórico evolutivo, o direito penal enquanto ramo autônomo do direito se desenvolveu ao longo dos últimos séculos de forma totalmente influenciada pelos regimes e contextos sociais que se deflagravam, contudo, não de forma “progressiva”, mas sim reconhecidamente em alguns momentos com regressos e incoerências (SEMER, 2007. p. 715). Assim, há uma primeira vinculação principiológica entre os direitos humanos e o direito penal, quando considerado este uma forma regrada e limitada de controle social. Há interesses comuns entre os ramos, ou, pelo menos, coincidências na necessidade de harmonizar alguns interesses aparentemente contrapostos: o

primeiro interesse individual é a segurança da ordem social, uma vez que o indivíduo não existe fora da sociedade; e o primeiro interesse da sociedade é a segurança e preservação do indivíduo, pois esta constitui-se, em essência, pela coexistência de indivíduos. (BASTOS; MOURA.; 1993)

Contudo, esta é apenas uma, e mais comum, relação entre os sistemas. O direito penal a muito deixou de ser, de forma exclusiva, um instrumento de controle social, para passar a ser um instrumento de defesa dos direitos mais relevantes. Esta conexão então pode ser estabelecida de acordo com a função do direito penal destacada: se a crítica, como forma de diminuição do poder do Estado e deste enquanto violador dos direitos humanos; se a promocional, de dever de proteger os direitos humanos. (SEMER, 2007, p. 714). Portanto, são múltiplas as formas de comunicação e interação entre o Direito Penal e os Direitos Humanos.

Modernamente, esta forma de colaboração entre o direito penal e os direitos humanos referente ao dever de proteção (ênfase na função promocional) deve ser tomada sob um viés democrático. O direito penal do Estado Democrático de Direito recupera as bases da mínima intervenção estabelecida no iluminismo, e de forma ainda mais vigente que na experiência original do século XVIII. Os bens jurídicos constitucionais, e apenas estes, autorizam a intervenção estatal por meio do direito penal.

É o chamado direito penal constitucional. Ainda mais, esta intervenção deve também obedecer os próprios valores constitucionais, havendo um maior empenho em punir a tortura do agente, mais do que a desobediência da autoridade; a devastação do meio ambiente; a sonegação fiscal e malversação de verbas públicas entre outras condutas. (SEMER, 2007. p. 725). Aqui passa o direito penal a comungar de um aspecto inato dos direitos humanos: a indivisibilidade dos direitos que os direitos humanos estabelecem, sem distinção entre liberdades públicas e direitos sociais, transborda ao direito penal que estabeleceu suas bases e conceitos principalmente sob o caráter liberal. O direito penal passa então a ter que se adaptar aos novos anseios sociais, especialmente na proteção de bens jurídicos não individuais.

Entre os modernos desafios do direito penal esta a sua efetividade em razão das novas condutas e estruturas criminosas internacionais, o que de forma imediata desperta sua relação com os direitos humanos internacionais. (SEMER, 2007.

p. 736) Esta é apenas uma, mas de enorme relevância, relação entre o direito penal e os direitos humanos que extrapolam o direito penal material, demonstrando que também o direito processual penal e a execução penal são elementos de interlocução entre os sistemas.

Outra relação que se pode estabelecer é, de forma objetiva, a duplicidade de previsões normativas. É comum que os mesmos direitos estabelecidos e consagrados na ordem internacional dos direitos humanos tenham recebido a proteção constitucional em 1988 e na ordem infraconstitucional. Entre estes, podemos destacar: a vedação à tortura; as inviolabilidades da casa, das comunicações e da intimidade de forma geral; vedação à tribunais de exceção e anterioridade da lei penal; a individualização e intranscendência da pena sobre a pessoa condenada; o direito ao silêncio; direito ao juiz natural; direito à ampla defesa e ao contraditório entre outros. Apesar desta duplicidade de previsões, não corresponde a uma desnecessidade de alguma dessas previsões, tampouco à existência de conflito entre normas. No primeiro, em matéria de direitos humanos, não há que se falar em redundância ou ausência de necessidade da previsão normativa: neste aspecto, para proteção do ser humano, quanto mais previsões normativas, mais resguardado está o direito e mais mecanismos de controle das violações incidirão. É uma redundância positiva. No segundo, afasta-se a possibilidade de configurar um conflito de normas pela adoção de um critério de cunho material: prevalecerá a norma mais benéfica à proteção dos direitos humanos e do indivíduo.

Contudo, a relação entre os direitos humanos e o direito penal não restringe-se à uma análise comparativa e combinativa das “coincidências” de previsões no âmbito constitucional e no ordenamento jurídico internacional. Se assim fosse, os direitos humanos que formalmente ganhassem relevo de direito fundamental perderiam qualquer outra função jurídica, em razão de sua tutela “máxima” na ordem interna. Contudo, ainda que haja a congruência desses direitos, o que não ocorre de forma absoluta, os direitos humanos exercem outras funções que devem ganhar destaque no cenário contemporâneo. Algumas dessas funções serão destacadas neste trabalho, sem a intenção de esgotamento, mas principalmente de incentivo e reflexão das capacidades.

3 A EFETIVAÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL NA PERSECUÇÃO PENAL

Entre as formas de relação do processo penal e dos direitos humanos, a proteção que ambos os ramos disciplinares devem permitir ao indivíduo podem ser concentrados em um núcleo de direitos indisponíveis. Esta forma de proteção permite que seja efetivado o mínimo existencial na persecução penal, como será verificado adiante.

3.1 Processo penal como forma de garantia e efetivação do direito fundamental

O direito penal e, posteriormente, o processual penal, sempre estiveram diretamente conectados com a teoria geral dos direitos fundamentais e a questão dos direitos humanos. Como já pudemos apontar, este ramo do direito é a forma mais cristalina de se perceber as mudanças jurídico-ideológicas ou mesmo políticas no que diz respeito à efetivação dos direitos humanos e/ou direitos fundamentais. De acordo com a conformação política que se estabelece em cada cenário, o direito penal passa a dar uma determinada resposta à tais concepções.

A primeira vista, a resposta imediata do direito penal é a tipificação de condutas que visam a proteção daqueles mesmos bens jurídicos enfatizados em cada período. Assim, se em um primeiro momento na relevante e dinâmica história da evolução dos direitos humanos, os direitos de primeira dimensão ganharam relevo, paralelamente o direito penal ocupa-se de tipificar condutas que violem especialmente as liberdades, como a tipificação do direito à vida, à liberdade *stricto sensu* e, especialmente, a propriedade. Da mesma forma, a sanção correspondente à tais infrações penais demonstram uma restrição aos direitos de mesma correspondência, como a pena privativa de liberdade, e a pena patrimonial.

Adiante, o foco dos direitos humanos passaram a ser direitos de segunda dimensão, e a insuficiência daquele instrumento estatal, o direito penal, teve que ser revisto. Com o destaque ao direito de igualdade, novos tipos penais surgiram, para

garantir o respeito à diferença, por exemplo¹. Por fim, o surgimento do anseio por direitos de uma terceira dimensão provocou iguais reflexos no direito penal, com a tipificação da proteção a bens difusos e coletivos.

Esta terceira mudança, por sua vez, é acompanhada de forma mais evidente de uma mudança também acerca da teoria geral e dogmática do direito penal, para compatibilizar sua instrumentalidade aos direitos humanos. Assim, a ideia de dano necessária à tipificação da conduta em um primeiro instante, passa a ser substituída pela ideia de perigo (concreto ou ainda abstrato), na defesa de bens jurídicos difusos. As penas privativas de liberdade, por vezes, se mostram exageradas ou incompatíveis com os propósitos, seja de repressão ou de prevenção criminal, surgindo outras medidas punitivas. (SEMER, 2007. p. 726)

Da mesma forma que o próprio direito penal evidencia estas mudanças paradigmáticas dos direitos fundamentais ou humanos, o processo penal também se molda de forma à ser útil à garantia de tais direitos. Desde a consolidação do Estado Democrático-Constitucional ², as garantias individuais tornaram-se salientes e dirigentes das relações sociais, incluindo a relação punitiva do Estado com o particular. É o que ocorre em razão da supremacia dos direitos fundamentais e a busca por sua realização plena. Neste contexto, a Carta Magna explicitou alguns princípios como o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV, CF) e a garantia ao silêncio (art. 5º, LXIII, CF).

A própria função do Processo Penal sempre foi a de uma garantia aos direitos fundamentais. Afirmar Nucci que não se concebe o estudo do processo penal de forma dissociada de uma visão constitucional e de direitos humanos, sendo autênticos freios aos excessos do Estado contra o indivíduo. Alerta ainda o autor que esta concepção deve ser permanente na leitura do multitemporal Código de Processo Penal vigente, elaborado no contexto de um Estado Novo, acrescido de concepções de uma outra ditadura, de cunho militar, e ainda assim recepcionado por uma Constituição

1 Vide lei 7.716/1989 que Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Destaque para a insuficiência do diploma normativo.

2 Maior parte da doutrina utiliza a expressão “Estado Democrático de Direito”, que, contudo, como alerta Nunes em atenção a lição de José Afonso, não é a expressão mais justa, pois pouco reflete o real valor jurídico, político e social que a Constituição passou a ter na sociedade hodierna ocidental, inclusive no Brasil após o movimento de redemocratização nacional marcado pela Constituição de 1988. – SILVA JÚNIOR, Walter Nunes (2008, pág. 259).

Democrática em 1988, forçando às diversas reformas feitas de forma não uniforme (NUCCI, 2011. p. 80).

Desta forma, enquanto surge para o Estado um direito de punir em razão de uma infração penal, surge paralelamente um dever de observar e respeitar os direitos fundamentais na persecução criminal, e este respeito se dá, primordialmente, através do Processo Penal. As leis processuais (em especial penal) são o complemento necessário das leis constitucionais, e as formalidades do processo se traduzem nas atualidades das garantias constitucionais, (CANOTILHO, 2002).³ chegando até mesmo a assumir força de elemento essencial de realização do princípio da dignidade da pessoa humana. (MENDES, 2010. p. 589).

Ainda, deve ser considerado como fim do processo penal, na lição de Walter Nunes Silva Júnior (2009. p. 277), a função política do processo que constitui em procurar no caso concreto aplicar a medida que seja mais consentânea a uma política de combate à criminalidade, dentro de um contexto de Estado Democrático-Constitucional e da proteção dos direitos fundamentais, sem desviar de impor soluções que sirvam para a restauração da segurança pública. Neste mesmo sentido, esclarece que o processo penal é forma de legitimação e controle do próprio Estado, no momento em que através dele exerce o direito punitivo, mas observando as garantias fundamentais do indivíduo, tendo, portanto função garantística-política de preservação da dignidade da pessoa humana para o indivíduo, no exercício do legítimo direito de punir do Estado (papel de combate à criminalidade); e doutro lado de controle e limitador das ações do Estado pelo próprio poder judiciário através do juiz, e legitimação do exercício do direito punitivo, quando de forma regular é exercido (com a devida preservação dos direitos fundamentais).

Feitas tais observações, é válido notar que o Processo Penal tem evoluído também em razão das demandas dos direitos humanos. Inicialmente, a mera existência formal de um processo seria suficiente para garantir os direitos de primeira geração. Contudo, estes mesmos passaram a exigir não apenas um *due process of law* no sentido formal, mas também no sentido material da garantia a um direito de defesa e contraditório. Adiante, a igualdade formal e material passou a ter reflexos em

3 CANOTILHO, J. J. Gomes, 2002, pág 494-495. Neste mesmo sentido: MARQUES, José Frederico, 2009, pág. 58.

exigências como o estabelecimento do juiz natural, a vedação de tribunais de exceção e o fim das prerrogativas de julgamento indevidas. Não exatamente de forma linear, mas relacionando-se aos direitos humanos, são diversas as modificações do processo penal que se mostram como respostas à direitos humanos.

3.2 O risco de violação do direito fundamental na persecução criminal

Como apresentado anteriormente, o processo penal é por excelência uma forma de proteção do ser humano contra violação de direitos humanos. Contudo, não funciona exclusivamente de forma instrumental. Desta feita, o desrespeito ou excesso na persecução penal representará diretamente uma ofensa a direitos humanos. Embora o direito de ampla defesa seja um desdobramento do direito fundamental de liberdade, este mesmo se consagra como um direito fundamental. Portanto, sua violação não é apenas de forma indireta uma violação aos direitos humanos (enquanto violação à liberdade), mas uma violação direta ao direito fundamental.

O que é necessário destacar é que, no plano fático, embora deva servir de instrumento de proteção do indivíduo, o Processo Penal acaba por vezes sendo forma institucionalizada de violação dos direitos humanos.

Observemos que, apenas recentemente, em razão das diversas (embora insuficientes) reformas tópicas no processo penal é que se tem tido o cuidado maior de adaptá-lo às exigências constitucionais para que não sirva ao propósito nefasto de violação de direitos. Um exemplo é a vigência formal do art. 21 do Código de Processo Penal, que preceitua a possibilidade de incomunicabilidade do indiciado. Atualmente sua aplicabilidade é impossível no ordenamento pátrio em razão da evolução constitucional.

Contudo, destacamos que mesmo em sua origem, os direitos humanos já informariam a incompatibilidade deste instituto com a garantia aos direitos do indivíduo, não tendo que se falar em inconstitucionalidade recente em razão da nova força estabelecida pela Constituição de 1988. O mais correto é verificar que houve, por muito tempo, uma omissão no que diz respeito à verificação de institutos como este e sua compatibilidade com os direitos humanos já consagrados, por exemplo, desde

1949 com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Este é apenas um dos exemplos de instrumentos que compuseram ou compõe o processo penal e que de forma explícita são úteis, exclusivamente, para a violação de direitos humanos. Ainda há de se destacar um número maior de dispositivos que apenas após uma análise mais aprofundada revela sua incompatibilidade. A título de exemplo desta segunda preocupação, trazemos a previsão do artigo 28 do Código de Processo Penal que estabelece:

Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.

Ora, se a partir da Constituição de 1988 se estabeleceu que o sistema de persecução criminal adotado no Brasil seria o de caráter acusatório, com nítida separação entre o órgão julgador e o órgão acusador, o preceito encontra-se em descompasso com a previsão normativa. A possibilidade de o juiz insistir na denúncia de um acusado que esteja sobre seu juízo de condenação futura, e a não autonomia do Ministério Público, órgão titular da ação penal pública, é uma violação aos direitos fundamentais, ainda que de forma menos aparente quanto a anterior.⁴

De forma mais objetiva, o ponto nevrálgico é visualizar que, em razão de uma maior eficácia do direito punitivo do Estado, houve um aparelhamento do processo penal para atingir tais finalidades. Contudo, em diversas situações, estas modificações produzidas no processo penal converteram este de sua essência de proteção aos direitos humanos, em um instrumento de violação institucionalizada. No afã de dar efetividade ao direito-dever de punir do Estado, criou-se mecanismos “legais” de infração dos direitos humanos fundamentais.

4 Cf.: SILVA JÚNIOR, 2009.

3.3 A garantia do mínimo existencial nas possibilidades de violação através do processo penal

Diante das críticas feitas, questiona-se qual seria a solução para o problema exposto. Antes, contudo, é válido delimitar de forma mais clara a problemática. Destacou-se que no Processo Penal, em razão de excessos, desvios ou institutos não elaborados de forma adequada, há violações à direitos fundamentais. Contudo, o recorte necessário neste trabalho é o de que nem todas as violações ocorridas durante o processo penal se dão em razão exclusiva do processo penal. Por vezes, tais violações tem outro motivo, e o mais comum é a falha na tipificação de determinadas condutas. Assim, embora o Processo Penal esteja, nestes casos, servindo como forma de violação aos direitos fundamentais, e ainda de modo mais agressivo, uma vez que em sua totalidade é instrumento de violação (sua própria existência é uma violação), e não pontualmente como são os casos que abordamos nesta obra, a razão de ser é a incompatibilidade do próprio direito penal ao direito constitucional.

Para facilitar a compreensão: se um indivíduo é processado e julgado pelo crime de furto de um pote de margarina, é certo que o processo penal funciona necessariamente como instrumento de violação dos direitos fundamentais. Mas a razão não está procedimento penal, mas sim em uma equivocada iniciação e continuação deste processo penal no caso em que nem deveria haver provocação do aparelho judicial criminal, em razão da atipicidade da conduta. Nesta situação, a própria liberdade do indivíduo é violada pela ausência do direito do Estado em exercer o seu direito de punir.

Nestes casos, a violação ao direito fundamental humano é evidente em razão, principalmente, da inobservância de alguma das condições da ação processual penal. Após as modificações realizadas em 2008 pela lei 11.719, sedimentou-se na doutrina e jurisprudência que as condições da ação penal formam um tetraedro que, apenas quando verificado em suas quatro faces, permite o legítimo início da persecução penal no âmbito processual. Além das três condições tradicionais, a saber, a possibilidade jurídica do pedido, o interesse processual e a legitimidade processual,

o processo penal exige a presença de mais um elemento: a justa causa. Apesar do posicionamento autônomo dessa condição da ação no artigo 395, inciso III, em relação às demais condições que são apontadas de forma genérica no inciso II, esta condição topográfica simples não impediu a doutrina de lecionar que a justa causa é puramente uma condição da ação exigível para seu regular início e desenvolvimento.⁵

A justa causa é o suporte probatório mínimo, o lastro de provas minimamente exigido, que deve possibilitar a acusação penal. Considerando que a simples instauração de um processo penal já é capaz de atingir o chamado *status dignitatis* do sujeito imputado, esta condição própria do processo penal busca evitar sua instauração de forma temerária, leviana, desprovido de elementos de informação e provas que dê arrimo à acusação. (LIMA, 2011. p. 253). Esta ligado diretamente ao estado de inocência do acusado. A maioria das violações aos direitos humanos fundamentais que se realizam pelo indevido manejo do aparato penal violam justamente a exigência da justa causa. Por essa razão é que se permite que o juiz e a defesa, de forma antecipada sanem esta violação, especialmente pelo manejo do *habeas corpus* que vise o “trancamento” da ação penal.

Contudo, o que é alvo deste trabalho são as situações em que o processo tem fundamento e razão de existência, mas é utilizado de forma à violar o direito fundamental em questão. Enquanto na forma anterior, existe uma maior “legitimação” social, ou seja, um maior apoio popular à recuperação do direito violado, nesta segunda forma há uma maior resistência social. Isto ocorre por que, no primeiro caso, evidencia-se uma violação ao estado de inocência do acusado de forma mais nítida. Por sua vez, nesta segunda hipótese, não há tanta nitidez. Na verdade, em alguns casos há forte resistência social do reconhecimento de direitos, uma vez que se estaria protegendo criminosos. Contudo, esta pressão social deve ser indiferente ao sistema jurídico neste momento. A legitimidade do processo penal não é, ou não apenas, de natureza democrática majoritária, mas sim, contra-majoritária. (HADDAD, 2005. p. 242) Independentemente do acusado culpado ou inocente (o que só se pode afirmar ao fim do processo), este sempre terá direito a um devido processo legal que não realize violações aos seus direitos.

5 Cf.: SILVA JÚNIOR, 2009; TOURINHO FILHO, 2010; PACELLI, 2012.

Feito tal destacamento, respondemos ao questionamento lançado: a solução para essa reformulação do processo penal é um retorno à sua função inicial de proteção do ser humano em exata medida da evolução dos direitos humanos. Desta forma, o que deve ser destacado nas mudanças a serem aplicadas no processo penal, seja através de uma alteração legislativa, seja pela conduta dos agentes responsáveis pela persecução criminal, ou seja ainda pelo judiciário na interpretação da norma, uma vez que os três setores estão diretamente vinculados aos direitos fundamentais⁶, é a atenção destes aos novos debates acerca dos direitos humanos. (DIMOULIS; MARTINS; 2011).

Entre diversos temas, um que acreditamos ser de fundamental apreço é o da proteção ao mínimo existencial do ser humano, e como este pode ser efetivado através do processo penal.

De acordo com Flávia Piovesan (2007), inaugurou-se um sistema internacional de proteção desses direitos, baseados especialmente numa ideia de “mínimo ético irreduzível”. Além do sistema global, surgem sistemas regionais que funcionam de forma complementar aquele. Outra questão que ganha relevo é a democracia, uma vez que não há democracia sem direitos humanos, e nem direitos humanos sem democracia.

Apesar de todo o debate acerca das teorias universalistas e relativistas, que a própria autora coloca como sendo um obstáculo à efetivação dos direitos humanos, é mais válido neste momento a posição de Boaventura que busca romper com o dualismo universalismo e relativismo, informando sobre a variável de dignidade humana, que é preciso ter uma valorização máxima dos direitos humanos, e não uma tendência ao mínimo. Pode se falar em um multiculturalismo, que implica no diálogo entre as diferentes culturas, buscando aspirações semelhantes. Seria emancipatório por reconhecer a diferença, o direito à diferença, e a construção de uma vida em comum além de tais diferenças.

Este tema indica que é necessário verificar o conteúdo básico da dignidade humana, e a satisfação das necessidades básicas do ser humano. Em regra se vincula

6 Sobre este tema, importante destacar também a abordagem deste segundo autor acerca da vinculação ao poder legislativo e a inclusão ou não de uma proibição de norma já declarada inconstitucional em outro diploma legislativo. Debate em Direito Processual Constitucional Alemão.

aos direitos sociais, mas se estendem as liberdades públicas.

Os direitos de liberdade são vistos, primeiramente, como direito de defesa. Contudo, o estado deve implementá-los também por meio de um fazer, de ações positivas, por exemplo, quando além de não torturar, é necessário uma política fiscalizatória da não-tortura, rompendo com a dualidade de obrigações de não fazer e fazer. Ainda estes direitos de defesa tem também uma perspectiva social, especialmente notada na vinculação dos horizontais ao direito. Esta característica transparece o caráter de indivisibilidade dos direitos humanos, sendo irrelevante de certo ponto de vista sua qualificação como direito de liberdades ou direitos sociais.

Feita esta breve abordagem sobre o mínimo existencial, ressalta-se sua vinculação com a efetivação da dignidade humana. Assim, é necessário que haja uma revisão dos institutos processuais penais para que possam servir de garantia ao mínimo existencial. Esta é a solução encontrada ao problema anteriormente tratado.

Como feito o recorte acima, demonstramos que mesmo nos casos não abordados por este objeto de trabalho, o respeito ao mínimo existencial é fundamental para o respeito à dignidade humana. Ora, se dentro do núcleo mais absoluto dos direitos humanos está o direito à alimentação, a inexistência de crime em razão do furto de margarina para a alimentação é uma forma de garantir o mínimo existencial, mas neste caso não através do processo penal, mas justamente pelo reconhecimento de sua impossibilidade (ou, quando já existente, encerramento imediato) pela inexistência de crime.

Por sua vez, internamente à proposta deste objeto de estudo, podemos apresentar que a alteração legislativa introduzida pela lei 12.433 de 2011 que introduziu a possibilidade de remissão da pena em razão do estudo do apenado busca, de certa forma, a efetivação desse mínimo. O próprio trabalho digno e a educação estão inseridos no mínimo existencial, e a sua possibilidade ao detento é um direito que se compatibiliza com a garantia da dignidade humana. O trabalho do apenado insere-se na finalidade ressocializadora da pena privativa de liberdade e na afirmação da base constitucional da dignidade da pessoa humana, não comportando restrições⁷.

Da mesma forma, a antiga vedação à prisão domiciliar durante o curso do

7 HC 70034083857 – TJRS, 6ª C.C. 10.02.2010.

processo, ou seja, pela prisão preventiva, foi substituída pela sua admissibilidade com a lei 12.403 de 2011. Neste sentido, já se posicionava de forma adequada a jurisprudência que afastava a vedação da prisão domiciliar seja em razão da prisão preventiva⁸, seja em razão da natureza hedionda do crime⁹, ao observar que a prisão domiciliar mostra-se medida que melhor atende à dignidade humana e respeito à saúde, componente nuclear do mínimo existencial, uma vez que a dignidade da pessoa humana, especialmente dos idosos ou enfermos, sempre será preponderante dada sua condição de princípio fundamental da república.

Da mesma forma, a redução das situações que permitem a prisão cautelar vem à observar o mínimo existencial, especialmente sobre a componente da liberdade, certamente a que mais corre riscos durante o processo penal. A regra é a liberdade, e a prisão que é excepcional. Assim, as novas medidas cautelares diversas da prisão introduzidas pelo mesmo diploma normativo buscam a proteção ao núcleo essencial da dignidade com a imposição de medidas menos gravosas ao indivíduo, em razão do respeito da eficácia de medidas como a monitoração eletrônica, a prestação de fiança ou a obrigatoriedade de manter distância de determinada pessoa.

Outra componente do mínimo existencial é o direito à intimidade, e cuja proteção no processo penal pode ser efetivada através da vedação de provas ilícitas que não respeitem tal preceito. A busca da verdade que fundamenta o direito de punir do Estado não pode ser conduzida a qualquer preço, mas somente mediante a preservação da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais da intimidade a ela inerentes¹⁰.

Operar esse respeito ao mínimo existencial a partir do processo penal implica uma obrigação de rever todos os institutos do direito processual penal, e também uma dogmática e teoria aprofundada sobre o conteúdo do mínimo existencial. Como essa tarefa é impraticável neste trabalho, além das erupções de violação destacadas acima, iremos abordar dois pontos fundamentais, cujo debate acerca de estarem ou não inclusos no mínimo existencial é de pronto superável, assim como os pontos acima destacados. O primeiro é a vedação à tortura, e o segundo a vedação à

8 HC 3.477 – RN. 4ª T. 03.02.2009.

9 HC 83.358 – SP. 1ª T. 04.05.2004.

10 Apelação 2007.050.05634- RJ. 5ª C.C. 19.06.08.

discriminação.

Ambos os tópicos, como dito, de pronto superam o debate acerca do conteúdo do mínimo existencial em razão do elevado e ímpar *status* que adquirem estes direitos na ótica internacional dos direitos humanos. Tanto a vedação à tortura, quanto a discriminação, acrescidos ainda da vedação à discriminação são tidos como os únicos direitos absolutos.¹¹ Esta postura protetiva internacional tem respaldo nos instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos, como os tratados e convenções internacionais. A título de exemplo, a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, um dos principais instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos, componente do sistema universal de proteção, estabelece:

ARTIGO 2º

2. Em nenhum caso poderão invocar-se circunstâncias excepcionais tais como ameaça ou estado de guerra, instabilidade política interna ou qualquer outra emergência como justificação para tortura.

Como se verifica da leitura do artigo, a vedação à tortura, direito humano fundamental (uma vez que é amplamente previsto no sistema de proteção aos direitos humanos internacional, em tratados, convenções e outros documentos, e simultaneamente é previsto enquanto direito fundamental na Constituição Federal de 1988) não admite relativizações a serem estabelecidas por quaisquer justificativas circunstanciais, comumente autorizadas em relação aos outros direitos. Este critério que é comum também ao direito de não discriminação conduz à postura internacional de serem direitos humanos absolutos.

No que diz respeito à efetivação desses direitos na ótica processual penal brasileira, a vedação à tortura encontra respaldo. O que buscamos demonstrar aqui é o direito processual em si. Não se ignora que existem práticas abusivas, especialmente praticadas por autoridades estatais, que implicam em tortura de acusados. Contudo, há um esforço contemporâneo para afastar qualquer possibilidade de aproveitamento destas condutas ilícitas e violadoras de direitos

11 Cf. PIOVESAN; 2012.

humanos.

O sistema processual penal brasileiro, adotando na apreciação das provas a livre convicção motivada do juiz estabelece o fim do império da confissão enquanto a prova máxima, o que era o principal objetivo de realização da prática da tortura. O direito ao silêncio, consagrado na Constituição também encontra desdobramentos no processo penal, e especialmente com a previsão de que o exercício desse direito não será prejudicial ao acusado (artigo 186, parágrafo único do Código de Processo Penal). Além disso, todo o sistema inquisitivo e mesmo o sistema misto vem dando lugar a um sistema acusatório, compatível com a Constituição e os direitos humanos, como aprofundaremos mais adiante.

Por sua vez, a não discriminação já exige um cuidado maior e maiores esforços para verificar que, apesar do avanço recente, ainda existem alguns institutos no processo penal que realizam violações a este direito humano. Destacaremos algumas dessas posições.

O artigo 31 do Código de Processo Penal estabelece que, no caso de morte do ofendido ou quando este for judicialmente declarado ausente, seu direito de queixa irá se transferir para o cônjuge, ascendente, descendente ou irmão, nos crimes perseguidos por ação penal privada. O mesmo direito se verifica no caso de representação dos crimes que caiba ação penal pública condicionada à representação. Verifica-se que o dispositivo legal não prevê o companheiro como um dos legitimados para exercer tal direito, constituindo uma desigualdade desnecessária. Apesar de haver esforço doutrinário e jurisprudencial neste sentido, para consolidar tal possibilidade, há também posições contrárias tanto na doutrina quanto na jurisprudência, arguindo especialmente que não pode haver uma interpretação maléfica ao réu, que apenas dão maior relevo à situação discriminatória, que seria sanável por uma alteração legislativa.

Outra situação particular do processo penal, e que há muito tempo reclama modificações, são as previsões normativas a respeito das pessoas com deficiência mental. Além de imprecisa terminologia empregada no Código de Processo Penal, que por si já ocasiona lesões ao indivíduo, algumas previsões normativas implicam em verdadeira discriminação. A título de exemplo, se ao acusado sobrevier doença mental, o seu processo será suspenso após o exame de insanidade mental. Contudo,

será admissível que o juiz determine a internação do acusado e manicômio judicial (§2º do artigo 152 do Código de Processo Penal). Ora, a legislação pátria já aponta um procedimento próprio para os casos de internação compulsória das pessoas com transtornos mentais, não cabendo ao juiz agir assim de ofício, como verdadeira antecipação da sanção, em um processo que nem mesmo terá continuidade imediata.

Contudo, a maior abertura na legislação que permite a prática de violações aos direitos humanos é em razão do emprego de conceitos indeterminados que servem para discriminações não autorizadas no seu emprego. É o caso do uso da garantia da “ordem pública” enquanto legitimadora de situações extremas ao processo penal. O artigo 312 do diploma permite a prisão preventiva a ser decretada em razão da garantia da ordem pública. Da mesma forma, o artigo 185, em seu parágrafo segundo, inciso IV permite que o direito à presença física do acusado perante o juiz seja afastado, com a realização do interrogatório por videoconferência, quando a ordem pública exigir.

Estas e outras situações destacadas, quando afastadas pela prática, permitem que os direitos humanos se consolidem. Embora haja necessidade de haver sempre uma otimização desses direitos, a proteção a este núcleo essencial mínimo de preservação da dignidade é uma reclamação urgente e que não admite violações institucionalizadas.

4 A GARANTIA DOS DIREITOS HUMANOS E A REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL EFETIVADA PELAS MUDANÇAS DA LEI 12.403/11

Na constante marcha do Estado Democrático de Direito, são diversas as influências políticas, filosóficas e de outras naturezas que definem os novos valores que devem determinar os sistemas sociais, incluindo o sistema jurídico. Contudo, podemos notar aspectos comuns de uma mesma corrente e tendência, e após um isolamento apenas possível no plano teórico, analisar as influências deste movimento sobre a construção do Estado de direito moderno. Esta prática pode ser bem vista na construção de Ferrajoli sobre o garantismo, quando estuda como as bases do garantismo se estabeleceram em razão do pensamento iluminista, e de forma clara demonstra que em forma crítica dos sistemas penais e processuais que vem sendo

definidos os valores da civilização moderna e o próprio Estado de Direito Constitucional, como o do respeito da pessoa humana, os valores fundamentais da vida e liberdade entre outros (FERRAJOLI, 2010, pág. 18).

Ao compreender a razão da falha do garantismo clássico de origem imediata iluminista, em razão de seu déficit de legitimidade política, fragilidade epistemológica e outros fatores, é possível também compreender o surgimento de modelos autoritários e decisionistas como uma resposta “inadequada” ao problema. A retomada desse garantismo, com base especial na razão como mecanismo de controle do modelo e garantia de funcionalidade é um fenômeno que pode ser notado hodiernamente, ainda que concomitantemente a movimentos opostos de inquisição, ainda que estes últimos possuam um apelo social tão mais contagiante quanto perigoso.

Atento a estas correntes, o sistema processual penal brasileiro vem sofrendo diversas modificações ao longo dos últimos anos, especialmente desde o ano de 2008. Embora fomenta o chamando movimento de “inflação” legislativa, as mudanças tópicas ocorridas no código de processo penal possuem muito mais uma natureza estratégica política do que uma produção desordenada de modificações. Ocorre que a aprovação de um Novo Código de Processo Penal possui um custo político muito elevado, ainda que concordemos que esta seja uma realidade possível (PACELLI, 2011, pág. 8). Contudo, realizar diversas mudanças tópicas parece uma estratégia que demanda uma movimentação política menos onerosa e que aparentemente vem funcionando, embora gere momentos de instabilidade legislativa e até mesmo contradições internas ao sistema processual penal, mas que podem ser facilmente contornados com alguma cooperação dos juízes e demais aplicadores do direito, pressupondo a compreensão de todo o fenômeno de mudanças que se apresenta. (SILVA JÚNIOR, 2010).

Essas mudanças tópicas do processo penal formam um todo que busca harmonizar o sistema processual penal pátrio com as diretrizes constitucionais estabelecidas. O sistema prisional do Código de Processo Penal de 1941 originariamente foi elaborado a partir de um juízo de antecipação da culpabilidade incompatível com a Constituição da República de 1988. Em razão disto, ocorreram profundas alterações no diploma legal buscando obedecer as normas constitucionais.

(PACELLI, 2011, pág. 09).

Entre estes valores estabelecidos pela Carta Magna, estão o princípio da não-culpabilidade cuja origem mais significativa nos remete à Revolução Francesa e rompimento com o Absolutismo, e cujo ordenamento pátrio deve respeitar não apenas na fase processual, mas também na pré-processual. Além, outro princípio informador destas alterações é o princípio da proporcionalidade. O postulado da proporcionalidade exerce uma dupla função neste sentido: tem por desdobramento a proibição do excesso e também a máxima efetividade dos direitos fundamentais, sendo forma de controle da validade e do alcance das normas, o que autoriza o intérprete a recusar a aplicação de uma determinada norma que contenha determinações (sanções, ou não) excessivas e não diretamente conexas a necessidade de regulação; outrossim, presta como um juízo de ponderação na escolha da norma mais adequada no caso de um conflito entre princípios ou norma. Ambos efeitos geram o tríptico critério de aplicação usado pela doutrina: a necessidade, a adequação e a proporcionalidade em sentido estrito. (ALEXY, 2002.)

Por sua vez, entre as diversas modificações ocorridas recentemente e informadas pelos princípios apontados, dentre outros constitucionalmente estabelecidos, a mais recente é a produzida pela Lei 12.403 de 04 de maio de 2011, que modificou diversos artigos relacionados com as prisões, sendo conhecida pela alcunha de Nova Lei de Prisões, que contudo trata de forma mais ampla das medidas cautelares possíveis no Processo Penal, incluindo as de natureza pessoal e também as de natureza não pessoal, ou seja, as diversas da prisão.

Em relação ao princípio da proporcionalidade, na aplicação das medidas cautelares, estas devem, independentemente da natureza pessoal ou não, serem orientadas pela necessidade da cautelar, tendo em vista eventual risco ao processo, analisando também a adequação da providência no caso concreto, de acordo com a gravidade e circunstâncias do fato. A necessidade é portanto um elemento inicial e indispensável que deve ser analisado (PACELLI, 2011, pág. 14).

Por sua vez, o princípio da não-culpabilidade informa que toda prisão anterior à condenação definitiva seja efetivamente fundamentada e por ordem escrita de autoridade judiciária competente. Assim, toda e qualquer prisão deverá se pautar na necessidade ou na indispensabilidade da providência a ser aferida em decisão

fundamentada do juiz ou do tribunal.

É possível notar que ambos institutos orientam a legislação a tratar da prisão como medida excepcional. Torna-se inclusive mais acertada a crítica ao termo empregado inadequadamente na Constituição sobre a “liberdade provisória”, pois em absoluto as prisões tem natureza provisória, independentemente do momento e fundamentação, e a liberdade é sempre permanente. Esta é a compreensão constitucional adequada, atenta à proibição de penas de caráter permanente que a própria Constituição determina.

Com a aprovação do Projeto de Lei 4.208 de 2001, e o ingresso no ordenamento pátrio da Lei 12.403, diversas modificações foram introduzidas no sistema processual em relação às medidas cautelares. Embora necessário esclarecer algumas dessas modificações produzidas, não é o objetivo do estudo realizar uma análise aprofundada da eficácia das medidas e modificações, mas sim tornar claro a harmonização necessária ao sistema de processo penal e em razão do sistema constitucional, especialmente para observância dos direitos humanos. Por isso, anotaremos algumas das principais modificações.

4.1 O núcleo central dessas modificações: o sistema acusatório enquanto direito humano

Hodiernamente, o sistema inquisitório cedeu espaço ao atual sistema processual acusatório. Contudo, importante destaque de José Antônio Barreiros (*apud* SOUZA NETTO, 2006. p. 21):

“[...] atualmente não existe consagrado em qualquer ordenamento jurídico o sistema inquisitório puro, e mesmo o sistema acusatório vem sofrendo, nos países que o adoptam, uma influência de factores extrínsecos que lhe têm alterado por completo a fisionomia.

Considerada a lição, no contexto atual, a regra do sistema acusatório é determinante no ordenamento. Apenas na fase pré-processual ainda é possível visualizar aspectos do sistema inquisitorial, como no inquérito policial. Contudo,

mesmo neste há adaptação do sistema inquisitorial clássico, vez que deve também obediência às normas constitucionais.

Afirma Walter Nunes da Silva Júnior (2009, p. 544) que na vigência do sistema acusatório, afasta-se o dogma de regência total da verdade real no processo penal, ante a incompatibilidade desta forma com os demais direitos individuais constitucionais.

A consolidação do sistema acusatório é fruto de uma reivindicação política internacional. Apenas o sistema acusatório é apontado como compatível com os direitos humanos. Nesta ótica, o Código Modelo de processo penal para Ibero-América que influenciou as reformas realizadas no processo penal brasileiro, entre elas a estabelecida pela lei 12.403 busca uma consolidação do sistema acusatório, especialmente a partir da separação entre os órgãos responsáveis pela acusação, defesa e julgamento. O processo inquisitorial é uma “forma autodefensiva da administração da Justiça”. Neste pode até ocorrer uma investigação policial inquisitiva presidida por alguém “chamado juiz”, mas nunca haverá verdadeiramente processo. (GRINOVER).

Além disso, o Código Modelo não deve ser compreendido apenas como um Código de dispositivos, mas como uma reunião de diretrizes éticas que servem para embasar os modelos próprios de persecução criminal. Neste sentido, deve pautar-se pela soberania da dignidade humana em relação à defesa social. Neste diapasão, a própria Constituição Federal elenca um rol de direitos que devem reger o processo penal na garantia do acusado, como relativo à identificação da autoridade que realiza a prisão, vedação de provas ilícitas, direito ao silêncio, juiz natural, vedação de tribunais de exceção e etc.

Assim, a consolidação busca efetivamente: (a) distinção entre prova e elementos de informação, sendo a prova apenas a produzida em juízo com contraditório e os elementos de informação os destinados à formar a *opinio delicti*, salvo as cautelares e irrepetíveis; (b) órgão independente responsável pela acusação; (c) contraditório e juiz natural.

O efeito irradiante da dignidade humana expande até mesmo às relações interpessoais. Assim, não poderia ser diferente de ocorrer no Processo Penal,

ganhando nítido destaque a função do Processo penal de defesa do indivíduo contra a violência estatal. Além disso, o devido processo legal ganha destaque enquanto forma de legitimação da prática processual. Entre esses efeitos, está a consagração do sistema acusatório.

O modelo acusatório tem a sua consolidação a partir da Constituição de 1988, com o monopólio da Ação Penal Pública pelo MP, órgão autônomo e fora da esfera hierárquica de qualquer dos outros poderes. Neste caminhar de consolidação, a lei 12.403 em diversos pontos avançou para a consolidação do sistema acusatório. (GRINOVER, 1993).

4.2 A prisão em flagrante

Atualmente, a situação de flagrância em si não justifica a manutenção da prisão se não há necessidade da medida restritiva da liberdade. Anteriormente, a prisão em flagrante era forma autônoma que permitia ao Estado a manutenção em cárcere do acusado detido em situação típica do flagrante (flagrante próprio) ou assemelhada aquelas, como nas hipóteses de quase-flagrante previstas ainda no Código de Processo Penal. Atualmente, ocorrendo a flagrância, o acusado deverá ser conduzido ao juiz que verificará se há hipótese de prisão preventiva, e se não, indicar a regra que é a liberdade.

Ocorre que, desde sua origem, a prisão em flagrante apenas permite a reunião de mais elementos informativos e probatórios acerca da autoria e materialidade de uma determinada imputação. A detenção de alguém em flagrante não pode servir como fundamentação automática para valorar em mais ou menos gravosa uma conduta. Na verdade, se assim o fosse, haveria uma situação premial para aqueles que, especialmente em razão do aperfeiçoamento da prática delituosa, e pela especialização em crimes mais elitistas, tenham um processo penal abrandado pela prática impossibilidade de flagrante dos crimes que praticam. Por outro lado, reforçar-se-ia a prática discriminatória do fenômeno conhecido como “etiquetamento”,

em que os crimes praticados pela camada menos favorecida economicamente do país acaba, além de sofrer uma sanção penal aguda em desproporção à lesão, também uma segunda forma de sanção por um processo penal rigoroso, com poucas chances de defesa e voltado para a condenação, aos moldes de um incompatível sistema inquisitivo.

Assim, a modificação legislativa introduzida pela lei 12.403 de 2011 retorna à origem do instituto: a prisão em flagrante não autoriza que o acusado responda ao processo criminal com sua liberdade restrita na forma máxima, de verdadeira antecipação da pena, pelo simples fato da reunião de tais elementos. A situação em flagrante agora se afasta da natureza de prisão excepcional, e ganha traços de uma detenção com fundamento em uma natureza administrativa, e não processual. Assim, tem sua função primordial preservada, seja a reunião da justa causa ao processo penal, seja a possibilidade de impedir ou reduzir a lesão a um bem jurídico exposto à perigo ou lesão.

4.3 Primazia da liberdades

Para que haja alguma restrição da liberdade no curso do processo, será necessário que o juiz se pronuncie pela decretação de uma das medidas cautelares dispostas. Neste ponto, duas observações relevantes devem ser vistas: a primeira que trataremos é da própria natureza das medidas cautelares permitidas. A segunda, acerca da legitimidade postulante e do poder do juiz nestes casos.

A única medida cautelar pessoal existente até o advento da lei era a medida detentiva (prisão), que em relação aos direitos fundamentais do acusado é uma situação de tudo ou nada. Esta ausência de instrumentos cautelares obrigava o juiz a considerar outros critérios como a população carcerária, sendo essa a maior preocupação da nova lei de prisões. Assim, surgem as medidas alternativas. A prisão deixou de ser a única medida cautelar, e passou a ter natureza subsidiária. O tudo ou o nada é numa perspectiva dos direitos fundamentais do acusado, ou seja, poderia representar uma ofensa, violação ou não. Mas na perspectiva da eficácia processual e para a solução do crime e recuperação dos bens, e poucas hipóteses era funcional.

A escolha das medidas deve ser feita por um binômio que verifique ser adequada e suficiente, e assim, sempre que preferível outra medida que não a prisão, deverá ser aplicada demonstrando o caráter de subsidiariedade da prisão. A modificação está de acordo com as diretrizes traçadas no Código de Processo Penal Modelo para a Iberoamérica. Neste, em seu artigo 200 se informa que no caso de prisão em flagrante, deve ser comunicado ao juiz e que o Ministério Público deverá agir para impedir que se produzam as consequências além de promover a investigação do fato criminoso para realizar o ajuizamento do imputado ou o sobrestamento (absolvição antecipada) do acusado.

Contudo, alerta que quando o Ministério Público ou a polícia entenda que há necessidade de manutenção do acusado preso, deverá ser pedida a prisão preventiva observados os requisitos próprios desta medida. A subsidiariedade também é compatível com a proposta, uma vez que observado o final do mesmo artigo 200, se informa que o Ministério público poderá pedir qualquer das medidas substitutivas da privação de liberdade, ou mesmo prescindir desta, quando deverá ser o imputado apreendido liberado após realização do interrogatório.¹²

Vale destacar que o Código de Processo Penal Modelo para a Iberoamérica é uma construção doutrinária de diversos contribuintes de enorme gabarito, coordenados especialmente por Ada Pellegrini Grinover e Julio Maier. Entre as diretrizes principais que nortearam os trabalhos desenvolvidos estava presente uma constante preocupação em elaborar um documento compatível com a defesa dos direitos humanos em uma ótica internacional, além de congrega valores de diversos países e sistemas, reforçando uma ideia de universalização dos direitos humanos consagrados no plano do sistema internacional de defesa dos direitos humanos, e

12 . Artigo 200: Aprehensin. La polica debe aprehender a quien sorprenda en flagrante o persiga inmediatamente despus de la comisin de un hecho punible, a los fines del art. 232. En el mismo caso, cualquier persona est autorizada a practicar la aprehensin y a impedir que el hecho punible produzca consecuencias ulteriores; debe entregar inmediatamente al aprehendido y las cosas tomad al ministerio pblico, a la polica o a la autoridad judicial ms proxima. Cuando el ministerio público, o la policía en los casos del art. 248, estimare que una persona debe ser sometida a prisión preventiva, procederá según el art. 47, párr. II. El ministerio público podrá también ordenar la aprehensión del imputado, cuando estimare que concurren los presupuestos del art. 202 y que resulta necesario su encarcelamiento. Podrá, así mismo, ordenar cualquier medida sustitutiva de la privación de libertad, o prescindir de ella (art. 209), caso en el cual liberará al imputado aprehendido y procederá según el art. 47, en lo pertinente.

também do sistema regional, no caso, o sistema interamericano de defesa dos direitos humanos,

Além deste Código de Processo Modelo apontado, que via de regra é observado nas novas modificações legislativas nacionais, outros textos internacionais como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, o Pacto dos Direitos Civis e Políticos e outros expõe que a prisão é uma forma subsidiária de medida estatal, e que a prisão sem sua real demonstração de necessidade é uma medida arbitrária.

Contudo, as modificações ainda não estão em total harmonia com estas tendências internacionais. O próprio projeto do código para a América Latina indica que todos os crimes devem ser passíveis de fiança, uma realidade a primeira vista incompatível com o sistema nacional, mas que deve ser amadurecida e alvo de um trabalho autônomo, que não é a oportunidade desta pesquisa, ao analisar a fiança não apenas como uma forma de obtenção da liberdade durante o processo penal, ou seja, de natureza contra cautelar, mas também como objeto da justiça restaurativa e também uma forma de garantia maior para a sociedade no caso de crimes mais graves. A ausência dessa visão crítica conduziu a uma situação anômala no sistema nacional, em que a liberdade com fiança é aplicável a crimes de baixa gravidade, enquanto os crimes de maior gravidade permitem a liberdade sem prestação de fiança

Acerca do outro tópico já destacado, a legitimidade e poder do juiz neste momento também é um ponto essencial na garantia dos direitos humanos. Embora o juiz goze de seu poder geral de cautela, apenas pode determinar medida cautelar de ofício quando existe o processo instaurado, mas precisa ser provocado quando ainda não existe processo, ou seja, na fase preparatória ou investigatória não age de ofício. Nessa interpretação, o juiz ao ser comunicado do crime e prisão não pode de ofício realizar a conversão em prisão preventiva se não houver pedido da parte acusatória. Em razão disso, deve ser encaminhada uma cópia para o MP, para que dentro do prazo disponível ao juiz para decidir, o *parquet* se manifeste sobre o pedido de prisão.

Não há espaço em um ordenamento que busca garantir os direitos humanos para um sistema inquisitivo de processo penal, nem mesmo para resquícios deste. O sistema acusatório, por sua vez, deve buscar sua plenitude. Neste sentido, a modificação legislativa bem andou, retirando o poder do juiz de funcionar como juiz investigador do processo ao determinar tais medidas de ofício, rompendo com uma

postura de neutralidade.

Sobre as medidas cautelares pessoais: são a prisão, e as diversas da prisão. Os princípios e regras gerais dessas medidas cautelares se aplicam a qualquer medida cautelar, e não apenas as de natureza pessoais, embora a topografia legislativa não facilite essa forma de compreensão. Contudo, é irrefutável que o contraditório deve estar presente e obedecer a proporcionalidade e natureza do próprio instituto, ou seja, a regra é o contraditório, salvo nos casos de urgência e perigo de prejuízo à medida. A fungibilidade também deve ser extensível às demais medidas, assim como a possibilidade de cumulação das medidas, especialmente entre as diversas da prisão, além da excepcionalidade dessas medidas cautelares, como se pode compreender do novo artigo 282 do Código de Processo Penal, e dos parágrafos subsequentes.

Um embate doutrinário sobre a finalidade da prisão como medida cautelar do processo deve ter por resposta que se trata de uma medida com o objetivo de resguardar o processo, ou seja, uma medida endoprocessual, e não extraprocessual como forma antecipada de punição ou de resposta ao anseio punitivo da sociedade, e assim só é admissível quando útil ao interior do processo. Assim, a validade da prisão para manutenção da ordem pública não está de acordo com essa posição, tendo nítido efeito extraprocessual, além disso, a ordem pública é um conceito aberto obtuso, agravado pelo acréscimo do termo ordem econômica feito pela lei antitruste. Atento a esta arbitrariedade, o plenário do Supremo compreende que a ordem pública só servirá como fundamento da prisão preventiva quando esta indicar uma medida que seja útil para evitar a prática de novos crimes, reduzindo o âmbito de extensão. Por isso, a proposta legislativa tentava retirar a ordem pública e substituir por “para evitar novas práticas criminosas” de determinado rol taxativo de alguns crimes, mas foi rejeitada no parlamento. Contudo, a técnica legislativa restou presente por não rejeitaram o inciso I do artigo 282, e assim o termo “os casos previstos em lei” foi esvaziado. Essa regra se aplica não só a medida detentiva, mas a todas as cautelares.

Por sua vez, não nos somamos à crítica feita ao inciso II do mesmo artigo, uma vez que a gravidade do crime estaria sendo indicada como critério para a decretação da prisão preventiva, quando na verdade a previsão legislativa indica que a gravidade do delito deve ser considerada na escolha da medida cautelar adequada.

Retomando a detenção em flagrante, este deve ser o termo mais adequado, pois a prisão é medida qualificada pela autorização judicial, e a modificação legislativa demonstrou que se trata agora apenas de um ato administrativo que impõe uma restrição ao direito fundamental de liberdade, e cujo controle é feito de forma posterior pelo judiciário. Nos crimes de iniciativa privada e condicionados à representação, se vencidos os obstáculos de pressupostos, pode ser feita a detenção em flagrante. Contudo, a velha distinção doutrinária sobre as diferenças das formas de flagrante deixam de ser importantes, uma vez que a detenção em flagrante deixou de ser uma forma autônoma de justificação da manutenção da prisão.

Quando da oportunidade de converter essa detenção em flagrante em prisão preventiva (artigo 310, do CPP), o juiz deverá analisar a legalidade do flagrante sob pena de relaxamento, mas mesmo assim persiste a possibilidade de converter (ou decretar) em prisão preventiva, havendo pedido fundamentado que comprove os requisitos da necessidade da medida e adequação. O flagrante evidentemente passou agora a ser uma forma de comprovar a materialidade e autoria do crime.

Embora na prisão provisória tenha se ampliado as possibilidades de ação e interesses do ofendido com a maior participação no processo, em atenção a justiça restaurativa, tendo sido dada capacidade postulatória ao ofendido no processo para pedir a prisão e recorrer da decisão de liberdade provisória, não permitiu essa capacidade na fase pré-processual, onde há maior interesse de ação pela vítima do delito.

As medidas cautelares em geral, apenas são admissíveis se o crime tiver previsão de pena privativa de liberdade, seja medida pessoal detentiva ou não. No caso da medida cautelar de prisão, exige ainda a pena superior a quatro anos, ou em todos os casos nas exceções, como na lei Maria da penha, dúvida sobre a identidade civil do acusado e etc.

Em síntese (PACELLI, 2011), embora todas as distinções nominais tenham sido mantidas, agora os institutos exercem todos o mesmo papel e função processual de cautelares dos interesses da jurisdição criminal.

Não é possível aplicar nenhuma das formas de medida cautelar quando não for cominada à infração que é objeto de investigação ou de processo uma pena privativa de liberdade, cumulativamente ou isoladamente verificada, e tão pouco

naqueles crimes que admitem transação penal, bem como nos casos em que seja proposta e aceita a suspensão condicional do processo, conforme previsto na Lei 9.099/95. Trata-se de uma forma de afastar a necessidade da medida em razão do critério da pena, uma tendência do processo penal nacional que possui nitidamente alguns novos patamares de pena que permitem ou não certos benefícios.

Por fim, em se tratando de crimes culposos, não é admissível a imposição de medida cautelar em face também da ausência de proporcionalidade da medida, embora respeitada opinião que admite a aplicação quando se puder antever a possibilidade concreta da imposição da pena privativa da liberdade ao final do processo, diante das condições pessoais do agente, serão cabíveis, excepcionalmente para os crimes culposos as cautelares previstas nos artigos 319 e 320 do CPP, segundo a respectiva necessidade e fundamentação (PACELLI, 2011, pág. 07)

4.4 Direito à informação e comunicação

Outra modificação produzida pela lei 12.403 foi ter incluído o Ministério Público entre aqueles que devam ser informados de forma imediata sobre a prisão, assim como o juiz e alguém da família. O auto de prisão será encaminhado em 24 horas ao juiz e para o advogado constituído ou defensoria pública. Anote-se que no código modelo, o prazo é de apenas 12 horas, prorrogável por igual prazo. A comunicação da detenção em flagrante, contudo, deve ser feita imediatamente. Não deve ser aplicado por analogia o prazo de 24 horas constante para encaminhamento do auto de prisão em flagrante. A comunicação da medida deve ser imediata, ou seja, o quanto antes possível.

A comunicação ao Ministério Público, embora possua entre as finalidades, uma questão prática determinante, qual seja a necessidade de pedido do órgão ministerial para a conversão da detenção em flagrante em prisão preventiva, possui também uma outra razão: deve o próprio órgão ministerial também zelar pela legalidade da elaboração do auto de prisão em flagrante e todas as nuances a este referida no Código de Processo Penal.

4.5 Outras modificações

Entre estas que ainda serão alvo de análise, anotamos as várias medidas cautelares diversas da prisão introduzidas no Código de Processo Penal devem ser vistas como uma forma preferencial em relação à prisão preventiva, contudo, não podem servir indiscriminadamente sob risco de banalizar violações aos direitos humanos sob o estandarte de ser uma violação “menos gravosa” do que a possível.

O processo penal não busca a proteção do ser humano apenas contra o seu resultado final, ou seja, a privação definitiva de liberdade. No curso do processo penal, como já visto, diversos direitos são postos em cheque, relativizados ou violados. A modificação legislativa por bem veio tutelar de forma mais expressiva o direito à liberdade, posicionando a prisão preventiva como a ultima medida disponível no curso do processo para cautelar seu desenvolvimento.

Com este afã, estabeleceu algumas formas cautelares alternativas, valendo-se das experiências legais de diversos outros diplomas. (SILVA JÚNIOR, 2012). Estas inovações incluem as diversas medidas previstas no artigo 319 do diploma legal, precisamente:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

IX - monitoração eletrônica.

Apesar da preferência pela proteção da liberdade, as medidas previstas como alternativas à prisão também incidem sobre direitos humanos fundamentais, entre eles a própria liberdade, mas também alguns outros de dignidade idêntica. Não cabe à jurisprudência, sob o argumento de que uma “pior violação seria possível” afastar a prisão preventiva, nos casos em que ela realmente não caberia, mas levemente se valer destes novos instrumentos.

O uso indiscriminado irá operar uma violação a direitos humanos não justificável. Todas as medidas previstas, assim como a restrição máxima da liberdade, exigem requisitos estreitos a serem verificados no caso prático, como uma justa causa e a necessidade de sua aplicação.

A previsão contida no artigo IX, por exemplo, que implica no uso da monitoração eletrônica do indivíduo. É certo que seu uso, ainda quando devido, representa uma limitação do direito à imagem e à privacidade. Ambos os direitos são previstos constitucionalmente e também na ótica internacional de proteção dos direitos humanos. Suas relativizações são admissíveis, contudo, apenas de forma justificada. Se no processo não há elementos que exijam a decretação da medida, seu uso converte a relativização desses direitos em manifesta violação à direitos humanos.

Da mesma forma, o direito de convivência familiar é protegido pela normatização internacional. Assim, quando um acusado do cometimento de um homicídio contra uma pessoa indeterminada sofre medida restritiva de proibição de manter contato com seu filho, há uma manifesta violação de direitos humanos tanto do réu acusado, quanto do menor que terá seu direito de convivência familiar tolhido.

Estas são algumas das principais modificações realizadas pela inovação legislativa, direcionadas à proteção de direitos reconhecidos na ótica interna como direitos fundamentais, e também com proteção no sistema internacional enquanto direitos humanos

5 A REPERCUSSÃO CIVIL DO CRIME E A AÇÃO CIVIL EX DELICTO

O processo penal é a atividade do poder judiciário sobre um determinado fato social que importa ao direito penal. Contudo, as condutas dos indivíduos, apesar de catalogadas e separadas juridicamente por razões funcionais entre condutas civis e penais, públicas e privadas, entre outras distinções, não encontra em sua essência social a mesma distinção. Quando alguém comete um ato da vida, independentemente de conhecer ou não a norma jurídica, não distingue perfeitamente, em sua maioria, se está agindo de forma a importar suas atividades ao direito civil, ao direito penal, ao direito trabalhista. Isto por que o sistema jurídico é único, e por consequência, uma conduta humana, uma relação social estabelecida pode repercutir nas diversas áreas de concentração que o ordenamento jurídico organizou.

Some-se a isto que o Direito Penal é marcadamente um direito subsidiário, que deve ser acionado apenas quando as demais esferas jurídicas se mostrarem insuficientes. Neste sentido, um fato jurídico que importe ao direito penal irá importar também a outros ramos do direito, e cada um terá interesse em dar uma resposta adequada. Por certo que a muito já estabeleceu que as respostas que os ramos do direito oferecem a um caso não precisam ser idênticas ou apenas uma. A dimensão do fato jurídico pode importar em diversas respostas diferentes, mas poderiam ser estas respostas contrárias umas as outras? Ou há necessidade de um mínimo de coerência entre estas repercussões?

O direito penal e o extrapenal (que aqui, de forma geral, trataremos com certa atecnia como direito civil), bem como o processo penal e o processo civil encontram distinções marcadamente organizatórias. A suposta distinção entre a gravidade das esferas não se sustenta mais, tanto em razão das consequências de uma condenação civil à personalidade do indivíduo (v.g. uma condenação em perda do poder familiar por uma sentença não penal), quanto em alguns casos da baixa ofensividade de certas condenações penais (v.g. pena exclusivamente pecuniária). Além disso, o próprio processo penal vem sofrendo, em alguns momentos, uma relativização de diversos institutos, enquanto o processo civil vem fortalecendo uma publicização de seu seguimento. (MOREIRA, 1997).

Neste sentido, investigaremos adiante a repercussão que um fato delituoso

pode gerar nas demais esferas do direito, iniciando com a repercussão no âmbito do direito do trabalho, e posteriormente na ação civil *ex delicto* e responsabilização do Estado.

5.1. A repercussão do suposto fato criminoso nas relações de trabalho

O Processo Penal também possui diversos temas que podem conectar as esferas jurídicas do Direito Penal e do Direito do Trabalho.

Entre estas conexões, uma está relacionada à autonomia das esferas sancionatórias. Em regra, o ilícito penal e o ilícito trabalhista são autônomos. Contudo, em diversas situações o mesmo fato pode representar ilícito em ambas as esferas. Assim, caso haja coincidência entre as causas permissivas de demissão por justa causa e o fato tipo previsto na legislação penal, haverá congruência das esferas sancionatórias. (NASCIMENTO, 2011. p. 344).

Apesar da Justiça do Trabalho não ter competência para julgar os crimes contra a organização do trabalho, há corrente doutrinária que, especialmente após a reforma realizada pela Emenda Constitucional n. 45, busca essa atribuição à Justiça especializada, interpretando de forma ampliativa a competência para decidir as controvérsias oriundas das relações de trabalho (NASCIMENTO, 2011). Contudo, essa não é a posição que restou consolidada.

Assim, a competência para julgar tais crimes será da Justiça Comum, seja a da Jurisdição Estadual ou da Jurisdição Federal, como analisaremos no tópico seguinte. Neste, o que é interessante verificar são as causas comuns de incidência dos aparatos sancionatórios das duas esferas, ou seja, as causas de justa causa que também podem configurar um fato criminoso.

A Justa Causa no direito de trabalho (aqui objetivamente importante é a justa causa do empregado) é a conduta do empregado que enseja a rescisão do contrato pelo empregador motivado pelo lesão à relação trabalhista realizada por esta conduta. Para Nascimento, Justa Causa “é a ação ou omissão de um dos sujeitos da relação de emprego, ou de ambos, contrária aos deveres normais impostos pelas regras de conduta que disciplinam as suas obrigações resultantes do vínculo jurídico”.

O Brasil adota um sistema taxativo de justa causa, enumerando em rol fixo as

causas que admitem a demissão justificada do trabalhador no artigo 482 da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT). Entre as hipóteses previstas no artigo, a relação com o processo penal se estabelece de forma mais nítida no inciso “d” que permite a demissão quando há condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena. Neste caso a demissão ocorre especialmente por absoluta impossibilidade do exercício do dever laboral com o cumprimento da pena, embora na atualidade a tendência de reduzir os casos de encarceramento como medida de política criminal possa relativizar a situação.

Contudo, o que mais interessa à nossa análise são os demais incisos que podem ser verificados quando há ocorrência de um tipo penal ainda não julgado. Os mais comuns casos que permitem a justa causa pelo cometimento de crimes são o ato de improbidade da alínea “a” (como, por exemplo, no caso do cometimento de furto dentro do ambiente de trabalho); os atos de insubordinação da alínea “h”; a alínea “j” que trata das ofensas físicas (exemplificando, no caso de lesão corporal do trabalhador contra seu superior); entre outros casos.

Estes atos do trabalhador que ensejam a rescisão contratual por justa causa certamente não aguardam o trânsito em julgado da decisão, até mesmo por que nesses casos bastaria a incidência da alínea “d” anteriormente tratada. Além disso, é princípio regente da sanção trabalhista realizada a imediatidade da resposta sancionatória. De acordo com Nascimento (2011, p. 1212), “há *uma norma geral*: a rescisão deve ser imediata à justa causa praticada”. Enquanto no Brasil esta é uma regra apontada pela doutrina e aceita pela jurisprudência¹³, em outros países há previsão normativa específica. Assim, não havendo a resposta conclusiva no Processo Penal, qual a relação que se estabelece entre o ilícito penal e a sanção trabalhista?

Como apresentado anteriormente e reforçado pela doutrina majoritária, as esferas de atuação são absolutamente independentes, não sendo necessário que o empregador aguarde o demorado processo penal para que haja a demissão por justa causa. Contudo, apresentamos aqui uma conexão entre as esferas de atuação que é

13 AC. de 12-6-1958, TST, 3ª T., RRev 287/58, Rel. Hildebrando Bisaglia.

ignorada pela doutrina. O processo penal, por mera coincidência linguística ou não, também possui o elemento da justa causa. Nesse caso, a justa causa do processo penal é considerada pela doutrina majoritária como uma quarta condição da ação, específica do processo criminal, e que busca evitar que haja mobilização do aparato criminal em situações em que não haja um mínimo de elementos probatórios suficientes para seu movimento.¹⁴

A partir da reforma realizada pela lei 11.719 de 2008 a Justa Causa foi expressamente exposta como uma das condições da ação do processo penal, dando ensejo a sua ausência à rejeição da denúncia oferecida, como apresenta o artigo 395, inciso III do Código de Processo Penal. O reconhecimento da carência de elementos probatórios mínimos, ou seja, os indícios da autoria do delito e a prova da materialidade são capazes de interromper precocemente o regular desenvolvimento do processo penal por reconhecer temerário e indevido frente ao direito constitucional da presunção de não culpabilidade.

Assim, se não há Justa Causa penal para o início do processo pela ausência de recursos mínimos de prova capazes de romper com a presunção de inocência e permitir o início do processo penal, haveria a possibilidade do empregador ainda assim realizar a rescisão por justa causa? Acreditamos que não. Vale destacar que a presença da justa causa penal é uma garantia mínima destinada à afastar o uso temerário do maquinário processual penal. A mesma garantia deve ser destinada ao trabalhador, quando se reconhecer a ausência de provas da autoria e da materialidade do fato imputado como motivador da demissão. A estabilidade e manutenção do vínculo trabalhista não deve ser rompido de forma arbitrária.

Não se trata aqui de condicionar a demissão da Justa Causa à conclusão do Processo Penal. Contudo, nas situações em que o fato ensejador do fim do vínculo trabalhista seja também um fato tido como crime, uma vez que haja inafastabilidade da jurisdição criminal que irá funcionar a partir da denúncia, se esta atuação for afastada pela manifesta ausência do mínimo de requisitos para seu início quanto à materialidade e autoria, dificilmente haverá justa causa para a demissão do trabalhador. Como compatibilizar então tais situações?

14 Cf.: SILVA JÚNIOR, 2012; LIMA, 2011; TÁVORA, 2012.

Como já apontado, o direito de sanção do empregador deve ser exercido de forma imediata, sob pena de que seja considerada perdoada uma falta conhecida e não punida. (MARANHÃO, 1966). A única solução previsível seria a revisão da demissão por justa causa pelo poder judiciário, exigindo, contudo, a mobilização do trabalhador demitido que nem sempre possui o conhecimento técnico da sua situação judicial.

Como crítica *lege ferenda*, caberia ao legislador implementar dispositivo que, nas situações de comunhão das esferas jurídicas em razão de conduta que enseja a sanção penal e a sanção da demissão justificada, determinar um afastamento cautelar do trabalhador até, pelo menos, o oferecimento da denúncia e sua regular aceitação. Apesar de soar estranho esse condicionamento, a jurisprudência em situações análogas vem assim se consolidando. Nos casos dos delitos contra a ordem tributária, por exemplo, já se exige que haja lançamento definitivo do tributo para a mobilização do aparato penal. Além disso, a sentença definitiva do processo penal pode gerar um direito ao indivíduo de ter sua demissão revista, nos casos de reconhecimento da absolvição pela inexistência do fato ou pela não participação na conduta, por exemplo.

É certo que a posição sustentada enfrenta diversas ressalvas. Especialmente em razão de que se o direito penal é a *ultima ratio* do Estado, acaba por exigir de forma muito mais completa os elementos para sua incidência quanto à materialidade e autoria. Assim, por exemplo, uma conduta que não importe ao direito penal por ausência de tipicidade material ao ter reconhecida na denúncia a presença do princípio da insignificância pela mínima ofensa a um bem jurídico (v.g. o furto de um cartucho de impressora¹⁵); por outro lado poderá permitir a demissão por justa causa pela quebra da confiança do empregador para com o trabalhador. Contudo, ainda nesses casos deverá haver cautela na apuração dos fatos.

A absoluta independência das esferas jurídicas, quanto à incidência do direito penal, vem sendo cada vez mais um dogma rompido. A própria compreensão do direito em “disciplinas” vem sendo reconhecida como meramente acadêmica e organizatória. O direito e o sistema jurídico é uno, e assim as respostas devem ser aplicadas de formas congruentes e harmônicas, independentemente das esferas de

15 STF, RHC 106731/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski.

atuação. Não significa que o direito penal estará condicionado ao direito trabalhista, ou este àquele. Mas as decisões nas esferas não podem ser obtusamente contraditórias, reconhecendo em uma o que a outra afasta.

5.2. Ação Civil *Ex Delicto* nos Crimes do Código de Defesa do Consumidor

Como visto anteriormente, a lesão causada a um bem jurídico protegido pela norma penal incriminadora pode atingir diretamente um bem que também é protegido com uma resposta adequada por outro ramo jurídico. (PACELLI, 2011). A maior parte da doutrina restringe-se a traçar uma relação entre estas respostas a partir da incidência da chamada *ação civil ex delicto* quando é possível identificar na lesão causada pela conduta criminosa uma ofensa a um direito subjetivo individual. (PACELLI, 2011). Data venha, não nos parece adequado este raciocínio. O direito à reparação civil do dano causado por uma conduta delituosa independe da natureza do direito lesado. O sistema jurídico deve adaptar-se para que, ainda que o direito ofendido não seja exclusivamente individual, seja possível a reparação da lesão.

A razão da existência dessa ação reparatória está na limitação das funções da pena. Superado o embate entre a teoria puramente absoluta ou retributiva, que apenas reconhece à sanção penal a finalidade de punição ao mal injusto causado, com a teoria puramente utilitária com o reconhecimento da pena como forma de prevenção geral ou específica, resta consolidada na doutrina que a função da pena é conciliatória, combinando o aspecto punitivo com o preventivo. (CAPEZ, 2011). Contudo, a sanção penal como função binária não satisfaz um terceiro aspecto que surge ao ocorrer uma lesão a um bem jurídico, e, talvez, o aspecto mais relevante: a restauração ou recuperação do bem lesionado. Pela falibilidade da sanção penal nesta terceira função é que surge o interesse e a resposta por outros ramos do direito, especialmente na ação civil reparatória.

O direito penal consolidou suas premissas sob um aspecto e ideologia liberal de direitos, como já anotado anteriormente. Desta forma, o direito penal, inicialmente, apenas preocupou-se em tutelar direitos individuais, especialmente os relacionados à vida objetivamente e ao patrimônio. Contudo, recentemente o rompimento do paradigma exclusivamente liberal do direito penal permitiu que sua proteção se

estende-se para outros bens jurídicos, alcançando os novos anseios sociais na proteção de bens meta-individuais. Esta é justamente o fundamento da crítica que se faz ao Direito Penal das duas Velocidades, de Silva Sánchez, em razão da proteção superior que sua teoria infringe aos direitos individuais, e a flexibilização que aplica à proteção dos direitos coletivos. Neste sentido, Gunter Stratenwerth constrói proposta que busca destinar o Direito Penal à proteção de contextos da vida em sociedade, baseado nas ideias de Hassemer sobre a estrutura social e sua relevância, critica um direito penal baseado nas ideias antropocêntricas e incentiva sua evolução para a proteção de relações sociais, ou seja, de interesses supraindividuais. (FERNANDES, 2001).

Esta evolução do direito penal é, por sua vez, paralelamente compatível com uma reformulação que o direito civil e o processo civil também passam. Ambos os fenômenos decorrem de uma constitucionalização do direito infraconstitucional estabelecida, especialmente, após a Constituição Federal de 1988. No aspecto civil e do processo civil, a revolução provocada com a tutela coletiva se consolidou com a Carta Magna, especialmente pela superação do entendimento de que o direito civil restringe-se ao aspecto patrimonial, colocando como determinante a proteção da personalidade e da dignidade humana, seja no aspecto individual, seja no aspecto coletivo. (DIDIER; ZANETI JÚNIOR; 2010).

A revolução estabelecida no processo civil tem como razão política, em destaque, a busca pelo acesso à Justiça, como resposta do ordenamento às novas motivações sociais de hipercomplexidade da realidade e novas formatações de relações e interações sociais. (DIDIER; 2010). Assim, estabeleceu-se um microsistema jurídico, em decorrência de uma irradiação constitucional, que é formado basicamente por diversos diplomas legais e normas implícitas e explícitas de retro referência, incluindo a Lei 7.347 que regulamenta a Ação Civil Pública, a lei 8.078 que estabelece o Código de Defesa do Consumidor, além de outras leis como o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estatuto do Idoso, a Lei de Improbidade Administrativa, entre várias.

Com a tutela coletiva dos direitos permitida tanto na perspectiva penal, com a proteção de bens coletivos e tipificação de condutas violadoras de interesses transindividuais, e também a partir da modificação do sistema processual civil no

sentido de permitir a proteção destes mesmos bens, pelo funcionamento do microssistema de direitos estabelecido entre os diversos diplomas legais, não há como se visualizar uma contradição entre a esfera penal e extrapenal na proteção dos direitos coletivos.

Desta forma, de pronto é possível afastar qualquer incompatibilidade aparente entre o instituto da ação civil reparatória de lesão e sua incidência sobre os casos em que a conduta penalmente relevante ofende bens jurídicos transindividuais. Contudo, é necessário aprofundar a investigação para verificar a compatibilidade dos institutos desta ação civil reparatória com a nova realidade e proteção que deve conferir ao bem jurídico. Este aprofundamento deve envolver tanto a análise dos dispositivos legais, quanto a interpretação realizada pela doutrina e jurisprudência.

Para a regulamentação da ação civil *ex delicto*, tanto o Código Penal quanto o Código Civil, além de outros diplomas normativos, apresentam dispositivos que estabelecem uma compatibilização primária entre as esferas jurídicas. A doutrina aponta para a existência de diversos sistemas que interligam as esferas civis e penais, e estabelece que no Brasil firmou-se o sistema da independência relativa ou mitigada das instâncias, em que em regra há uma autonomia da atuação das esferas e suas devidas respostas, e apenas nas hipóteses elencadas haverá uma subordinação à decisão alheia.

Cabe estabelecer, ainda que de forma sucinta, esta subordinação compreendida pela legislação pátria e pela doutrina. De acordo com o estabelecido no artigo 63 do Código de Processo Penal, a ação condenatória faz coisa julgada na esfera civil. Para maior efetivação deste dispositivo, duas inovações legislativas são acrescentadas: o juízo criminal passa a ter que fixar o valor mínimo de reparação dos danos causados pela infração na própria sentença penal, estabelecido pela lei 11.719 de 2008; bem como o reconhecimento da sentença penal condenatória transitada em julgado como um título executivo judicial (incluído no artigo 475-N do Código de Processo Civil pela lei 11.232 de 2005).

Outra situação que tornará a sentença penal vinculante à aferição na esfera civil é estabelecida por uma interpretação *a contrario sensu* do que dispõe o artigo 66 do Código de Processo Penal, ou seja, a de que quando houver o juízo criminal categoricamente reconhecido a inexistência material do fato ou da autoria, somando-

se pela doutrina o reconhecimento da não autoria do fato, o juízo civil não poderá decidir de forma diversa.

Por fim, o artigo 65 do Código de Processo Civil é cristalino ao determinar que nos casos que é afastada a ilicitude da conduta, haverá coisa julgada para o juízo civil.

Depreende-se da análise dos dispositivos acima que a sistemática estabelecida pelo Código de Processo Penal e dispositivos correlatos estabelece que haverá extensão da coisa julgada criminal ao juízo civil baseada não em razão do seu resultado (condenação ou absolvição), mas em razão do fundamento.

Quando houver um juízo de certeza ou de verossimilhança entre os fundamentos da sentença e seu resultado (condenação ou absolvição), o Código de Processo Penal admite uma extensão da coisa julgada criminal ao juízo civil, especialmente fundada na profundidade da averiguação dos fatos que ocorre na competência criminal. Por sua vez, quando este juízo não for tão robustecido, especialmente nos casos em que o princípio da presunção de não culpabilidade determina a sentença penal, não será possível tal extensão.

Mesmo no caso da previsão acerca da legítima defesa, é possível estabelecer que quando esta sentença for baseada em um juízo de certeza, afastará a extensão da coisa julgada. Quando não for possível atingir esta convicção, não haverá tal extensão.

Traçado tais apontamentos sobre esta compatibilidade, é válido estabelecer que, com o advento da proteção coletiva dos direitos no âmbito civil, o microssistema de tutela dos direitos transindividuais trouxe dispositivo próprio para estabelecer esta relação entre a sentença do juízo criminal e a verificação no juízo civil. O artigo 103, §§ 3º e 4º do Código de Defesa do Consumidor prescrevem:

Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:

§ 3º Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei nº 7.347 de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99.

§ 4º Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória

Por sua vez, o artigo 16 da Lei 7.347 estabelece:

Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

Os efeitos da coisa julgada penal sobre a ação civil coletiva é regulado pelo §4º, que faz remissão ao seu anterior. No §3º, de acordo com a doutrina o dispositivo legal dispõe o que se convencionou chamar de transporte *in utilibus* da coisa julgada coletiva.

Neste sentido, haverá o beneficiamento para as vítimas quando a sentença for favorável aos seus interesses. Esta é a principal distinção estabelecida pela sistemática do CDC. Assim, difere da sistemática apresentada pelo Código de Processo Penal quando aponta haver o transporte da coisa julgada em razão do resultado da sentença criminal: se condenatória, é extensível ao âmbito civil por ser de interesse da vítima do evento danoso; se absolutória não é extensível, permitindo ainda assim a reparação.

Por certo que esta previsão legal é extremamente mais benéfica aos interesses da vítima. Contudo, esta interpretação deve ser adequada. A qualificação do indivíduo enquanto vítima de um evento danoso não se confunde com sua categorização como vítima de um fato criminoso. A distinção é nítida: nem todo evento danoso configura um crime ou é juridicamente percebido como tal. Neste sentido, esta interpretação demasiada ampla do dispositivo legal poderia conduzir a situações pouco plausíveis, ao permitir que em qualquer processo criminal que aborde crimes com a proteção à bens jurídicos coletivos (*lato sensu*) a matéria decidida no campo penal fosse rediscutida no aspecto civil, ainda que haja um juízo de certeza robustecido sobre a ausência do fato.

Desta forma, a melhor interpretação que é aplicável ao dispositivo do CDC é a que exclui sua incidência nos casos de crimes contra vítimas determinadas. Nestas situações, aplica-se a estrutura estabelecida no Código de Processo Penal, havendo transporte em razão da fundamentação da sentença, impedindo a rediscussão da matéria no aspecto civil quando, por exemplo, ocorrer a absolvição por negativa da autoria. (ARAÚJO FILHO, 2000).

Por sua vez, a incidência do dispositivo do CDC ocorrerá quando tratar-se de crimes que ofendam coletividades abstratas, ou seja, os crimes que o sujeito passivo não seja identificável diretamente no processo criminal. Nestas situações, identificadas com a “espiritualização” dos bens jurídicos, o transporte *in utilibus* estará de acordo com os princípios do processo coletivo, sem ofender aos cânones do direito processual penal.

A responsabilização penal exige, via de regra, a individualização do sujeito autor do fato criminoso, sua identificação enquanto indivíduo. Apenas excepcionalmente admite-se a responsabilização de pessoas jurídicas, restrito àquelas situações autorizadas constitucionalmente, como nos casos de crimes ambientais. (LIMA, 2011).

Mesmo nestas situações em que é possível a responsabilização criminal de pessoas jurídicas, a jurisprudência do STJ vem sinalizando para a consolidação da Teoria da dupla imputação. Neste sentido:

Ação penal contra pessoa jurídica por crime ambiental exige imputação simultânea da pessoa física responsável- Responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais é admitida desde que haja a imputação simultânea do ente moral e da pessoa física que atua em seu nome ou em seu benefício, já que não se pode compreender a responsabilização do ente moral dissociada da atuação de uma pessoa física, que age com o elemento subjetivo próprio.¹⁶

Este e outros aspectos tornam a configuração da responsabilização penal muito mais exigentes de ocorrer, em razão de diversas garantias penais e processuais penais que se estabeleceram, inclusive que ganharam contorno constitucional como direitos fundamentais. A inafastabilidade dessas garantias ao processo penal decorre da evolução dogmática das disciplinas ao longo dos últimos tempos, sendo verdadeiras conquistas que buscam estabelecer a proteção ao indivíduo e aos seus direitos, especialmente em uma perspectiva individual.

Contudo, estes mesmos elementos que funcionam como garantias ao processo penal não podem representar obstáculos ao processo coletivo. Desta forma, não incidem sobre a tutela coletiva de direitos, não com o intuito de prejudicar direitos

individuais de determinadas pessoas, mas com o objetivo de tornar a defesa dos direitos da coletividade mais eficiente. Assim, na configuração da responsabilização civil de danos coletivos, com o objetivo de buscar a reparação das lesões praticadas, outros princípios são destacáveis, tais como o acesso à justiça e o princípio do máximo benefício da tutela jurisdicional coletiva que implica no transporte *in utilibus* da coisa julgada.

Neste diapasão, há casos em que a coletividade abstrata é atingida de uma determinada maneira, despertando a atuação do aparelho processual penal e da tutela coletiva dos direitos no campo extrapenal. Contudo, nestas situações, algumas garantias processuais penais poderão impedir o reconhecimento da responsabilização penal, como no caso da necessidade de individualização do sujeito ativo do crime, *supra* citada, havendo o reconhecimento da negativa da autoria do crime.

Esta garantia não incide sobre a tutela coletiva dos direitos, ou não na mesma dimensão que incide no processo penal, e por isso, a coisa julgada penal não deve surtir efeitos neste campo. Por essa razão é que se justifica o transporte apenas *in utilibus* da coisa julgada penal para a tutela desses direitos coletivos. (ARAÚJO FILHO, 2000).

Assim, quando uma conduta lesiva configurar fato criminoso e ofensa aos direitos difusos, a ação reparatoria deverá seguir a disposição do CDC que determina a extensão *in utilibus* da coisa julgada. Nestes casos, ocorrendo a sentença condenatória no campo penal, bastará às vítimas procederem a liquidação no civil sob as seguintes condições: comprovar que foram vítimas do evento danoso, vez que no processo penal estas não são identificadas; provar o valor do seu prejuízo, salvo nos casos em que a própria sentença condenatória, por prudência do juízo criminal, tenha estabelecido o valor mínimo suficiente à reparação (art. 63, parágrafo único, c/c art. 387, IV, ambos do CPP).

Apesar do dispositivo que permite esta extensão estar compreendido no CDC, pelas razões já expostas de formação do microssistema normativo de tutela dos direitos difusos, sua aplicabilidade a outras situações de proteção a direitos difusos é totalmente compatível com a legislação pátria.

Neste sentido, é possível a aplicação desse dispositivo para os crimes previstos

no CDC e em outros diplomas, desde que sejam tipos penais praticados em face de coletividades, como, por exemplo na legislação de crimes ambientais (Lei 9.605/1998), nos crimes sobre a poluição de qualquer natureza (art. 55, *caput*). (ARAÚJO FILHO, 2000). Possível também no Estatuto do Idoso (Lei 10.741/03), no crime de depreciação à imagem do idoso (art. 105), entre outras figuras.

Por fim, cabe destacar que, em regra, o Ministério Público não possui legitimidade para a propositura das ações reparatórias em razão de fato criminoso. A doutrina aponta que a previsão contida no artigo 68 do Código de Processo Penal, que autoriza o Ministério Público a ingressar com a ação civil reparatória ou efetivar a execução da sentença condenatória quando o titular do direito for pobre, foi revogado tacitamente com a Constituição de 1988 que estabeleceu a Defensoria Pública (Pacelli, 2011).

Neste sentido, o STF reconhece uma possibilidade de legitimidade do *parquet* que decorre do reconhecimento de uma inconstitucionalidade progressiva do dispositivo. Esta é uma solução utilitarista dada pela Suprema Corte, com o objetivo de evitar situações de injustiça no reconhecimento da inconstitucionalidade do artigo, em razão de que a Defensoria Pública, órgão legitimado, não encontra-se estruturado e estabelecido em todas as unidades federativas do país.

Outrossim, na hipótese lesão a vítimas individualizáveis (direitos individuais homogêneos), e quando poucos legitimados ingressarem com a liquidação individual, com o intuito de evitar o enriquecimento ilícito, é cabível a reparação fluida (*fluid recovery*) a ser realizada em liquida autônoma, tendo o STJ reconhecido a legitimidade do Ministério Público nesta atribuição, conforme o Informativo 499:

A liquidação do valor devido em execução de ação coletiva realizada com base no art. 100 do CDC – nos casos em que os beneficiários são identificados, e a obrigação objeto da decisão é passível de individualização – deve ser realizada por arbitramento, considerando cada um dos contratos. [...] De início, a Turma, por unanimidade, reconheceu a legitimidade do MP para a liquidação e execução de forma subsidiária, quando inertes os beneficiários da decisão em ação civil pública, conforme previsto no art. 100 do CDC. Quanto aos outros pontos, o Min. Antonio Carlos Ferreira, no voto-desempate, consignou que deve ser utilizado o instituto da reparação fluida (*fluid recovery*), diante da decisão judicial que pode ser individualmente executada, mas com a inércia dos interessados em liquidá-la. Caso isso não fosse possível, correria o risco de haver enriquecimento indevido do causador do dano. [...] **REsp 1.187.632-DF, Rel. originário Min. João Otávio de Noronha, Rel. para acórdão Min. Antonio Carlos Ferreira, julgado em 5/6/2012.**

Com este mesmo fundamento, evitar que haja enriquecimento ilícito por parte do autor da lesão, é possível encontrar respaldo para a legitimidade do Ministério Público (e dos demais legitimados legais) para promover a liquidação da sentença penal condenatória nas situações em que houver o reconhecimento da responsabilidade penal do indivíduo em razão de lesão a bens jurídicos difusos, ou seja, aqueles cuja vítima direta não é identificável.

Nos casos em que há condenação, a sanção aplicada não necessariamente será reversível à reparação do dano, como nos casos das multas. Tampouco a privação de liberdade, sanção máxima no ordenamento, é capaz de realizar esta necessidade. Desta forma, deve ser possível a extensão *in utilibus* da sentença condenatória para permitir que os legitimados legais executem a sentença em benefício da reparação do dano causado. Por outro lado, a absolvição no campo penal não deve impedir que estes mesmos legitimados ingressem com ações próprias de reparação.

5.3. Responsabilização do Estado no cenário internacional e a ação reparatoria desvinculada da sorte do processo penal

A última conexão que estabelecemos entre o processo penal e os direitos humanos, sem o objetivo de esgotar este tema, diz respeito às situações de responsabilização do Estado pelas cortes internacionais, em razão de violações à direitos humanos, ainda que haja processo penal com coisa julgada no ordenamento pátrio.

Quando ocorre um fato definido como crime, e o aparelho estatal não realiza a resposta adequada, surge na sociedade um sentimento de impunidade. Esta impunidade pode ser de diversas naturezas, em diversos momentos. A impunidade de fato pode ocorrer em razão da ausência de denúncias de crimes; a impunidade investigativa pela falha das autoridades em colher evidências; pode ocorrer ainda impunidade pela sobrecarga da justiça penal; outra forma é a por falha do sistema normativo, que cria formas de impunidade e escusas processuais; ainda é possível verificar a impunidade em decorrência de atos criminosos contra o processo, como no

uso de meios de coação dos participantes do processo, ou de corrupção dos envolvidos. (GUTIÉRREZ, 1991).

A impunidade é um problema estrutural que desperta uma complexa análise sociológica crítica do direito penal¹⁷, que conduz a uma perda de credibilidade da justiça e desperta a desconfiança das pessoas nas instituições estatais. A comunidade internacional desperta para a relevância deste tema e, por diversos instrumentos típicos e atípicos busca combater a impunidade. (AMBOS, 2004).

Desta forma, surge no direito internacional um movimento complexo de mecanismos que buscam evitar a impunidade, incluindo nesta perspectiva a responsabilização do Estado perante órgãos internacionais, em razão desta prática reprovável. Este movimento inclui a relevância da responsabilização dos Estados pelas violações de direitos humanos e pela impunidade. O sistema coletivo de responsabilização dos Estados baseia-se na necessidade da integração das nações que compartilham de uma responsabilidade objetiva no respeito aos direitos humanos. (DEZEM, 2006).

Entre as principais manifestações deste movimento, estão a busca da verdade sobre as pessoas desaparecidas e as comissões da verdade, que funcionam enquanto medidas de reparação dos direitos humanos. Destaca-se também algumas formas psicológicas e simbólicas de reparação da lesão à direitos humanos, como as retratações e desculpas públicas, construção de monumentos em memória, a instituição de políticas transformadoras, entre outras. (AMBOS, 2004).

Em destaque, entre as formas de redução das lesões sofridas na ofensa à um direito humano, a indenização patrimonial tem se mostrado instrumento constante e de grande utilidade usado pelos órgãos internacionais. Neste sentido, a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos tem, inclusive, estabelecido parâmetros para fixação das indenizações. (FIORATI, 1995).

Ocorrendo a impunidade, as vítimas não possuem nenhuma satisfação de tipo jurídico-penal, e pelo menos devem ser respeitados os seus sentimentos, fora do processo penal, com uma medida adequada contra os culpados. A indenização é uma destas formas de reparação. (AMBOS, 2004).

17 CF. HASSEMER, Windfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

Neste sentido, os órgãos internacionais, como por exemplo a Corte Interamericana de Direitos Humanos, estabelecem que é necessário o esgotamento dos recursos internos, a fim de verificar que houve em verdade a tentativa de reparação da violação pelo ordenamento jurídico local, como estabelece o artigo 46, 1, “a” do Pacto de São José da Costa Rica.

Por sua vez, a própria Corte Interamericana, atenta às diversas formas de impunidade existentes, incluindo aquelas que se realizam pela demora injustificada da solução processual penal, ou resistência ao andamento regular do processo, na Opinião Consultiva 11/90 ampliou a interpretação do dispositivo para incluir a possibilidade de seu funcionamento em três situações: 1) quando não existir, na legislação interna do Estado de que se tratar, o devido processo legal para a proteção do direito ou direitos que se alegue tenham sido violados; 2) quando não se houver permitido ao presumido prejudicado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido ele impedido de esgotá-los; e 3) quando houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos.

Neste sentido, o reconhecimento de uma grave violação à direitos humanos e a consequente reparação, incluindo-se nesta a indenização, podem ocorrer no ordenamento internacional mesmo ante a inércia do Estado em processar os acusados, ou de outras formas de impunidades. A reparação a partir da ótica internacional é, para a vítima e seus familiares, um importante instrumento de justiça. Além disso, possui um forte caráter pedagógico que conduz as instituições à atuarem de forma mais eficiente no desenvolvimento de suas atribuições. Assim, este mecanismo é uma verdadeira ação civil reparatoria proveniente do direito internacional.

Uma crítica antecipada a este raciocínio pode ser levantada: nas ações civis *ex delicto* propriamente ditas, quem será obrigado a pagar a indenização é o próprio autor do fato criminoso, ou ainda o terceiro responsável. Por sua vez, no cenário internacional, a representação e responsabilização recai sobre a União, nos termos do artigo 21, I da Constituição e de dispositivos semelhantes em tratados internacionais que vedam a alegação da cláusula de federação para o Estado se eximir da responsabilização.

Em razão disto, questiona-se se a responsabilização do Estado ao invés da

obrigação imposta ao autor do crime seria apta à desconfigurar a natureza desta indenização.

Em resposta, sustentamos que apesar da responsabilização recair sobre o Estado, o fato gerador desta é, em verdade, a violação ao direito humano ocorrido e ausência de reparação realizada pelo Estado. Além disso, a natureza da indenização é de uma forma de satisfação e reparação à vítima e/ou aos seus familiares, e não uma sanção imposta ao autor da conduta.

Da mesma forma que autoriza-se a propositura da ação civil em face do terceiro responsável, com a consequente obrigação deste em indenizar a vítima, sem que isto descaracterize a natureza ressarcitória da demanda (PACELLI, 2011); a responsabilização do Estado não transforma a razão da lide, permitindo ser reconhecida como uma ação reparatória, decorrente do direito internacional.

Para a vítima e os familiares, insatisfeitos com a impunidade decorrente do fato criminoso que violou os direitos humanos dos envolvidos, a indenização é uma forma de minimização dos danos. Para estes, independe quem será o responsável por arcar com esta reparação, desde que lhes sejam permitido este mínimo de dignidade e credibilidade sobre os sistema. Da mesma forma que o anseio por justiça contra o autor não se satisfaz no pagamento da indenização, o seu recebimento, ainda que proveniente de outra fonte não descaracteriza seu objetivo de reduzir os danos e reparar a lesão causada.

A reparação feita por meio dos órgãos internacionais são uma verdadeira ação civil *ex delicto* internacional (ação reparatória internacional) que configura um rompimento da vinculação desta ação com o resultado do processo penal: independe da condenação ou absolvição. Na verdade, independe até mesmo da existência e do início do processo penal no ordenamento interno.

6 CONCLUSÃO

O acontecimento de um evento crime faz surgir na sociedade diversos anseios, reparatórios, sancionatórios, reivindicatórios, de proteção, entre outros. Diante desta complexidade que se apresenta, o Processo Penal é um primeiro mecanismo de

satisfação a alguns destes anseios. Apesar de direcionado à aplicação de uma penalidade, o processo penal serve, ainda, para dar legitimidade a esta sanção e proteger o acusado de violações de seus direitos por meio do Estado e do anseio social por justiça.

Por sua vez, os direitos humanos são, em um cenário global, tema de relevante debate e evolução ao longo das últimas décadas. O seu reconhecimento derivou, especialmente, da verificação de que sua violação é repudiável independentemente do contexto social, cultural e econômico que se insere. A universalização dos direitos humanos representa justamente esta característica.

Tanto o Processo Penal quanto os Direitos Humanos versam, em regra, sobre as mesmas situações e realidades sociais: se apresentam nos momentos de fragilidade das normatizações jurídicas, de desrespeito ao ordenamento, situações de violações aos valores e interesses sociais e individuais. Esta íntima vinculação, contudo, deve ser aprofundada. O estudo do processo penal deve ser, sempre, direcionado à satisfação dos direitos humanos, a sua realização e garantia. O processo penal que apenas se mostra útil ao controle social, à imposição de sanções sob um pseudo-caráter de efetividade não coaduna com o contexto constitucional de convergência dos institutos jurídicos à garantia da dignidade da pessoa humana.

Neste íterim, a reaproximação do processo penal com os direitos humanos permite a releitura de diversos institutos. Inicialmente destaca-se a capacidade do processo penal em realizar uma defesa ao núcleo dos direitos humanos, uma proteção ao mínimo existencial daquele que é acusado de um crime e submete-se ao forte braço do Estado acusador. Esta capacidade reconhecida passa a ser o norte que o Processo Penal deve tomar em sua evolução doutrinária, legal e jurisprudencial, para realização da dignidade humana.

Em seguida, é reconhecido no Processo Penal um determinante direito posto em cheque: a liberdade. Neste sentido, as possibilidades de restrição à liberdade de forma antecipada, ou seja, no curso do Processo Penal são analisadas diante da nova legislação em vigor. Apesar de representar um salto evolutivo direcionado à proteção dos direitos humanos, a legislação precisa ser complementada e desenvolvida. Neste trabalho é determinante o papel da jurisprudência, que desde o início deve realizar

interpretações e aplicações que melhor garantam e defendam os direitos fundamentais envolvidos e expostos em uma ação penal.

Esta interação entre o Processo Penal e os direitos humanos se aperfeiçoa com a investigação da importância do direito internacional no ordenamento jurídico, e as consequências ao processo. O ordenamento internacional se mostra capaz de suprir carências e falhas do processo interno, contribuindo tanto para a mudança de institutos como a reparação civil, que são ampliados, abarcando situações anteriormente afastadas; quanto realizando, por si mesmo e por meio dos instrumentos internacionais a satisfação desta forma de reparação da lesão, ou redução de suas consequências, especialmente quando diante de grandes violações de direitos humanos.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Derecho y razón práctica*. 2ª reimpresión, corregida. Colonia del Carmen: Biblioteca de Ética, Filosofía del derecho y política, 2002.

AMBOS, Kai. Impunidade por violação dos direitos humanos e o direito penal internacional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. RBCCrim 49/48. jul.-ago./2004.

ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BASTOS, Cleunice A. Valentim. MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Defesa Penal: direito ou garantia. *Revista brasileira de ciências criminais*. RBCCrim 4/10. out.-dez./1993. IN *Doutrinas essenciais Processo Penal*. Vol. 1. p. 266

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. Vol. 1. Parte Geral (arts. 1º a 120). 15ª ed. - São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Almedina: Coimbra, 2002

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

DEZEM, Guilherme Madeira. A corte interamericana de direitos humanos: procedimento e crítica. *Revista dos Tribunais*, RT 844/11, fev./2006.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil, volume 4**: processo coletivo. 6. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2010.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo; Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. São Paulo: RT, 2011.

FERNANDES, Paulo Silva. Globalização, “sociedade de risco” e o futuro do direito penal. Coimbra: Almedina, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FIORATI, Jate Jane. A evolução jurisprudencial dos sistemas regionais internacionais de proteção aos direitos humanos. Revista dos Tribunais, RT 722/10, dez./1995.

GARCIA, Maria. Fundamentalidade e direitos fundamentais. Revista de Direito Constitucional e Internacional RDCI / p. 769. abr.-jun./2002.

GUTIÉRREZ T., Gabriel. Reflexiones sobre la impunidad. Consejería Presidencial de los Derechos Humanos: justicia, derechos humanos e impunidad. 2.ed. Bogotá, 1991.

GRINOVER, Ada Pellegrini . Influência do código de processo penal para Ibero-América na legislação latino-americana. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 1, p. 41-63, 1993.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal / Luigi Ferrajoli ; tradutores Ana Paula Zomer ... et al. ; colaboradores Alexis Augusto Couto de Brito et al.. - 3. ed. rev. ampl com introdução e índices onomástico e analítico. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

HADDAD, C. H. B. Conteúdo e contornos do princípio contra a autoincriminação. Campinas: Bookseller, 2005.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal / Renato Brasileiro de Lima. - Niterói: Impetus, 2011.

MARANHÃO, Délio. *Direito do trabalho*. Rio de Janeiro, FGV, 1966.

MARQUES, José Frederico; FERRARI, Eduardo Reale. Elementos de direito processual penal. Campinas, SP: Millennium, 2009. V.1.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocencio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MEYER-PFLUG, RIBEIRO. (VERIFICAR TÍTULO DO ARTIGO). *In* Direito constitucional internacional dos direitos humanos / Alexandre Coutinho Pagliarini, Dimitri Dimoulis coord.. - Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 277.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Revista de Processo. RePro 86/196 abr.-jun./1997. *In* Teoria Geral do Processo Penal. Org. Guilherme de Souza Nucci, Maria Thereza Rocha de Assis Moura. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2012. Coleção Doutrinas Essenciais: Processo Penal; v.1.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 344

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal / Eugênio Pacelli de Oliveira. - 14. ed. rev. e atual. - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal / Eugênio Pacelli de Oliveira. - 16. ed. - São Paulo: Atlas, 2012.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos / coordenadora Flávia Piovesan; colaboradores Andréa Vulcanis. - 1. ed. - Curitiba: Juruá, 2007.

SEMER, Marcelo. Direito Penal e Direitos Humanos: uma história de paradigmas e paradoxos. Revista Brasileira de Ciências Criminais. RBCCRIM 69/95. nov.-dez./2007.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. Curso de direito processual penal: teoria constitucional do processo penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. Reforma tópica do processo penal: inovações aos procedimentos ordinário e sumário, com o novo regime das provas e principais modificações do júri / Walter Nunes da Silva Júnior. - Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

SOUZA NETTO, José Laurindo de. **Processo penal**: sistemas e princípios. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2012.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de processo penal. - 13.ed. - São Paulo: Saraiva, 2010.

TUCCI, Rogério Lauria. Processo Penal e Direitos Humanos no Brasil. Revista dos Tribunais. RT 755/455. set./1998. In: Doutrinas essenciais Processo Penal. Vol. 1. página 864

ZISMAN, Célia Rosenthal. Os Direitos Fundamentais e os Direitos Humanos: a

fundamentalidade formal e a fundamentalidade material. In: Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos. 2009. p. 173