



UNIVERSIDADE NOVE DE JULHO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU
MESTRADO EM DIREITO

ROBERTO VASCONCELOS DA GAMA

**A MITIGAÇÃO DO DIREITO DE DEFESA E A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO
PROCESSO PENAL EM FACE DA EFICIÊNCIA JURÍDICA**

SÃO PAULO 2019.

ROBERTO VASCONCELOS DA GAMA

**A MITIGAÇÃO DO DIREITO DE DEFESA E A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO
PROCESSO PENAL EM FACE DA EFICIÊNCIA JURÍDICA**

Dissertação apresentada à Diretoria do Programa de Pós-Graduação – *Stricto Sensu* em Direito – da Universidade Nove de Julho como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito sob orientação do Professor Dr. André Guilherme Lemos Jorge.

SÃO PAULO 2019.

“A Constituição certamente não é perfeita. Ela própria o confessa ao admitir reforma. Quanto a ela, discordar, sim. Divergir, sim. Descumprir, jamais. Afrontá-la, nunca. Traidor da Constituição é traidor da Pátria. Conhecemos o caminho maldito: rasgar a Constituição, trancar as portas do Parlamento, garrotear a liberdade, mandar os patriotas para a cadeia, o exílio, o cemitério. A persistência da Constituição é a sobrevivência da democracia.”

(Ulisses Guimarães no discurso de promulgação da CF/1988)

AGRADECIMENTOS

Agradecer é o mínimo que se deve fazer por aqueles que deram sua valiosa contribuição para tornar possível a finalização desta obra. Mas, também, é tarefa inglória porque se pode, involuntariamente, olvidar do registro nominal de alguém que tenha sido tão importante quanto os outros, ainda que de forma breve e pontual, porém, decisiva para destravar o fluxo das ideias e o bom andamento da pesquisa.

Ao meu orientador e estimado amigo, professor André Guilherme Lemos Jorge, o agradecimento especial por ter endireitado minhas veredas quando isso parecia impossível no início dessa nossa jornada, quando a pesquisa estava tão submersa no universo das abstrações teóricas. Depois de apumada, a pesquisa se clarificou e tornou-se mais objetiva a proposta discutida.

Gratidão aos professores examinadores Alamiro Velludo Salvador Netto e Fabiano Augusto Martins Silveira, pela disposição na análise formal e de conteúdo desse trabalho em cada ponderação tecida, onde transmitiram valiosíssimas lições, dentre as quais, destaco que muito ainda preciso caminhar.

Aos estimados professores Marcelo Benacchio, Samantha Ribeiro Meyer-Pflug Marques e Renata Mota Maciel, pelas intervenções sempre precisas e respeitosas, tanto que levaram o autor à reflexão para tornar possível outros caminhos, sem se desviar do objeto originário da obra.

Aos amigos que Deus me concedeu o privilégio de ter conhecido nesse período precioso de duração do programa de mestrado, Filippe Soares Lizardo, Isis de Almeida Silva, Jeferson Sousa Oliveira e Mauro Gonzaga Alves Junior. Especialmente, àquela que se tornou minha melhor amiga, Viviane Almeida Curvelo, cujo zelo, carinho e educação, literalmente, cuidou e ainda cuida de todos os mestrandos e mestrandas, que me fogem as palavras para expressar a gratidão que tenho pela vida deste ser humano incrível, por tudo que ela é e, também, pelo que ela faz.

Aos meus cinco filhos que me inspiram à continuar ser quem eu sou com todas as minhas forças, Amanda, Guilherme, Pedro Henrique, Isabella e Thales. Eles que são a razão maior do meu viver e todas as minhas conquistas e superações.

Agradecimento especial a Deus pela esposa que tenho ao meu lado, pois, amante e companheira em todas as empreitadas, além de cuidadora de todos nós da família, ainda foi capaz de viabilizar a concretização dessa dissertação e de tantos outros sonhos que eu não sei como ela conseguiu fazer isso tudo.

Aos meus pais por terem me gerado, acolhido e transmitido os valores que me fizeram tomar decisões importantes na vida.

Ao Criador dos Mundos pelo sopro de vida imerecido e pela percepção de mim mesmo nesse mundo, sempre em busca de ser mais útil e servir ao próximo, para que tenha valido a pena ter vivido o tempo que seja nesse plano de vida.

Dedico este trabalho *in memoriam* ao “Seu” Venâncio, meu querido pai que faleceu, tão de repente e às vésperas da apresentação desta dissertação perante à Banca Examinadora. A luz de papai se apagou, mas, ele continuou a brilhar dentro em mim...

RESUMO

Analisa-se neste trabalho como tem sido a aplicação do princípio constitucional da razoável duração do processo no âmbito da Justiça Penal, sobretudo, quando a eficiência jurídica é invocada como sinônimo de rapidez na prestação jurisdicional, no entanto, compromete o exercício do direito de defesa e viola o próprio acesso do jurisdicionado à justiça de maneira efetiva. Esse açodamento que descumpre a exigência do artigo 93, inciso IX da Constituição Federal de 1988, se verifica, em boa parte, por conta da massificação dos processos criminais que busca impingir maior celeridade à entrega da prestação jurisdicional, entretanto, sacrificando o direito à ampla defesa e ao contraditório, expressão do devido processo legal. Daí a consagração desses direitos fundamentais do indivíduo na Constituição Federal de 1988 é a garantia de que tais postulados tenham aplicação imediata. A metodologia adotada é a lógico-dedutiva.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais; Processo Penal; Direito de Defesa; Eficiência.

ABSTRACT

This paper analyzes how the application of the constitutional principle of the reasonable length of proceedings in the Criminal Justice has been applied, especially when legal efficiency is invoked as synonymous with the speed of judicial provision, however, compromises the exercise of the right of defense. and violates the jurisdictional's own access to justice effectively. This settlement that does not comply with the requirement of article 93, item IX of the Federal Constitution of 1988, is verified, in large part, due to the massification of criminal proceedings that seeks to impose greater speed to the delivery of the judicial provision, however, sacrificing the right to the broad defense and the contradictory, expression of due process of law. Hence the consecration of these fundamental rights of the individual in the Federal Constitution of 1988 is the guarantee that such postulates have immediate application. The adopted methodology is the logical-deductive one.

Keywords: Fundamental Rights; Criminal Procedure; Right of defense; Efficiency.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO 1 - A EFICIÊNCIA COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL.....	4
1.1 Teoria Geral e aplicação dos princípios constitucionais:	4
1.2 Princípios constitucionais da eficiência, duração razoável, ampla defesa e contraditório (no processo penal).....	21
1.3 Eficiência jurídica como paradigma de justiça	36
CAPÍTULO 2 - A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO PENAL.....	51
2.1 Imprecisão da terminologia tempo razoável: Doutrina do não-prazo	51
2.2 Espaço-tempo e maturidade processual: Processo célere ou moroso demais não é razoabilidade	66
2.3 Investigação policial e instrução criminal céleres: Os reflexos na produção da provano processo com réu preso	79
CAPÍTULO 3 - AS CONSEQUÊNCIAS DA INOBSERVÂNCIA DO DIREITO DE DEFESA AO RÉU	95
3.1 Efetivo acesso à justiça e ao processo penal democrático	95
3.2 A massificação do processo penal e a padronização das decisões	108
3.3 Processo penal eficiente, garantista e ainda célere, é possível?	125
CONCLUSÃO.....	138
REFERÊNCIAS	145

INTRODUÇÃO

O acesso à (efetiva) justiça é garantia constitucional assegurada a todo cidadão que busca a tutela jurisdicional e mesmo àquele que se vê por meio dela processado. Em ambos os casos, outro pronunciamento judicial não é esperado que não seja o de, minimamente, ter apreciado o direito em discussão e, sobretudo, assegurado os princípios fundamentais preconizados pela Constituição cidadã de 1988, aos quais não se pode reservar pouca importância nesta análise, quando se mostram expressas por decisões estandardizadas que não guardam correlação com a própria controvérsia estabelecida, pois o exame se deu superficialmente para atender mero regramento formal.

Se por um lado, a prestação jurisdicional é morosa, precária e seus meios de aplicação ainda arcaicos, por outro lado, sob o pretexto de torná-la mais célere não se poderá impor sacrifícios ao réu como a mitigação do direito à ampla defesa, contraditório e de ser julgado dentro de um prazo razoável.

O objetivo desta dissertação é compreender, diante dos empecilhos e desafios do cotidiano forense, como o funcionamento da máquina judiciária poderia tornar a prestação do serviço público mais eficiente, contando com os avanços tecnológicos que dispõe, aliado às reformas na legislação processual penal ocorridas, mas tendo à disposição um diploma (Código de Processo Penal) instrumental de 1941.

Mas, também apresentar as mais diversas manifestações de mitigação do direito de defesa desde a formação da *opinio delicti* - no âmbito do inquérito policial – até o desencadeamento da ação penal.

Nesta pesquisa, são colacionadas decisões dos Tribunais Superiores visando demonstrar o que se deu nas instâncias inferiores com respeito às fundamentações genéricas e que tem sido reiteradamente aplicada em casos diversos sem, no entanto, a devida abordagem dos fatos.

Assim, a pesquisa se desenvolve considerando a necessária atenção ao tratamento que é dispensado ao jurisdicionado ao fazermos a leitura garantista que se impõe do texto constitucional, ainda que à pretexto de se impor maior celeridade ao processo por meio de nova forma procedimental e os recursos da era digital, o fato é que direitos fundamentais inerentes à dialética processual estão sendo desrespeitados e o (re) alinhamento da postura constitucional, através dos autores e de seus trabalhos pesquisados, com as críticas tão necessárias ao aprimoramento da pesquisa e dos estudos poderão nortear o caminho para preservação de direitos e garantias do indivíduo.

O tratamento do tema se justifica ante a sua pertinência com a concretização dos direitos fundamentais do indivíduo no âmbito do processo penal constitucional que observe a duração razoável como forma de expressão da eficiência jurídica no âmbito da justiça penal. De sorte que, o assunto tem estreita relação com a linha de pesquisa do Programa de Pós-graduação *stricto sensu* da Universidade Nove de Julho - “Justiça e o Paradigma da Eficiência”.

Justamente porque a ineficiência da prestação jurisdicional é apontada como um dos grandes males que assola a sociedade. Todavia, para se compreender o termo eficiência no processo penal, é preciso identificar a que tipo de eficiência estamos nos referindo e o que dela (eficiência) se pode esperar no processo penal: como instrumento de garantias do cidadão ou apenas um meio de imposição da pena criminal ao indivíduo?

A discussão sobre o direito ao processo penal no prazo razoável, pareceu importante na medida em que a Carta Magna de 1988, apesar de consagrar no rol dos direitos fundamentais, não o fez acompanhada da fixação dos limites para que se possa ter uma ideia positivada de quando se está diante de uma dilação indevida ou não do processo, mormente em caso de réu preso.

E, nesse limbo jurídico-legal em que foi adotada a teoria do não-prazo, a definição do termo duração razoável coube à doutrina especializada e aos juízes e Tribunais. Nesse universo de possibilidades em discussão, estão sendo aplicados, em alguma medida, o referencial dos critérios estabelecidos pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

A elaboração do trabalho emprega o método dedutivo de abordagem, empregando conceitos da Teoria do Direito e da Teoria do Direito Constitucional, procurando partir de premissas gerais para chegar a uma conclusão específica sobre os temas aqui enfrentado. A técnica de pesquisa bibliográfica é a que foi empregada, tendo sido consultada várias obras doutrinárias, artigos científicos e repositórios de jurisprudência com o objetivo de formular uma perspectiva normativa e social para se alcançar a reflexão proposta.

O primeiro capítulo, incursionou pela Teoria Geral dos princípios enfatizando a necessidade de se atentar para os preceitos mandamentais que são determinantes na realização da boa exegese constitucional por seus princípios e regras, compreendidos como espécies da norma, para a correta aplicação dos princípios da eficiência jurídica, duração razoável do processo ampla defesa e o contraditório (no processo penal).

No segundo capítulo, com o advento da Emenda Constitucional n.º 45/2004 que introduziu a duração razoável do processo como garantia fundamental aos processados em geral, preconizada pela dicção do art. 5º LXXVIII, da Carta Capital, foi tratada à luz do efetivo

acesso à justiça, dando-se ênfase na problemática doutrina do não-prazo adotada pelo texto constitucional.

Nesse capítulo, se buscou estabelecer alguns critérios dentro dos paradigmas constitucionais a fim de alertar quando um processo penal é moroso ou célere demais, via de regra, se está afrontando garantias e direitos constitucionais do acusado, sobretudo, no âmbito das investigações policiais que se orientam pela visão originária do e autoritária do Código de Processo Penal.

O terceiro e último capítulo se cuidou em destacar as consequências havidas pela inobservância do direito de defesa ao acusado, de modo a comprometer a intensão do legislador constituinte de 1988 ao consagrar como sistema político o Estado Democrático de Direito, pela falta de exame das questões de fundo.

Nesse tópico derradeiro se ocupou em demonstrar que é preciso largar velhos hábitos e o ranço autoritário que permeou no Brasil desde o Estado Novo, apontando para mudanças na cultura do Direito com consequências na relação do Estado-investigação/acusação contra o sujeito de direitos.

CAPÍTULO 1 - A EFICIÊNCIA COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL

1.1 Teoria Geral e aplicação dos princípios constitucionais:

O tema relativo aos princípios em geral e, sobretudo, aos princípios constitucionais, nunca foi tão debatido no meio acadêmico e invocado nas lides forenses como nas últimas décadas, como auxílio nas resoluções das controvérsias intrincadas que chegam aos Tribunais Superiores.

Os princípios jurídicos não são novidades em nosso ordenamento jurídico, uma vez que estes já eram referidos na Constituição Federal de 1891. Todavia, começou-se a dar conta de sua existência, a partir da vigência do Código Civil (Lei n.º 3.071 de 1.º.1.1916), precisamente, porque a redação do artigo 7º incluiu “os princípios gerais do direito” entre as fontes do Direito: “Aplicam-se nos casos omissos as disposições concernentes aos casos análogos, e, não as havendo, os princípios gerais do direito”.

Assim estabelecido, os princípios gerais do direito seriam enunciações normativas de valor genérico, no que diz respeito à sua aplicação e integração ou até mesmo na elaboração de novas normas.¹

Retratando os primórdios, Altecir Bertuol Junior relata que:

[...] os princípios eram máximas axiológicas de direito natural, sem valor normativo, não sendo, portanto, aplicáveis na solução do conflito apresentado pela situação concreta. Aos poucos restou reconhecido que os princípios integravam o ordenamento jurídico ao lado das normas, sendo, entretanto, distintos destas e desprovidos de caráter vinculante. No constitucionalismo pós-moderno conferiu-se força normativa aos princípios, o que lhes permitiu ter aplicação direta ao caso concreto como fonte imediata de direitos. Destarte, os sistemas jurídicos outrora formados por normas e princípios passaram a ter como elementos de direito, princípios e regras, espécies do gênero norma.²

A gênese dos princípios advém da discussão clássica entre o juspositivismo e o jusnaturalismo, cada qual, em sua defesa quanto ao nascimento dos direitos, se inerentes ao homem e depois de reconhecidos, positivados na lei, ou, segundo àqueles defensores de que esses direitos só existiriam a partir da positivação, nunca antes.

¹ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**, 15ª, ed., São Paulo: Saraiva. 1987. p. 300.

² BERTUOL JÚNIOR, Altecir. **Sobre princípios e regras: uma crítica à teoria dos princípios de Humberto Ávila**. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional. Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 16, n. 63, jan./mar. 2016, p. 239.

As distinções entre as leis naturais das leis humanas já foram tratadas pelos sofistas na antiguidade ateniense que anunciava o embate sobre o tema que atravessaria os séculos e que até hoje ainda permite discussões no âmbito acadêmico, jurídico e no universo das decisões judiciais, não faltando nomes importantes revelados no curso da história da filosofia e do direito que defenderam cada qual suas teses bem elaboradas.

Para José Armando Pontes Dias Júnior, essa “disputa secular se acham os valores morais, os valores de justiça, que, nas diversas correntes jusnaturalistas, preexistem às leis escritas e lhes devem servir de fundamento e vetor de interpretação, ao passo em que são excluídos do âmbito do direito pelas teses positivistas, que bem demarcam a separação entre Direito e Moral.”³

As críticas que se abateram sobre as correntes positivistas que predominavam fortemente no período do pós-guerra (Século XX), sobretudo, pela permissividade com os regimes autoritários e ditatoriais que pouco ou nada se importavam com função do direito e, seguindo Hans Kelsen, defendiam a ideia da neutralidade de valores na ciência do direito, fez reascender o debate pelo retorno do jusnaturalismo.⁴

No entanto, os mais recentes estudos de direito constitucional vêm oferecendo críticas às concepções juspositivistas, sem o apego das teorias jusnaturalistas de outrora, o que deu ensejo ao nascimento de novas teorias que se estão alinhando sob o conceito de teorias pós-positivistas.⁵

Nesse sentido, o posicionamento de Willis Santiago Guerra Filho é de que o pós-positivismo aparece, pois, com a pretensão de realizar a síntese dialética entre o direito natural e o direito positivo, rearticulando o direito e a moral, por meio da introdução de elementos desta na fundamentação estritamente jurídica das decisões judiciais, reconhecendo a magnitude de padrões normativos que não se limitam às tradicionais proibições, permissões e obrigações.⁶

Por sua vez, José Armando Pontes Dias Júnior, designa o enquadramento adequado e útil dos princípios dentro do sistema normativo:

Os princípios, na linha de pensamento pós-positivista, prestam-se assim a diluir elementos morais no ordenamento jurídico, contribuindo para uma

³ DIAS JÚNIOR, José Armando Pontes. **Princípios, regras e proporcionalidade: Análise e síntese das críticas às teorias de Ronald Dworkin e de Robert Alexy**, Nomos - Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC, vol. 27, 2007. p. 178. Disponível em <http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/20425>. Acesso em: 14 abr. 2019.

⁴ Idem, p. 178.

⁵ Ibid, p. 178.

⁶ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999. p. 51.

proveitosa articulação entre equidade e segurança jurídica, uma vez que as decisões judiciais não mais precisariam recorrer a elementos extrínsecos ao ordenamento jurídico, metafísicos talvez, na ausência de uma regra específica a regular um dado caso concreto posto sob apreciação jurisdicional.⁷

É o que defende, na mesma linha de raciocínio, Marcel Moraes Mota:

Além das normas comumente descritas pelas teorias jurídicas do positivismo, a perspectiva do pós-positivismo reconhece a validade jurídica de padrões que possuem características diversas: são razões para decidir não definitivas, cuja força concreta de aplicação varia bastante conforme as circunstâncias fáticas específicas do caso considerado, bem como tendo em vista suas relações normativas entre si, já que prescrevem diversos caminhos conflitantes para solucionar o problema jurídico a que são pertinentes. Considerando um sentido amplo, esses padrões podem ser reunidos sob a denominação de princípios, cujo conteúdo está em relação com a moralidade política da comunidade. Assim, no contexto pós-positivista, elaboram-se teorias dos princípios.⁸

Começa-se a questionar, na teoria jurídica: a) a pretensão de uma teoria pura do direito, de caráter científico, pautada na neutralidade e na objetividade; b) a concepção de que o direito se resume ao texto escrito produzido pelo Estado, cabendo ao juiz, ao interpretar, descobrir seu significado.

Destarte, o Direito, a partir da segunda metade do século XX, já não cabia no positivismo jurídico. Nesse sentido afirma Luís Roberto Barroso:

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas.⁹

O pós-positivismo é a designação de um ideal no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais.

⁷ DIAS JÚNIOR, José Armando Pontes. Princípios, regras e proporcionalidade: Análise e síntese das críticas às teorias de Ronald Dworkin e de Robert Alexy, *Nomos - Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC*, vol. 27, 2007. p. 178. Disponível em <http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/20425>, Acesso em 14 abr. 2019.

⁸ MOTA, Marcel Moraes. **Pós-positivismo e restrições de direitos fundamentais**. Fortaleza: Omni, 2006. p. 22.

⁹ BARROSO, Luís Roberto, **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito**. Disponível em: <<https://jus.com.br/imprimir/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>>. Acesso em: 28 abr. 2019. p. 4.

Assevera Luís Roberto Barroso que o constitucionalismo moderno promove uma volta aos valores, uma reaproximação entre Ética e Direito. Esses valores compartilhados por toda a comunidade materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente.

Daí, os papéis desempenhados pelos princípios devem ser: a) condensar valores; b) dar unidade ao sistema; c) condicionar a atividade do intérprete. A ênfase recai nos ideais de justiça e na realização dos direitos fundamentais.

Assim, a atividade de interpretar e aplicar o direito não pode se restringir à mera subsunção do fato à norma, como pregava o positivismo jurídico clássico. É necessário considerar o conjunto de regras e princípios, notadamente aqueles que possuem assento na Constituição.

Conceitua Rodrigo Telles de Souza:

O pós-positivismo predica que o direito posto é formado por normas fechadas, estruturadas por uma hipótese de fato e uma consequência jurídica, denominadas de regras, bem como por normas abertas, consistentes na simples enunciação prescritiva de um valor, designadas como princípios. Por meio dos princípios, notadamente os previstos nas constituições, o direito positivo abre-se a exigências de justiça, aproximando-se do direito natural.¹⁰

Para Rafael Tomaz de Oliveira existe certa banalização no emprego da terminologia pós-positivismo, que assume o protagonismo pelo espaço que ocupa nos debates acerca da Teoria do Direito no contexto atual dessa vertente teórica, pois qualquer construção teórica que surja em desalinho ao positivismo, acaba sendo classificada de pós-positivista. Daí entende ser necessária a limpeza semântica a necessidade de se dar a expressão o sentido semântico que lhe é devido.

Sustenta que o pós-positivismo se trata mesmo de uma terceira via:

Assim, nos quadros do chamado pós-positivismo, o conceito de direito é determinado a partir do inexorável elemento hermenêutico que acompanha a experiência jurídica. O que unifica as diversas posturas que podem ser chamadas de pós-positivistas é que o direito é analisado na perspectiva da sua interpretação ou da sua concretização. Fora disso, a crítica ao positivismo se perde no fugas. Fora disso, uma eventual oposição ao positivismo pode até ser

¹⁰ SOUZA, Rodrigo Telles de, **A distinção entre regras e princípios e a derrotabilidade das normas de direitos fundamentais**, Boletim Científico ESMPU, Brasília, a. 10 – n. 34, p. 11-35 – jan./jun. 2011. p. 13. Disponível em <file:///C:/Users/Pc/Downloads/BC34_Artigo_Rodrigo%20Telles%20de%20Souza.pdf>. Acessado em 04 abr. 2019.

tida como antipositivista ou não positivista. Porém, de forma alguma poderá ser nomeada como pós-positivismo.¹¹

No entanto, Luiz Guilherme Marinoni pondera que:

Se a lei passa a se subordinar aos princípios constitucionais de justiça e aos direitos fundamentais, a tarefa da doutrina deixa de ser a de simplesmente descrever a lei. Cabe agora ao jurista, seja qual for a área da sua especialidade, em primeiro lugar compreender a lei à luz dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais.¹²

De se lembrar que o positivismo exacerbado do século XX foi um sistema de regras e, como tal, muito hábil de se tornar expressão arbitrária do poder soberano que favoreceu e deu embasamento legal a regimes autoritários de poder, como o Estado Nacional-Socialista Alemão. Tal situação, impulsionou a comunidade internacional, em certo sentido, a romper com esse modelo que não admite imposição de limites ou se sujeita a algum valor.

Se por um lado, muito se tem discutido a respeito do tema, inclusive quanto à correta aplicação e alcance dos princípios, vale dizer, por outro lado, há de se reconhecer um certo exagero na capacidade criativa do ser humano em vislumbrar princípios em todos os aspectos da construção normativa para direcionar ao caso *sub judice*. Tanto que a doutrina constitucional vive, hoje, a euforia do que se convencionou chamar de “Estado Principiológico”.¹³

Para Lênio Luiz Streck, outro fenômeno tomou conta da operacionalidade do direito já há algum tempo, denominado de “Pamprinciologismo”. Uma verdadeira usina de produção de princípios despidos de normatividade, que são manejados casuisticamente pelo julgador como ferramentas retóricas que acabam tendo uma ideia universalizante, por vezes sem o respaldo constitucional.¹⁴

Possivelmente isso ocorra, quiçá, pela inclinação à subjetividade dos princípios, muito embora façam parte do ordenamento jurídico, o mesmo não acontece, ou, pelo menos, não deveria ocorrer com a mesma frequência com a positividade da norma escrita, a qual exige maior grau de precisão e clareza. Isso não quer dizer que seja exclusividade dos princípios, pois

¹¹ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Expressão pós-positivismo necessita passar por uma limpeza semântica**, Revista Consultor Jurídico, 9 de agosto de 2014, Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2014-ago-09/diario-classe-expressao-pos-positivismo-necessita-passar-limpeza-semantica>>. Acessado em: 30 mar. 2019.

¹² MARINONI, Luiz Guilherme. **A jurisdição no estado constitucional**. Disponível em: <<http://www.marinoni.adv.br/home/artigos/pagina/5/>>. Acesso em 05 set. 2019. p.22.

¹³ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios**. 16.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 43.

¹⁴ STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 8^a ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

situação semelhante ocorre (também) com as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados.

Nas palavras de J. J. Gomes Canotilho, os princípios constitucionais são “historicamente objetivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica, ”¹⁵ a partir da necessidade de justificação das normas.

Não sem razão é que a topografia dos princípios na ordem constitucional como foram alocados pelo constituinte de 1988, conferiu posição de destaque e força para emanar seus reflexos aos demais diplomas, de sorte tal que interferem na percepção do direito posto e do direito a ser, efetivamente, concretizado no âmbito dos litígios e das relações em todos os segmentos da sociedade

Daí, a relevância do papel que compete ao intérprete, não apenas em se ocupar da conceituação dos princípios e regras e das possíveis diferenças existentes entre eles, mas, desenvolver o raciocínio de como devem ser interpretados para incidir na concretização do direito de maneira correta e com eficiência.

Por isso que, antes de seguir adiante em direção ao núcleo desta pesquisa, é preciso dedicar uma atenção especial aos princípios constitucionais porque, justamente, estes desempenham papel fundamental dentro do Estado Democrático de Direito, à rigor com destaque para os efeitos norteadores e que devem influir na conjugação com os demais diplomas legais para que exista verdadeira integração sistêmica da ordem jurídica em consonância com a Lei Maior.

Na definição de Celso Ribeiro Bastos, os princípios constitucionais são aqueles que guardam os valores fundamentais da ordem jurídica e, portanto, não se limitam ao regramento específico e limitado de uma norma. Antes, lançam a sua força por todo o ordenamento jurídico, perdendo em carga normativa, mas ganhando em força valorativa para atingir todas as normas em geral e dar um caráter sistêmico à Constituição.¹⁶

Segundo o autor, outra importante função dos princípios é servir como critério de interpretação das normas constitucionais, seja na sua criação (legislador), na aplicação (jugador) e mesmo na realização dos direitos dos cidadãos.¹⁷

Em suma, os princípios sistematizam a Constituição e, atuam como base de interpretação, emanando seus efeitos para todo o sistema normativo em vigor. E, tratar do alinhamento do direito ao exercício da ampla defesa e contraditório dentro da razoável duração

¹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**, 4ª ed., Coimbra, Almedina, 1986, p.120.

¹⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva 2002, p. 241.

¹⁷ Idem, p.242.

do processo (penal), como princípios consagrados, implica a efetividade da jurisdição assegurada no Texto Maior por seu artigo 5º, §1º, que impõe aos órgãos estatais a tarefa de “maximizar a eficácia dos Direitos Fundamentais.”¹⁸

Ingo Sarlet Wolfgang, por exemplo, classifica os direitos fundamentais da seguinte forma:

[...] os direitos fundamentais, em razão de multifuncionalidade, podem ser classificados basicamente em dois grandes grupos, nomeadamente os direitos de defesa (que incluem os direitos de liberdade, igualdade, as garantias, bem como parte dos direitos sociais – no caso, as liberdades sociais – e políticos) e os direitos a prestações (integrados pelos direitos a prestações em sentido amplo, tais como os direitos à proteção e à participação na organização e procedimento, assim como pelos direitos a prestações em sentido estrito, representados pelos direitos sociais de natureza prestacional.¹⁹

Sérgio Domingos acrescenta que “mesmo diante da classificação feita por Ingo Sarlet Wolfgang, não há como mitigar ou mesmo reduzir a aplicação de qualquer norma constitucional, ao contrário, deve ser confirmada sua plena eficácia.”²⁰

Nessa perspectiva, se discute o papel do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito, entendido como justiça constitucional, que não mais pode manter uma postura passiva em relação à sociedade, mas, deve ter uma nova inserção no âmbito das relações dos poderes de Estado, para além de suas funções, atuar de forma mais intervencionista para que os valores constitucionais sejam efetivamente observados, rompendo os paradigmas da hermenêutica tradicional.

Essa deve ser a essência participativa do Poder Judiciário direcionada aos réus, sobretudo, aos que estão sendo processados perante a Justiça Penal, para assegurar o exercício do direito de defesa.

Para tanto, na visão de Cândido Rangel Dinamarco o processo deve ter a aptidão de cumprir integralmente toda a sua função sócio-política jurídica, atingindo em sua plenitude os escopos institucionais. Noutras palavras, o processo há de ser, nesse contexto, instrumento eficaz para o acesso à ordem jurídica justa.”²¹

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988**. In: ARLET, IWolfgang. (Org.) O Direito Público em Tempos de Crise. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 130.

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.p. 234.

²⁰ DOMINGOS, Sérgio. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brasília: Ano 10, Volume 19, jan./jun. 2002, p. 193.

²¹DINAMARCO, Cândido Rangel, **A Instrumentalidade do Processo**. 14ª ed., São Paulo: Ed. Malheiros, p. 309.

No entanto, Eros Roberto Grau em busca de responder à indagação por ele mesmo formulada a respeito de quem produz a norma jurídica, se o Poder Legislativo ou o Judiciário, entende que a norma não se interpreta:

A norma é o resultado da interpretação. E, mais, a interpretação do direito é a interpretação dos textos e da realidade. A realidade histórica social constitui seu sentido. A realidade é tanto parte da norma quanto do texto [...] Em suma, o ordenamento jurídico é conformado pela realidade.²²

Com isso, considera que “os juízes não podem decidir subjetivamente, de acordo com o seu senso de justiça. Estão vinculados pelo dever de aplicar o direito (a Constituição e as leis).”²³

A defesa é no sentido de que compete ao intérprete construir a norma no decorrer do processo de concretização do direito. Primeiro, partindo do texto normativo, é dado o enquadramento à realidade contemporânea, para se chegar à norma jurídica e, então, caminhar para a norma de decisão que conferirá solução ao caso.²⁴

Tão imprescindível é o papel do intérprete que seria impensável negligenciar os esclarecimentos preambulares quanto aos aspectos teóricos antes de ingressar propriamente na aplicação dos princípios e regras. Isso porque a discussão que dominou o pensamento jurídico e filosófico do século XX, foi marcado pelas ideias de Ronald Dworkin e Robert Alexy, os quais defendiam que princípios e regras são espécies diferentes de normas jurídicas.

A pertinência ainda para os dias atuais sobre o debate a respeito dos critérios que designam as diferenças (ou não) entre regras e princípios, em especial, sob o ponto de vista de normas jurídicas distintas, faz todo sentido devido ao apego semântico-interpretativo de que um texto bem escrito poderia resolver todos os problemas (herança dos iluministas), ou seja, uma forma convencionalista de operação do Direito, ainda presente na cultura jurídica brasileira, nada mais são do que reminiscências de uma ciência do Direito ligada à filosofia da consciência.²⁵

²² GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)**. 8ª. ed., refundida do Ensaio e discurso sobre a interpretação / aplicação do direito. São Paulo: Editora Malheiros, 2017. p. 18.

²³ Idem, p.24.

²⁴ Ibid., p. 35.

²⁵ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza, **Regras e Princípios: Por uma distinção normoteórica**, Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Biblioteca Digital de Periódicos, 2006, Disponível em <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/8746/6063>>. Acesso em 05 abr. 2019. p. 38.

Daí a necessidade de se examinar a Teoria dos Princípios, legado de Ronald Dworkin, que rompeu com positivismo clássico, revelando o Direito por meio de uma hermenêutica crítica e que levou a uma mudança de paradigma na estrutura hermenêutica e, também nos parâmetros jurídicos e filosóficos do passado.²⁶

Tal fato causou alvoroço na doutrina com a profusão de conceitos e classificações sobre regras e princípios que não passaram despercebidos por Humberto Bergmann Ávila:

A distinção entre princípios e regras virou moda. Os trabalhos de direito público tratam da distinção, com raras exceções, como se ela de tão óbvia, dispensasse maiores aprofundamentos. A separação entre as espécies normativas como que ganha foros de unanimidade. E a unanimidade termina por semear não mais o conhecimento crítico das espécies normativas, mas a crença de que elas são dessa maneira, e pronto.²⁷

Álvaro Ricardo de Souza Cruz, desafia que o estudo da principiologia jurídica assume três paradigmas distintos: o clássico, o moderno e o contemporâneo como classificações. Mas, ocupando-se com o paradigma contemporâneo, sustenta que as correntes contemporâneas se esforçam por reafirmar sua distinção para com as regras a partir dos ganhos do giro linguístico, no sentido de construção de bases pós-positivistas para o Direito. Resta saber se elas são suficientemente racionais como suporte teórico para tal distinção, de modo a evitarmos que a Ciência caia em uma fundamentação dogmática.²⁸

Lembra, contudo, que o interesse remanescente no paradigma clássico - que ignora ou no máximo vislumbra um papel secundário aos princípios jurídicos – só tem relevância se considerarmos que a maior parte do ensino jurídico e o modo de produção do Direito no Brasil ainda são preponderantemente positivistas. Noutros termos, o paradigma do Estado Liberal de Direito representa um ordenamento jurídico de regras gerais e abstratas, essencialmente negativas, que consagram os direitos individuais ou de 1ª geração, uma ordem jurídica liberal clássica.²⁹

E assim conclui o raciocínio:

²⁶ Ibid., p. 38.

²⁷ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 18.

²⁸ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza, **Regras e Princípios: Por uma distinção normoteórica**, Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Biblioteca Digital de Periódicos, 2006, Disponível em <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/8746/6063>>. Acesso em 05 abr. 2019. p. 39.

²⁹ Idem, p. 39.

É claro que sob este primeiro paradigma constitucional, o do Estado de Direito, a questão da atividade hermenêutica do juiz só poderia ser vista como uma atividade mecânica, resultado de uma leitura direta dos textos que deveriam ser claros e distintos, e a interpretação algo a ser evitado até mesmo pela consulta ao legislador na hipótese de dúvidas do juiz diante de textos obscuros e intrincados.³⁰

Se naquela época ao juiz era dado o papel de meramente ser a *bouche de la loi*, os avanços temporais já não o limitam à singeleza da posição de outrora, tampouco, significa autorização intervencionista totalitária do Judiciário, que se afasta da aplicação correta dos métodos hermenêuticos e dos princípios mais comezinhos para ceder à excessiva carga de subjetividade direcionada ao caso concreto.

Robert Alexy defende a normatividade dos princípios, colocando-os, ao lado das regras, como espécies do gênero norma jurídica:

Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deonticas básicas do dever, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas.³¹

Segundo Lênio Luiz Streck:

Para a hermenêutica, os princípios não abrem a interpretação e muito menos se dão “em abstrato” como na maioria das teorias. Os princípios se dão na *applicatio*. Não há como proceder uma cisão entre regras e princípios. Logo, sem um princípio instituinte, a regra não pode ser aplicada, posto que não será portadora do caráter de legitimidade democrática.³²

E também a regra não sofrerá essa cisão, visto que:

A palavra “norma” representa o produto da interpretação do texto, isto é, o produto da interpretação da regra jurídica realizada a partir da materialidade principiológica. Se sempre há um princípio atrás de uma regra, a norma será o produto dessa interpretação, que se dá na *applicatio*.³³

³⁰ Ibid., p. 39.

³¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva, 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2015, p. 45.

³² STRECK, Lênio Luiz, **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais-Sociais no Brasil**. Novos Estudos Jurídicos - Volume 8 - Nº 2 - p.257-301, maio/ago. 2003. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/336/280>>. Acesso em: 01 mar. 2019, p. 296.

³³ Idem, p. 297.

Para André Guilherme Jorge Lemos, as normas são como categoria geral, cuja espécie se identificam as regras e princípios:

[...] Até algum tempo atrás, a teoria dos princípios baseava-se em construção simplista, a qual tinha como único fator distintivo perante as regras o critério da generalidade. Da simples leitura da regra, nota-se que sua incidência está restrita a determinadas situações, em virtude da descrição sempre mais objetiva. Por seu turno, os princípios albergam um grau de abstração maior, podendo desta forma serem aplicados a diversas situações. Há que se fixar neste ponto que inexistente hierarquia entre regras constitucionais e princípios constitucionais, à vista do princípio da unidade da Constituição, embora possam desempenhar funções distintas dentro do ordenamento.³⁴

Segundo Eros Roberto Grau:

Passou a prevalecer entre nós desde a última década do século XX o paradigma dos princípios. De um lado, a nova Constituição que se afirmava ser essencialmente principiológica. De outra banda, à mesma época passou a ser divulgado entre nós o *Taking rights seriously*, de Dworkin, introduzindo indagações e provocando pesquisas. O direito deixou de ser concebido como um sistema de normas – vale dizer, de regras - passando a ser visualizado como sistema de princípio.³⁵

Afirmava, categoricamente, a prevalência dos princípios às regras, tanto que o citado autor dedicou ao tema um sistematizado capítulo de sua tese escrita no ano de 1988-1989, por ocasião em que disputou a vaga para professor titular da Faculdade de Direito da USP, tendo esta sido publicada pela 1ª vez em 1990, sob o título: “A Ordem Econômica na Constituição de 1988”.

Entretanto, mudou de posição, radicalmente, chegando a afirmar que “princípio é um tipo de regra de direito. A afirmação de que seria mais grave violar um princípio do que violar uma norma consubstancia uma tolice.”³⁶

Desde então, passou a defender que princípios são regras, com base no conceito construído por Jerzy Wróblewski, entre outros que “conceitua os princípios, sucintamente,

³⁴ JORGE, André Guilherme Lemos. **A efetividade dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa no inquérito civil**. 2007. 105 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 19.

³⁵ GRAU, Eros Roberto. **Porque tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2016, p. 99.

³⁶ Idem, p. 24.

como regras, palavras (*noms*) ou construções que servem de base ao direito como fontes de sua criação, aplicação ou interpretação.”³⁷

Vale dizer que se tratam de princípios do direito positivado, sejam estes explícitos ou implícitos, os quais não se confundem com os princípios gerais do direito.

Os princípios explícitos, são concebidos como regra, pois já se encontram positivados, ao passo que os princípios implícitos decorrem da dedução que o intérprete realiza do conjunto de textos normativos, que por ele encontrado. Daí ao juiz nada mais é dado a fazer senão declarar tais princípios em sua decisão judicial, uma vez que já são elementos da ordem jurídica e não exteriores a ela, é o que conclui.

Não há consenso na teoria da argumentação contemporânea quanto à necessidade de se distinguir as regras dos princípios jurídicos. Todavia, é recomendável a reflexão quanto a assertiva de que, se as regras e princípios são normas, resta saber que tipo de normas elas são e se as distinções seriam apenas de ordem quantitativa ou qualitativa ou as duas maneiras.

Antes da Revolução Copernicana,³⁸ as distinções entre regras e princípios elaborada por Ronald Dworkin e Robert Alexy, eram distinções quantitativas, ou seja, eram critérios tradicionais de ordem quantitativa que se diferenciavam os princípios (pelo seu grau de imprecisão, generalidade e discricionariedade) das regras que, muito embora tenha sido um dos temas mais discutidos na Teoria do Direito a partir da década de 70, hodiernamente, não faz mais sentido sustentar esses critérios argumentativos, que cedeu a outros de natureza qualitativa.

Robert Alexy, sem dissentir de Ronald Dworkin, foi mais adiante e escreveu que:

[...] o ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que se realize algo na maior medida possível, em relação às possibilidades jurídicas e fáticas. Os princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que se caracterizam porque podem ser cumpridos em diversos graus e porque a medida ordenada de seu cumprimento não só depende das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O campo das possibilidades jurídicas está

³⁷ Ibid., p. 100.

³⁸ O termo Revolução Copernicana diz respeito a uma analogia que Kant faz com a proposta de Copérnico, na passagem do antropocentrismo para o heliocentrismo, em que o mesmo poderia ser aplicado na metafísica, deslocando o sujeito da periferia do conhecimento para colocá-lo no centro. Trata-se, portanto, de uma proposta de inversão da metodologia predominante até o período a qual Kant está inserido, em que não mais o sujeito se regulará pela natureza do objeto, mas este que irá regular-se pela natureza do sujeito do conhecimento. (SILVA, Felipe Alves da, **A Revolução Copernicana Na Filosofia De Kant: Breves Considerações a partir do prefácio da segunda edição da Crítica da Razão Pura**, Revista Enciclopédia de Filosofia da Universidade Federal de Pelotas - UFPel, vol. 06, Pelotas: Verão 2016.p. 22. Disponível em <<https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/Enciclopedia/article/view/9591>>. Acessado em 14 abr. 2019.

determinado por meio de princípios e de regras que operam em sentido contrário.

De outro lado, as regras são normas que exigem um cumprimento pleno e, nesta medida, podem sempre ser somente cumpridas ou descumpridas. Se uma regra é válida, então, é obrigatório fazer precisamente o que ela ordena, nem mais nem menos.³⁹

De certa forma, a teoria de Robert Alexy é uma extensão mais sofisticada da teoria de elaborada por Ronald Dworkin, com divergências próprias que não se cuidou da abordagem específica, sendo que este último manifestou o “propósito de se opor à concepção dominante na teoria do Direito do momento e que ele identifica, corretamente, com a obra de Hebert. L. A. Hart.”⁴⁰

Para estudar a estrutura das normas de direitos fundamentais, Robert Alexy inicia o capítulo específico partindo do pressuposto de que é importante a escolha das diversas diferenciações teórico-estruturais, para se estabelecer a distinção entre regras e princípios, ou seja, já parte do pressuposto de que se tratam de coisas distintas, o que se contrapõe ao novo posicionamento assumido por Eros Roberto Grau acima articulado.

Afirma que a distinção entre princípios e regras é a base da teoria da fundamentação dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Tal distinção constitui a estrutura normativo-material dos direitos fundamentais e, como via de consequência, poderá estabelecer um ponto de partida para respostas quanto aos limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais.⁴¹

Defende ainda a distinção entre princípios e regras, por seu substancial papel no contexto dos direitos fundamentais, tendo em vista a frequência com que as normas de direitos fundamentais são tratadas como se fossem princípios e com a mesma frequência a abordagem de forma menos direta do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais. Por outro lado, faz-se referência a normas de direitos fundamentais como regras ao se afirmar que a Constituição deve ser reconhecida e aplicada como lei.

Por sua vez, Ronald Dworkin retrata que o modelo positivista em que a autoridade judicial se baseia para tomada de suas decisões, sobretudo, diante dos casos mais difíceis e,

³⁹ ALEXY, Robert. **Sistema jurídico, principio jurídicos y razón practica**. Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho. n. 5, 1988, p. 143. Disponível em <<http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcm3353>>, Acesso em: 19 abr. 2019.

⁴⁰ ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. **Sobre principios e regras. PANOPTICA (em reformulação)**, [S.l.], v. 4, n. 3, p. 50, dez. 2009. ISSN 1980-7775. Disponível em: <http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/Op_4.3_2009_49-68>. Acesso em: 14 abr. 2019.

⁴¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva, 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2015. p. 85.

somente assim o são, por ausência de outro padrão normativo para auxiliá-los, mitiga o alcance da visão do juiz na análise do caso, pois se limita à regra em si mesma e à jurisprudência, tornando o modelo insuficiente.

Daí sua teoria proposta no sentido de que as regras estabelecidas dentro do ordenamento jurídico vigente e à própria jurisprudência quando se mostrarem insuficiente o bastante para informar precisamente ou indicar a solução possível ao caso sob exame, os princípios jurídicos sejam empregados como esse outro padrão normativo no auxílio da atividade jurisdicional.

Tal como já era advertido à época, evitar-se-iam decisões com acentuada carga de discricionariedade, ou, orientações de cunho político e argumentações estranhas ao direito que implicavam insegurança jurídica e até dificultavam o reexame das decisões pelas instâncias superiores. Seriam, princípios e regras, espécies de normas jurídicas que assim compreendidos resultaria em maior comprometimento dos juízes e de suas decisões com critérios normativos.

A obra de Ronald Dworkin é em boa parte, um combate ao positivismo jurídico de seu antecessor Hebert L. A. Hart, que sustentava: (i) que o ordenamento jurídico era um sistema baseado única e exclusivamente em regras; (ii) a textura aberta da linguagem propiciaria diferentes interpretações e o juiz poderia decidir um caso de diferentes maneiras; (iii) E ainda, existiam casos que não haviam regras para solucionar o caso concreto, daí ao juiz seria permitido criar o direito; integrando-o ao sistema.

Todo esse espaço de manobra do juiz, Hebert L. A. Hart chamou de discricionariedade. Entretanto, Ronald Dworkin se opõe alegando que um sistema jurídico nunca poderia ser discricionário, até porque, não se sabe como é que se os juízes decidem baseados em regras prévias ou se criam suas próprias regras e aplicam retroativamente aos casos.

Isso porque ele percebe que a Suprema Corte dos EUA cita princípios muito abstratos/generalizantes que não estão na Constituição e mais se parecem com princípios morais e políticos. Os juristas, do ponto de vista hermenêutico é muito mais baseado na moralização da sociedade do que em estratégias do direito.

O grande erro de Hebert L. A. Hart foi teorizar de forma simplista em relação ao ordenamento jurídico e que não pode estar restrito, apenas, ao universo das regras. Pois para Ronald Dworkin o ordenamento jurídico é um sistema binário, tanto composto por regras quanto por princípios.

Ainda que ele faça uma divisão entre princípios (princípios jurídicos e princípios políticos), o que importa é que o ordenamento jurídico é a somatória de regras e princípios, mas, que, no entanto, não são normas jurídicas iguais, se diferenciando na sua estrutura lógica, quanto às regras e princípios.

Mas, quais são os traços encontrados no pensamento de Ronald Dworkin e Robert Alexy em que é possível afirmar a distinção entre regras e princípios?

José Armando Ponte Dias Junior, estabelece que as regras *dworkiana* são:

[...] espécies normativas que, carregando em si um grau de abstração consideravelmente mais limitado do que o encontrado nos princípios, têm estrutura de tudo ou nada, e, assim, diante de uma dada situação, ou são aplicadas, se presentes todos os pressupostos fáticos necessários à sua incidência, ou não são aplicadas, na ausência de satisfação de todas as suas condições de aplicabilidade.⁴²

Não se discutindo a validade jurídica da regra, o que importa é se esta será ou não cumprida em sua inteireza, já que não se admite ponderação com as regras, como são com os princípios, mas, se incidirão ou não no caso em que se pretende resolver.

Outra situação das regras é quando existe o conflito entre duas regras. Apenas, uma delas poderá ser aplicada no caso em exame, devendo a outra preterir, por meio do emprego do critério hierárquico da regra de maior grau de hierarquia que preponderará em detrimento daquela de menor grau hierárquico, o critério da especialidade que é prestigiado sobre a regra geral e, por fim o critério cronológico, onde prevalece a regra mais recente.⁴³

Os princípios, por seu turno, já não traduzem uma relação de aplicação do tudo ou nada como o são as regras, ademais, de possuírem um grau de abstração bem maior que as regras, em caso de eventual colidência entre princípios, não se exclui com a preponderância de um princípio pelo outro, mas, pontualmente, naquele caso não foi aplicado, o que não quer dizer que, em outros casos, o mesmo princípio que foi afastado não possa ser aplicado.

Conforme o autor retro citado, esclarece:

Com efeito, para Dworkin, os princípios jurídicos formam um só todo, um só conjunto, que, em sua inteireza, será sempre juridicamente válido na solução de um caso concreto, sem que se possa dizer que, em dada situação concreta, um princípio é aplicável, por ser válido, e outro princípio, não, por se mostrar inválido naquela dada situação. [...]⁴⁴

⁴² DIAS JÚNIOR, José Armando Pontes. **Princípios, regras e proporcionalidade**: Análise e síntese das críticas às teorias de Ronald Dworkin e de Robert Alexy, *Nomos - Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC*, vol. 27, 2007, p. 180. Disponível em <http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/20425>. Acesso em: 14 abr. 2019.

⁴³ BOBBIO, Norberto. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10 ed. Brasília: Editora UnB, 1999, p. 92.

⁴⁴ DIAS JÚNIOR, José Armando Pontes. **Princípios, regras e proporcionalidade**: Análise e síntese das críticas às teorias de Ronald Dworkin e de Robert Alexy, *Nomos - Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC*, vol. 27, 2007, p. 182. Disponível em: <http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/20425>. Acesso em 14 abr. 2019.

E prossegue, afirmando que a teoria de Ronald Dworkin emprega argumentação jurídica racional para dar integridade e respaldo às suas ponderações quanto à aplicação dos princípios em relação ao caso concreto:

[...] na teoria de Dworkin, o caso concreto é que ditará qual ou quais princípios do ordenamento terão mais peso e serão mais importantes para a sua solução, o que deverá ser demonstrado com arrimo em uma argumentação jurídica racional, que, em todo caso, deverá realizar efetivamente a validade de todo o conjunto principiológico, considerado com um só todo, sem que se tenha qualquer dos princípios que integram esse conjunto como inválidos naquele dado caso.⁴⁵

A influência do pensamento de Ronald Dworkin foi uma importante contribuição ao cenário pós-positivista e que acabou servindo de base valiosíssima para Robert Alexy desenvolver sua teoria estrutural acerca dos direitos fundamentais, onde busca explicar a estrutura das normas jusfundamentais.

A distinção entre princípios e regras é muito semelhante ao seu antecessor, por exemplo, ao definir princípios como mandados ou comandos de otimização. Ou ainda que os princípios limitam-se reciprocamente, para que seja mantido um equilíbrio de todo o conjunto principiológico.⁴⁶

Nesse sentido, complementa José Armando Ponte Dias Júnior:

Assim, a plena e satisfatória realização dos princípios deve ser tomada pela máxima realização do conjunto que engloba todos eles, e não em face da plena realização de cada um deles tomados de maneira isolada, de maneira que cada princípio deve contribuir para a plena realização e concretização de todo o conjunto, e isso se faz pela realização de cada um deles, em cada caso concreto, em diferentes graus, em diferentes níveis, o que não ocorre com as regras.⁴⁷

Na concepção de Robert Alexy todos os princípios têm de ser ponderados e relativizados frente a situação concreta em análise. Segundo seu entendimento ainda, princípios e regras cabem dentro do conceito de norma, o que equivale ao dever ser proibitivo ou permissivo, portanto:

⁴⁵ Idem, p. 182.

⁴⁶ Ibid., p. 185.

⁴⁷ Ibid., p.185.

Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente.⁴⁸

Para ele que formula sua própria teoria, as regras são razões definitivas e os princípios são mandamentos de otimização. Daí porque a definição de princípio é nesse sentido que se caracteriza:

[...] os princípios são mandados de otimização, que se caracterizam porque podem ser cumpridos em graus diferentes e porque a medida devida de seu cumprimento não somente depende das possibilidades fáticas, mas também das jurídicas.⁴⁹

Para se entender a temática defendida por Robert Alexy em sua teoria estrutural acerca dos direitos fundamentais, notadamente, a respeito da diferença entre princípios e regras Thomaz Bustamante esclarece:

No sistema de Alexy, há uma íntima relação entre a diferenciação das normas de direito fundamental quanto à origem (normas diretamente estatuídas e normas adscritas) e quanto à estrutura (princípios e regras). Essa relação se torna mais nítida quando se considera a regra sobre as colisões de princípios constitucionais que Alexy denominou “lei de colisão”. Uma colisão entre princípios constitucionais, principalmente nos casos em que estes têm igual peso abstrato ou importância, só pode ser resolvida pelo estabelecimento de certas relações de prioridade condicionada entre os princípios colidentes.⁵⁰

Em decorrência desta “lei de colisão” é possível extrair outra afirmação correspondente que é essencial para compreender o fenômeno dos conflitos normativos: as “regras, se racionalmente justificáveis, resultam de uma ponderação de princípios”.⁵¹

Importa registrar que Robert Alexy, como dito anteriormente, tem uma teoria mais sofisticada e vai complementar o que Ronald Dworkin trouxe para o debate àquela época, quando trata da “Relação de Precedência” e, mais adiante ao formular a chamada “Lei de Colisão”, que não foi objeto de aprofundamento desta pesquisa.

⁴⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva, 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2015, p. 87

⁴⁹ Idem, p. 88

⁵⁰ BUSTAMANTE, Thomaz, **Princípios, regras e conflitos normativos: um modelo para a justificação das decisões *contra legem*** a partir da teoria jurídica de Robert Alexy. Fortaleza: Pensar, v. 15, n. 2, p. 603-628, julho/dezembro. 2010, p. 606. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/2143>. Acesso em 29 abr. 2019.

⁵¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva, 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2015, p. 323.

Noutras palavras, a regra nunca perderá a ligação com o princípio que a fundamenta e lhe dá sentido. Essa é, também, a mesma posição teórica sustentada por Aleksander Peczenik, "[...] toda regra jurídica pode ser apresentada como o resultado de uma ponderação de princípios feita pelo legislador."⁵²

A posição assumida por Humberto Bergmann Ávila em relação a diferença entre regras e princípios, seja proposta por Ronald Dworkin ou Robert Alexy – as quais não se diferenciam na essência – é dotada de uma crítica das mais incisivas que atinge o âmago da estrutura da teoria da argumentação, além de Lênio Luiz Streck e Eros Roberto Grau alinharem o entendimento, digamos, sem hesitar. Afirmarem que não existe diferença entre regras e princípios suficiente o bastante para ocupar o cenário acadêmico e jurídico.

Todavia, as divergências aqui apresentadas e que ainda persistem no universo espacial dos debates acalorados e das ricas pesquisas e produções científicas sobre o tema, estão longe de chegar à um fim, muito menos ainda consensual e conclusivo.

Destarte, ainda que os critérios utilizados na elaboração da distinção entre princípios e regras se mostrem bem distintos, apesar disso, vem se tornando pacífico na doutrina que a diferença entre princípios e regras se trata de uma distinção entre dois tipos normativos, o que não reduz as controvérsias entre os juristas, até porque podem ou não ser compatíveis entre si, a depender da maneira como sejam interpretados.⁵³

É nesse passo que se apresenta relevante a análise do próximo item no que diz respeito ao *status* constitucional adquirido do princípio da eficiência jurídica para consecução de seus fins.

1.2 Princípios constitucionais da eficiência, duração razoável, ampla defesa e contraditório (no processo penal)

As liberdades públicas constitucionais são tão importantes, como restrições ao arbítrio estatal, que a Constituição as protege com imposição de cláusula pétreia, onde somente o Poder Constituinte originário estaria autorizado a tocar nos direitos e garantias individuais da pessoa humana, segundo a redação do art. 60, §4º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988.

⁵² PECZENIK, Aleksander. **Saltos y lógica en el derecho**: ¿Qué se puede esperar de los modelos lógicos de la argumentación jurídica? In: PECZENIK, Aleksander. *Derecho y razón*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. México: Fontamara, 2000, p. 77-121. 2000, p. 78

⁵³SOUZA, Felipe Oliveira de, **O raciocínio jurídico entre princípios e regras**. Revista de Informação Legislativa, Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas Senado Federal, ano 48, nº 192, outubro/dezembro, 2011, p. 96.

É possível que a discussão estabelecida ao longo dos tempos se existe diferença entre princípios e regras ou se são apenas espécie do gênero norma, pode estar relacionado ao grau de importância hermenêutica que o tema permite e norteia à correta aplicação, no caso presente, conjugando os princípios da eficiência, da razoável duração do processo (no âmbito penal), observados o direito ao contraditório e à ampla defesa.

Por esse prisma, mister que se dê o merecido destaque à conceituação de princípio, para dele se extrair sentido e alcance, a fim de que dessa compreensão semântica, possa ser inserida no contexto interpretativo, segundo o caso concreto. Sem dúvida, é o desafio que se apresenta como necessário aprofundar.

Assim é que desde a incorporação de um princípio ao sistema normativo até a sua efetiva aplicação, um longo e extenuante caminho foi preciso percorrer pela história do direito e no campo da hermenêutica, até encontrar o seu real sentido e aplicação adequada, sobretudo, objetivando a diminuição da margem de erros para elevar a precisão dos fins colimados no campo jurídico dogmático.

A despeito do caráter polissêmico da expressão princípio, merece registro a definição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.⁵⁴

Tendo a noção de princípio como alicerce interpretativo e comando nuclear de um ordenamento jurídico que deve dialogar entre si para a concretização e aplicação do direito, a relevância dos princípios a serem abordados e a força que deles advém para o campo hermenêutico é a mola propulsora que direcionará ao objeto desta investigação.

Ingo Wolfgang Sarlet assevera que:

Em relação ao constitucionalismo brasileiro anterior, verifica-se que foi apenas na CF de 1988 que o constituinte optou por concentrar, já na abertura do corpo permanente da constituição (e não apenas em sede preambular), um conjunto de princípios desde logo rotulados como fundamentais, muito embora nas constituições anteriores, especialmente a contar da Constituição de 1891, constassem disposições com estrutura de princípios, no texto constitucional, dentre os quais dispositivos definindo a forma e o sistema de

⁵⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva 2002, p. 255.

governo, a separação de poderes, entre outros, que atualmente integram o título dos princípios fundamentais.⁵⁵

Daí o acerto do constituinte de 1988 ao prever, textualmente, diversas garantias constitucionais, dentre elas o direito ao exercício da ampla defesa como garantia fundamental do indivíduo assegurada por força do disposto no art. 5º, LV, da CF/1988, que não se perfectibiliza, sem que se efetive o contraditório no âmbito do processo judicial. Ambos indissociáveis e que se impõe uma perspectiva muito mais concreta e objetiva diante das vicissitudes e mazelas do cotidiano forenses do que, apenas, se tratarem de mera previsão formal que, eventualmente, podem não ter o devido respeito e cuidado.

A importância da temática e, sobretudo, do palco em que o constituinte alocou esses princípios constitucionais na categoria dos direitos fundamentais do indivíduo, ganha o conteúdo valorativo que Antônio Alberto Machado defende:

Sob a perspectiva do neoconstitucionalismo pós-positivista, portanto, os princípios passaram a integrar os direitos fundamentais, constituindo-se num instrumento normativo com a mesma efetividade das normas constitucionais. Logo, enquanto verdadeiras normas, os princípios jurídicos impõem condutas, proibições, encargos, faculdades etc., e não se consideram simples normas metafísicas ou pressupostas, nem meras orientações morais ou regras puramente programáticas.⁵⁶

Se cercou o constituinte da positivação desses valores fundamentais e nessa escala hierárquica, para que a tutela dos princípios não se esvaziasse na abstração do próprio conceito, apenas, ou, se perdesse no sentido prático da aplicação.

Dentre as garantias que foram legadas pelas declarações universais de direitos, sem dúvida, a do devido processo legal é uma das mais sublimes e que foi incorporada pelo sistema constitucional brasileiro como o único meio legítimo de imposição da pena criminal pelo Poder Judiciário, a fim de coibir todo e qualquer tipo de arbítrio contra o indivíduo.

E, essa é a razão da exortação de Vicente Greco Filho quanto à importância do debate sobre as funções do processo penal para a vida do acusado e que não tem ocupado o espaço na doutrina que deveria:

Há doutrinadores de processo penal que têm deixado de discutir com a relevância devida a função do processo em si de garantia dos acusados. Não

⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; Mitidiero, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018, p. 270.

⁵⁶ MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de Processo Penal**. 5. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 58.

quanto às faculdades de defesa, que são amplamente tratadas, mas quanto à própria obrigatoriedade do processo que se interpõe entre a pretensão punitiva e o direito de liberdade. Talvez o tratamento menos amplo decorra da consagração tão profunda de tal princípio, que dispensa seu reexame ou reafirmação. Contudo, periodicamente, convém seja feita uma petição de princípios que recomponha os conceitos e determine a reapreciação de suas consequências.⁵⁷

A preocupação com a responsabilização penal, pressupõe a existência de um processo válido. E isso implica, necessariamente, que tenha havido apuração preliminar isenta e processamento judicial dos fatos penais com atendimento mínimo às exigências legais e constitucionais asseguradas, a fim de poder alcançar o provimento jurisdicional final, seja para condenar ou para absolver.

Decerto não se pode tratar os aspectos desses dois princípios (ampla defesa e do contraditório) isoladamente, porque eles derivam de outro princípio fundante, o devido processo legal, como assevera Luiz Fernando de Moraes Manzano “porque é neste que se plasma o exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa. A parêmia *nulla poena sine iudicio* constitui a própria expressão do devido processo legal, cuja origem se encontra na Magna Carta imposta pelos barões ingleses ao rei João Sem Terra,⁵⁸ e que foi traduzido pelo art. 5º, inc. LIV, da CF de 1988.

Mas, não é só! A cláusula do *due process of law* não está ligada, apenas, aos dois princípios citados.

Para Gustavo Henrique Badaró, alinhando o princípio ao sistema normativo brasileiro, do ponto de vista constitucional:

[...] o modelo constitucional do devido processo legal no sistema brasileiro é de um processo que se desenvolva perante o juiz natural, em contraditório, assegurada a ampla defesa, com atos públicos e decisões motivadas, e que ao acusado seja assegurada a presunção de inocência, devendo o processo se desenvolver em um prazo razoável. Sem isso não haverá *due process* ou um processo equo.

E, dessa plataforma de garantias que se constitui o devido processo legal, não se pode deslembrar, já que ainda compõem o corolário do direito de ação e de defesa, segundo o entendimento de Rogério Lauria Tucci:

⁵⁷ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p.62.

⁵⁸ MANZANO, Luís Fernando de Moraes. **Curso de Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 17.

[...] o direito ao julgamento em prazo razoável decorre do *devido processo penal*, que é a especificidade do devido processo legal, consubstanciando-se em uma série de garantias, entre as quais o direito ao julgamento em prazo razoável.⁵⁹

Adauto Suannes defende que essa expressão deve ser compreendida na seguinte dimensão:

Para nós, o devido processo penal pode ser conceituado como a aplicação do princípio do devido processo legal ao caso concreto, com a observância dos direitos fundamentais de natureza penal e processual-penal, que conformam a utilização da legislação processual-penal, em conexão com o sistema acusatório.⁶⁰

Nesse sentido, é por meio do processo que se instrumentalizam outras tutelas estatais como os princípios do duplo grau de jurisdição, da publicidade, da motivação das decisões judiciais e o direito à prova.

E é nessa capacidade de abrangência do princípio fundante do devido processo penal, uma particularidade do devido processo legal, que o caminho se abre para alcançar a própria eficiência jurídica, sobretudo, quando a entrega do bem jurídico tutelado é observada dentro de um prazo razoável.

Por isso, o devido processo legal englobou vários outros preceitos, como os princípios da legalidade, direito ao silêncio e a não autoincriminação, publicidade, contraditório e ampla defesa, presunção de não culpabilidade e o juiz natural, onde o legislador afastou a competência dos Tribunais Especiais ou juízes de exceção (art. 1º, IV, do CPP – revogado), vedando a instituição de órgão judiciário para um caso específico.

O desafio que se apresenta e que não se faz desacompanhada de problemática à altura, diz respeito ao como uma determinada situação processual hipotética ou mesmo concreta, se sujeitará aos critérios de medição ou mesmo quais seriam esses e, por meio de quais instrumentos seria concretizado, com algum êxito, para a consagração dos direitos fundamentais do indivíduo, como expressão do Estado Democrático de Direito.

Mesmo sem proceder a uma análise mais aprofundada desses meandros, já que não é o objeto aqui tratado, a imensidão do campo a ser percorrido é perceptível.

⁵⁹ TUCCI, Rogerio Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 2. ed. São Paulo: RT, 2004, p.67.

⁶⁰ SUANNES, Adauto. **Os fundamentos éticos do devido processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 57.

Já se destacou que o princípio do contraditório e ampla defesa se encontram albergados num único dispositivo constitucional (Art. 5º, LV, CF/1988) que restou plasmado “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”,⁶¹

Conforme o entendimento de Ada Pellegrini Grinover:

[...] Defesa e contraditório estão indissolúvelmente ligados, porquanto é do contraditório (visto em seu primeiro momento, da informação) que brota o exercício da defesa; mas é essa – como poder correlato ao de ação – que garante o contraditório. A defesa, assim, garante o contraditório mas também por este se manifesta e é garantida. Eis a íntima relação e interação da defesa e do contraditório.⁶²

O contraditório e a ampla defesa estão umbilicalmente conectados. A inobservância de uma delas ou de ambas, poderá acarretar consequências desastrosas à persecução penal, com imposição da sanção processual das nulidades, absolutas ou mesmo relativas, que deverá ser examinada caso a caso, considerando:

[...] nulidade absoluta quando for afetada a defesa como um todo; nulidade relativa com prova do prejuízo (para a defesa) quando o vício do ato defensivo não tiver essa consequência – é que deve ser resolvida a questão das nulidades por vício ou inexistência dos atos processuais inerentes à defesa técnica e à autodefesa.⁶³

Não se pode pensar que a identificação do vício processual, seja quanto à nulidade absoluta ou mesmo a relativa, é tarefa singela, pois dependerá das circunstâncias em que incide ou não a prática do ato processual e qual diploma legal atingiu, eventualmente. Começa-se, então a trilhar o caminho para a demonstração do prejuízo, forte na Súmula n.º 523 do Supremo Tribunal Federal, em consonância ao disposto no art. 563 do Código de Processo Penal, consagrando a expressão de origem francesa *pas de nullité sans grief*.

No direito processual penal o exercício do direito de defesa é realizado em duas oportunidades distintas e por diferentes atores também. A defesa técnica, que é aquela exercida por advogados constituídos ou advogados dativos e defensores públicos que são nomeados

⁶¹ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Brasília: Congresso Nacional, 1988.

⁶² PELLEGRINI GRINOVER, Ada; SCARANCA FERNANDES, Antônio e GOMES FILHO, Antônio Magalhaes. **As nulidades no processo penal**. 6.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 75.

⁶³ Idem, p. 78.

pelos juízos processantes, no caso do acusado não reunir condições financeiras para contratar um de sua escolha.

E, noutro momento processual, quando a defesa se dá em relação aos fatos imputados na formal acusação, oportunizada ao próprio réu que assim o fará se entender que assim o deve. Isso porque sobre sua condição processual atuam outros princípios consagrados como o direito de permanecer calado (art. 5º, LXIII, CF/1988). É a defesa pessoal ou autodefesa.

A defesa técnica supõe a assistência de um profissional com capacidade postulatória para, em juízo ou fora dele, representar os direitos e interesses jurídicos do réu ou averiguado e a autodefesa tem no interrogatório sua maior expressão quando é colhido pela Polícia Judiciária no âmbito do inquérito policial ou mesmo tomado pelo juiz da instrução criminal no processo judicial.

A atuação da defesa técnica no processo criminal se trata de direito indisponível do qual o acusado não pode dele deixar de usufruir por estar inserido no rol das garantias constitucional em seu favor. E foi assim que a Carta Política de 1988, por força do art. 133 considerou o advogado indispensável para a administração da justiça, sem deixar de estruturar as Defensorias Públicas, de acordo com a redação do art. 134 do Texto Maior, para atender aos necessitados que não podem arcar com o pagamento das custas e despesas processuais, em consonância com a Lei n.º 1.060/1950 (Assistência Judiciária).

Novamente, o constituinte prestigiou a dignidade da pessoa humana ao estabelecer como mandamento constitucional o art. 5º, LXXIV, quando determina que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

E, nem o legislador infraconstitucional escapou de dar seu importante registro no art. 261 do CPP garantindo que “nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor”, inadmitindo um processo sem defesa e sem defensor. Aliás, tal exigência processual em relação à defesa do réu, reafirma a necessidade de existir uma advocacia qualificada e competente, obrigando os defensores ao zelo que devem ter para cumprir com o encargo contratual ou de nomeação que assumiram para vencer o desafio de contraposição e resistência à pretensão acusatória, especialmente, quando a ação penal for proposta por uma das instituições mais bem estruturadas pelo Estado.

Por seu turno, o exercício da autodefesa se trata de direito disponível do acusado, podendo dele fazer proveito de duas formas: Invocando o direito ao silêncio e como corolário da ampla defesa assegurada não manifestar uma só palavra sobre os fatos imputados na denúncia ou queixa. Ou esclarecer os motivos e as justificativas pelos quais agiu de acordo ou não com os fatos, negando a autoria e a materialidade delitivas.

Para Aury Lopes Junior quando isso ocorre estamos diante da autodefesa positiva:

A autodefesa positiva deve ser compreendida como o direito disponível do sujeito passivo de praticar atos, declarar, constituir defensor, submeter-se a intervenções corporais, participar de acareações, reconhecimentos etc. Em suma, praticar atos dirigidos a resistir ao poder de investigar do Estado, fazendo valer seu direito de liberdade.⁶⁴

Todavia, pode o acusado não desejar fazer qualquer pronunciamento sobre a acusação que pesa sobre si, mas, também, resolver fazer prova com vistas à colaborar com a elucidação dos fatos da controvérsia penal e, nesse caso até auxiliar a pretensão acusatória. Nesse caso, o autor retrocitado entende que:

Quando o imputado submete-se a algum ato destinado a constituir uma prova de cargo, colaborando com a acusação, essa atividade não deve ser considerada como autodefesa positiva, mas sim como renúncia à autodefesa negativa, pois nesse caso o imputado deixa de exercer seu direito de não colaborar com a atividade investigatória estatal (e a própria acusação em última análise).⁶⁵

Mesmo que o sujeito não colabore com a investigação ou com a própria acusação, segundo a interpretação dos preceitos mandamentais da presunção de inocência, direito ao silêncio, apenas para declinar dois, aliado ao art. 186 do Código de Processo Penal, mal algum poderá vir a ser acarretado na compreensão dos fatos como indiciário de sua autoria, justamente, porque o silêncio é a não fala de alguém, portanto, quando nada é dito, não há nada para ser considerado.

Questão intrincada ainda hoje é a afirmação genérica e acrítica de alguns autores negando a existência do princípio da ampla defesa e do contraditório no âmbito das investigações policiais, tratando o averiguado como simples objeto de um procedimento administrativo,⁶⁶ quando a “Constituição-cidadã” de 1988 o consagrou como sujeito de direitos que pode, inclusive, a bem da própria elucidação dos fatos investigados colaborar com as suas explicações. Para tanto, o direito à informação será imprescindível.

Nem se poderia olvidar a participação deste, por seu advogado, quando postula diligências, promove a juntada de documentos, pleiteiam a realização de perícias, impetram *habeas corpus* e participa do contraditório mitigado por ocasião da prisão em flagrante ou

⁶⁴ LOPES Jr, Aury. **Direito Processual Penal**. 15. ed. São Paulo. Editora Saraiva Educação, 2018, p. 63

⁶⁵ Idem, p. 64.

⁶⁶ MIRABETTI, Julio Fabbrini. **Processo penal**. São Paulo: Atlas. 2004, p. 82.

atuando de forma mais proeminente na condução de uma investigação defensiva ou apuração interna, como também é conhecida.

Recentemente, o Conselho Federal da OAB editou o Provimento n.º 188, de 11 de dezembro de 2018, regulamentando a atividade de investigação criminal defensiva a ser desenvolvida, privativamente, pela Advocacia (art. 7º, do provimento), estendendo a proteção legal ao material de trabalho produzido (EOAB, art. 7º, II) e que vem ganhando espaço no cenário das investigações em geral, sobretudo, naquelas para efeito de negociação de acordos de colaboração ou de leniência.

Como se depreende do próprio texto a finalidade do provimento é mais abrangente do que aparenta ser e está em total sintonia com a ordem constitucional:

Art. 1º Compreende-se por investigação defensiva o complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido pelo advogado, com ou sem assistência de consultor técnico ou outros profissionais legalmente habilitados, em qualquer fase da persecução penal, procedimento ou grau de jurisdição, visando à obtenção de elementos de prova destinados à constituição de acervo probatório lícito, para a tutela de direitos de seu constituinte.

Apesar de vozes do Ministério Público e de alguns delegados de polícia que se levantam contra à inovação procedimental, sob a alegação de que a iniciativa padece de constitucionalidade, pelas mais diversas razões que vão desde a ausência de suporte normativo constitucional e infraconstitucional, que regulamenta a atividade da advocacia para desempenhar tal expediente, até a impossibilidade de associar os conceitos de investigação criminal e polícia judiciária, concentrados nas atribuições titulares previstas no art. 144 da CF/1988.

Por outro lado, há o fortalecimento do exercício do direito de defesa e a lisura na construção da prova e o simples registro da implementação de novos expedientes auxiliares já se justifica, pois revelam a necessidade da transformação do processo penal num instrumento de garantias constitucionais do cidadão como corolário do direito à atividade probatória, logo em linha com a CFRB de 1988 e servindo de “filtro constitucional” em contraposição a essência inquisitorial do código de processo penal de 1941.

Sem prejuízo, já que a presente pesquisa não se propõe ao aprofundamento da questão propriamente dita, nada impede a realização da apuração interna por parte do advogado e, dentro da pertinência investigativa oficialmente em curso realizada pela Polícia Judiciária, ser

ou não aproveitados o resultado das diligências levadas a efeito, sem qualquer constrangimento moral, legal ou constitucional.

Na busca de uma conciliação possível é preciso considerar que o contraditório e a ampla defesa são indissociáveis, assim como a inquisitorialidade e sigilosidade, também, estão ligadas umbilicalmente às características próprias do inquérito policial, até para propiciar algum êxito na obtenção dos indícios de autoria e prova da materialidade delitiva (art. 4º, CPP).

Mas, isso não quer dizer que o sujeito preso em flagrante delito e assistido por seu advogado, não possa ter assegurado pelo delegado de polícia o direito ao contraditório mitigado no momento em que for realizado o interrogatório.

Oportuno lembrar a incidência do contraditório no inquérito policial de forma regrada, aliás, como já era previsto desde a edição da Lei 9.503/1997 (Código de Trânsito Brasileiro), oportunizando a defesa realizar a contraprova quando se tratar de agente autuado por embriaguez ao volante na dicção do “art. 306, § 2º - A verificação do disposto neste artigo poderá ser obtida mediante teste de alcoolemia ou toxicológico, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova.”

Com a entrada em vigor da Lei n.º 13.245/2016 houve significativa alteração do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei n.º 8.906/1994), com vistas à tornar a participação do defensor mais efetiva em sede inquisitorial, passando a constar nos incisos correspondentes as redações que seguem no campo dos direitos do advogado (art. 7º EAOAB):

XIV - examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, fíndos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital;

XXI - assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração:

a) apresentar razões e quesitos;

Esse rol de ações que poderão ser adotadas pelo advogado na tutela dos direitos e interesses jurídicos do constituinte indica o direcionamento que se culminou com a edição da Súmula Vinculante 14 do Supremo Tribunal Federal, em meio a celeuma de época em que se discutiam os contornos do acesso do defensor às investigações policiais em andamento de grande repercussão no país:

É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

Exceto àquelas incursões policiais que dependam do sigilo característico para o êxito da diligência na obtenção da prova, à exemplo do cumprimento de mandado de busca e apreensão ou até o sucesso na execução do mandado de prisão preventiva ou temporária em desfavor do investigado, o modelo constitucional não só admite a participação defensiva, como é louvável a intervenção com regramento para que desde o início da persecução penal seja propiciada a mais ampla e efetiva garantia de defesa.

Rogério Lauria Tucci vê com grande importância a participação defensiva no âmbito do inquérito policial:

A contrariedade da investigação consiste num direito fundamental do imputado, direito esse que por ser um elemento decisivo no processo penal não pode ser transformado em nenhuma hipótese, em mero requisito formal.⁶⁷

Destarte o exercício da ampla defesa, ainda que por meio do contraditório mitigado já lança luz no caminho para alcançar o modelo democrático que já deveríamos estar vivendo na plenitude, em sobreposição ao viés inquisitorial de um código de processo penal da década de 40 e, nada participativo.

Até porque outra conclusão seria inadequada já que a nova ordem constitucional não comporta o viés inquisitorial de matriz ditatorial em vez de um procedimento de proteção dos direitos e garantias fundamentais do averiguado, que tem compromisso com a busca da verdade real, tendo como destinatário o Poder Judiciário.

Em relação aos princípios esculpidos na Carta Magna de 1988, para alguns, o constituinte explicitou, ao passo que, para outros (implícitos), somente se pode trazer à existência por meio da conjugação de dois ou mais princípios como é o caso do da expressão em latim *nemo tenetur se detegere* (nada a temer por se deter), consagrado pela doutrina como o direito de não se auto incriminar ou que ninguém está obrigado a produzir provas contra si mesmo. Isso em razão da junção de quatro princípios constitucionais explícitos encontrados na dicção do art. 5º, incisos LV, LVII e LXIII da CF/1988, respectivamente, ampla defesa e contraditório, presunção de inocência e direito ao silêncio.

⁶⁷ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias individuais no processo penal brasileiro**. São Paulo: RT. 2004, p. 257.

A Constituição da República deliberou que os princípios constitucionais são inferidos, de regra, mediante a interpretação do sistema e não por meio de textos expressos. Estabeleceu também mais garantias ao processo penal do que para o processo civil o que, na visão de Vicente Greco Filho, tem explicação:

Talvez a solução constitucional se explique por dois motivos: o primeiro, em virtude da origem histórica das garantias individuais, basicamente instituídas como proteção contra o arbítrio penal; o segundo, em virtude de estar diretamente envolvida no processo penal a liberdade pessoal em que o confronto Estado-particular é imediato e concreto, aí parecendo decididamente a necessidade de garantias [...]⁶⁸

Tem explicação na própria natureza diversa do direito material que as diferentes disciplinas instrumentais (penal e civil) manifestam, considerando a gravidade dos seus resultados em termos de potencialidade lesiva ao indivíduo, algo que justifica a proteção do legislador ao prever mais garantias ao processo penal do que ao processo civil.

Acrescenta Aury Lopes Junior que “o contraditório deve ser visto basicamente como o direito de participar, de manter uma contraposição em relação à acusação e de estar informado de todos os atos desenvolvidos no *iter procedimental*”.⁶⁹ Mas, o autor demonstra sua preocupação em distinguir o direito de defesa do exercício do contraditório, especialmente, quanto à possibilidade de violação de um deles, sem a violação do outro ao mesmo tempo e forma que poderá culminar ou não com a incidência de nulidade no processo penal:

A relevância da distinção reside na possibilidade de violar um deles sem a violação simultânea do outro, com reflexos no sistema de nulidades dos atos processuais. É possível cercear o direito de defesa pela limitação no uso de instrumentos processuais, sem que necessariamente também ocorra violação do contraditório. A situação inversa é, teoricamente, possível, mas pouco comum, pois em geral a ausência de comunicação gera a impossibilidade de defesa.⁷⁰

Nesse sentido, para a efetivação da jurisdição no seu tempo regular e justo, tanto quanto possivelmente célere em pleno funcionamento dos mecanismos que a administração pública dispõe, reclamará por juízes com alguma habilidade na exegese dos textos legais, constitucionais e demais diplomas internacionais que o Brasil for signatário, a fim de ser

⁶⁸ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 77.

⁶⁹ LOPES Jr, Aury. **Direito Processual Penal**. 15. ed. São Paulo. Editora Saraiva Educação, 2018, p. 234

⁷⁰ Idem, p. 234.

alcançado os fins colimados pelo legislador, sem deixar de conduzir o processo judicial criminal pautado nas garantias fundamentais do indivíduo.

Ao condutor do processo, sempre atento ao universo de princípios que norteiam o exercício de suas funções e mais aquelas inerentes à relação processual do Estado-acusação contra o réu, e desse, amparado nos direitos fundamentais da pessoa humana para o exercício da garantia do contraditório e ampla defesa. Sua responsabilidade é assegurar que o acusado tenha o direito de ser informado e de efetivamente participar do processo em todos os seus atos, sob pena de violação ao contraditório.

Gustavo Henrique Badaró entende o papel de relevo do magistrado na condução do processo para garantir a isonomia entre os sujeitos da relação processual, conforme segue:

[...] a mudança de concepção sobre o princípio da isonomia, com a superação da mera igualdade formal e a busca de uma igualdade substancial, trouxe a necessidade de igualar os desiguais, refletindo-se também no princípio do contraditório. E, no processo, tal tarefa cabe ao juiz, que também passou a ser um dos destinatários do contraditório.⁷¹

Portanto, a participação do juiz no processo criminal de forma mais ativa na tentativa de igualar os desiguais e que se denominou ativismo judicial, resultou numa maior efetividade do contraditório, segundo o autor, pois:

[...] O contraditório, possibilitando o funcionamento de uma estrutura dialética, que se manifesta na potencialidade de indagar e de verificar os contrários, representa um mecanismo eficiente para a busca da verdade. Mais do que uma escolha política processual, o método dialético é uma garantia epistemológica na pesquisa da verdade. As opiniões contrapostas dos litigantes ampliam os limites do conhecimento do juiz sobre os fatos relevantes para a decisão e diminuem a possibilidade de erros.⁷²

O juiz passou a ser o garante do contraditório pleno e efetivo por sua ampla participação, assegurando a efetiva atuação das partes em igualdade de condições, em cumprimento ao princípio da isonomia em total sintonia com o princípio do contraditório.

Fernando da Costa Tourinho Filho ao tratar do princípio do contraditório consignou que:

Tal princípio consubstancia-se na velha parêmia *audiatur et altera pars* - a parte contrária deve ser ouvida. Assim, a defesa não pode sofrer restrições, mesmo porque o princípio supõe completa igualdade entre acusação e defesa.

⁷¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 4.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 54.

⁷² Idem, p. 55.

Uma e outra estão situadas no mesmo plano, em igualdade condições, com os mesmos direitos, poderes e ônus, e, acima delas, o Órgão Jurisdicional, como órgão ‘superpartes’, para, afinal, depois de ouvir as alegações das partes, depois de apreciar as provas, ‘dar a cada um o que é seu.’⁷³

E o resultado dessa dialética processual (tese e antítese) debatida com a brevidade razoável que deve durar o processo o juiz decide motivadamente.

De se indagar quem dos sujeitos faz uso e gozo dos direitos de defesa no momento da investigação policial ou no âmbito do processo judicial, senão àqueles que reúnem condições de contratar advogados à altura do desafio, sobretudo, nesta fase inquisitorial, a despeito da significativa parcela de pessoas investigadas sem a menor possibilidade de arcar com o custeio de sua defesa, sem comprometimento de sua própria subsistência ou de quem, eventualmente, socorra. Lamentavelmente, esses ficarão à mercê da Defensoria Pública quando o processo já estiver sido instaurado e, substancialmente, comprometido exercício da ampla defesa que restará limitada à uma previa entrevista momentos antes da audiência de instrução e julgamento.

Fauzi Hassan Choukr assinala particularidade no modelo de administração do interrogatório como é realizado, especialmente, a tomada do depoimento do sujeito de direitos que está sendo acusado pela prática de um ilícito penal e que depende mais de questões relacionadas à cultura do que uma simples alteração legislativa pode acompanhar.

E foi o que ocorreu normativamente segundo o autor:

Escrevendo sobre o projeto que deu origem à Lei n.º 10.792/2003 (CHOUKR, 2001c, passim), já assentávamos que apenas a alteração das bases normativas, desacompanhada da devida capacitação para a atuação do modelo acusatório, de nada adiantaria, pois, potencialmente, os padrões culturais de atuação do modelo inquisitivo ainda prevaleceriam.⁷⁴

E, essa metamorfose na mentalidade dos operadores do direito, tão necessária, mas, que ainda não aconteceu em definitivo, impulsionaria mudanças na postura do Estado até que, paulatinamente, permitisse o alcance dos fins colimados pelo constituinte originário de 1988 em relação à efetivação dos direitos fundamentais do indivíduo, sem, contudo, deixar a coletividade desamparada, sem tutela de natureza alguma. Isso porque haveria de encontrar o meio termo para a concretização do justo e devido processo penal a ser dispensado aos litigantes.

⁷³TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. Vol. 1. 32.ed. rev. atual., São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p.72.

⁷⁴ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de processo penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial**. 6.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 411.

Não se esgotando os objetivos aqui propostos, ainda cabe distinguir a defesa (direito de ação) e o contraditório, porquanto àquele se manifesta entre partes e o último diz respeito tão somente ao próprio réu.

E o alcance dos princípios constitucionais no seio da administração da justiça, importa lembrar da atuação particularizada de outros princípios que se relacionam à atuação do Estado frente ao indivíduo processado, nada obstante aqui nesta pesquisa não fazer parte do objeto do tema aqui proposto, temos: juiz imparcial (§ 2º, art. 5º, LIX, CF e Decreto n.º 678/92, art. 8º, I); promotor natural e imparcial (128, § 5º, I, b, CF e Lei n.º 8.625/93 – LOMP, art. 10, IX); obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal pública (art. 42, CPP); oficialidade (art. 144, § 1º, I, II, IV, § 4º, CF); intranscendência; vedação da dupla punição e do duplo processo pelo mesmo fato (*ne bis in idem*).

Winfried Hassemer, mais concentrado no estudo analítico do processo penal eficiente, e, diferentemente daqueles que defendem que o combate ao aumento da criminalidade deve ser feito por meio da multiplicação de normas penais e processuais penais, defende que “o direito processual penal precisa pouco se preocupar. Ele está cercado e conectado a inúmeras outras instâncias de controle social e estatal dos desvios, desde a vizinhança até a polícia. ” Isso porque, “o objeto do direito processual penal é o controle jurídico do controle social, é a formalização da assimilação do conflito. ”⁷⁵

Tal como a visão libertária do autor também reflete a necessária conciliação do incremento proposto pela EC n.º 45/2004 que introduziu a observância da razoável duração do processo e os meios impulsionadores da celeridade na tramitação do feito.

Argumenta, então, Nestor Eduardo Araruna Santiago que o processo penal moderno precisa passar pelo filtro constitucional dos princípios como forma de validação de uma regra infraconstitucional, assim entendidos:

Em termos de persecução penal, este referencial valorativo pode ser reduzido a três princípios - que ora se convencionam chamar vetores axiológicos processuais-penais: i) princípio da dignidade da pessoa humana, orientador de todo o processo elaborativo e hermenêutico da CF e de toda a legislação infraconstitucional; ii) princípio do devido processo penal, constituído por todos os direitos fundamentais insculpidos no art. 5º., CF que tenham ligação direta ou indireta com a tutela do direito à liberdade; e iii) princípio da proporcionalidade, que

⁷⁵ HASSEMER, Winfried. **Direito Penal Libertário**. Trad. Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

também ressalta sua importância, notadamente na aplicação prática do processo penal aos casos penais concretos.⁷⁶

Esse aprimoramento constante até a consolidação do entendimento plasmado na constituição federal é o contraponto necessário à rejeição da matriz ditatorial de que é detentor o código de processo penal brasileiro que passou a vigorar sob a égide da Constituição Federal de 1937, conhecida como a “constituição polaca”, em razão da semelhança de seus fins com a constituição da Polônia da mesma década e vige até os dias atuais, apesar das reformas pontuais que não lhe desnaturaram tal característica à reclamar novo diploma alinhado às bases democráticas.

1.3 Eficiência jurídica como paradigma de justiça

Esse tópico é fundamental na medida em que a conceituação de cada uma dessas expressões trará ao leitor a exata noção do tema proposto e do fim colimado. Ainda, se incursionará na diferenciação entre eficiência jurídica e a eficiência relacionada aos outros órgãos da administração pública.

Tão importante quanto a conceituação de um termo, investigado desde a raiz etimológica da palavra até o seu emprego na exata dimensão do texto que se pretende dar sentido e aplicação, distingui-la de outros similares, como a eficácia e efetividade muitas vezes utilizados aleatoriamente, é medida que se impõe para a correta compreensão dos fins aqui proposto.

Uma expressão comumente empregada de forma aleatória é a efetividade disso ou daquilo. Mas, que genericamente significa ter alguém a capacidade de fazer alguma coisa da melhor maneira possível.

O que se depreende desses conceitos, portanto, é que quando se fala em efetividade, se refere à capacidade ou habilidade que uma pessoa, animal, máquina, dispositivo ou qualquer elemento pode demonstrar para obter certo resultado a partir de uma ação.

Trazendo a visão desse princípio no âmbito empresarial, Idalberto Chiavenato presta alguns esclarecimentos quanto à utilização da expressão eficiência e eficácia:

⁷⁶ SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. **O princípio constitucional da eficiência e a minirreforma do código de processo penal.** Disponível em: <http://periodicos.ufc.br/nomos/article/download/6433/4684/>. Acesso em 05 set. 2019.

Cada empresa deve ser considerada sob o ponto de vista da eficácia e de eficiência simultaneamente. Eficácia é uma medida normativa de alcance de resultados, enquanto a eficiência é uma medida normativa da utilização dos recursos nesse processo. [...] Contudo, nem sempre a eficácia e a eficiência andam de mãos dadas. Uma empresa pode ser eficiente em suas operações e pode não ser eficaz. Pode ser ineficiente em suas operações e, apesar disso, ser eficaz, muito embora a eficácia fosse bem melhor acompanhada da eficiência. [...] A eficiência se preocupa em fazer corretamente as coisas e da melhor maneira possível. Daí a ênfase nos métodos e procedimentos internos. A eficácia se preocupa em fazer as coisas corretas para atender às necessidades da empresa e do ambiente que circunda. Enquanto a eficiência se concentra nas operações e tem atenção voltada para aspectos internos da organização, a eficácia concentra-se nos sucessos quanto ao alcance dos objetivos e tem a atenção voltada para os aspectos externos da organização.⁷⁷

Edmir Netto de Araújo, aborda o princípio da eficiência, dentro da narrativa do direito administrativo e, dá destaque ao tema que é tratado na esfera da Constituição do Estado de São Paulo, também:

Importa recordar que os princípios arrolados **expressamente** pela Constituição Federal são, em linguagem mais precisa, princípios da **Administração Pública**: legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, aos quais a EC n. 19/98 adicionou o da 'eficiência'. A estes, a Constituição do Estado de São Paulo acrescentou (art. 111) os da razoabilidade, finalidade, motivação e interesse público.⁷⁸

Tratar da eficiência jurídica é tratar da eficiência dos atos praticados pelos agentes da Administração Pública de um modo geral. Princípio este que não vem desacompanhado de outros tão importantes quanto o princípio da finalidade, da legalidade, da motivação das decisões, da razoabilidade, da proporcionalidade, da moralidade, da ampla defesa, do contraditório, da segurança jurídica e do interesse público.

O fim colimado é dar ênfase ao princípio da eficiência no âmbito das relações com o Poder Judiciário como um importante instrumento ao jurisdicionado de controle e exigência para a prestação jurisdicional qualitativa, propiciando, em contrapartida, a garantia do direito de acesso à justiça, também, conhecido como princípio da inafastabilidade da apreciação judicial, que se acha na dicção do artigo 5.º, XXXV, da Constituição da República de 1988:

Art. 5.º, XXXV - A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

⁷⁷ CHIAVENATO, Idalberto. **Recursos Humanos**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 237-238.

⁷⁸ ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 8.ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018.p.102.

Ainda não é o bastante a simples previsão constitucional dessa garantia formal do dever do Estado de prestar a Justiça. De modo que há que ser efetivado o direito a uma prestação jurisdicional tempestiva, justa e adequada, que é a tradução implícita na cláusula do devido processo legal substantivo (CF, art. 5.º, LIV).⁷⁹

A expressão eficiência vem consagrada tanto em nível constitucional quanto em normas infraconstitucionais, valendo a pena, antes de incursionar pelo campo teórico, dar registro por meio das correspondentes transcrições dos textos existentes nos diplomas como e em que circunstâncias tal palavra é inserida no ordenamento jurídico.

Primeiramente, encontramos na Carta Política de 1988, por força do art. 37, especificamente, no âmbito das Disposições Gerais - Seção I, a inserção do princípio da eficiência, dentre outros, que a administração pública dos três poderes deve obediência e prestação de contas, nos seguintes termos:

A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte.⁸⁰

Naturalmente, o foco desta pesquisa se relaciona à qualidade da entrega da prestação jurisdicional que compromete ou não os direitos fundamentais do indivíduo, justamente, por violar os mais basilares princípios do direito de defesa e do desenvolvimento regular do processo, ante as peculiaridades inventivas de soluções rápidas de conflitos em nome da suposta celeridade processual e que, por vezes, são prejudiciais ao jurisdicionado e, o que é pior não reflete eficiência pública que deve primar a prestação do serviço, que deve ser da melhor qualidade possível.

E, é a partir dessa consagração prevista no art. 37, na Lei das Leis, introduzida pela Emenda Constitucional n.º 19/1998 que o princípio da eficiência da administração pública impende alguns esclarecimentos conceituais e doutrinários, sem, contudo, se afastar da essência que o princípio informa, que é o dever de prestar um serviço público eficiente (atendimento/oferta de produtos), na relação com os destinatários desses serviços, ou seja, toda a população abrangida pelo órgão público correspondente.

⁷⁹ NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012, p. 582.

⁸⁰ Idem.

Ed da Silva Moraes buscando uma definição do termo eficiência, reúne citações de Idalberto Chiavenato, Diógenes Gasparini e Reuvaldo Antônio Vasconcellos Ferreira, que importam dar registro:

[...] Mas o que é eficiência? Inicialmente, pode-se defini-la sob a ótica da administração: 1 ‘É uma relação entre custos e benefícios. [...] A eficiência preocupasse com os meios, métodos e procedimentos mais indicados que precisam ser devidamente planejados e organizados a fim de assegurar a otimização da utilização dos recursos disponíveis’. 2 Também pode-se definir eficiência sob o ponto de vista do princípio constitucional, que para os italianos é ‘o dever da boa administração’, e ainda ‘impõe à Administração direta e indireta a obrigação de realizar suas atribuições com rapidez, perfeição e rendimento’. 3 Finalmente, pode-se definir eficiência sob a ótica do próprio administrador público: ‘cumprimento do dever, fazendo as coisas certas, salvaguardando os recursos aplicados e resolvendo problemas’.⁸¹

Deste introito, apontamos para a eficiência sob o enfoque do conceito da administração e à luz do princípio constitucional. E, por fim, sob o prisma do administrador público encarregado de prestar o serviço público com qualidade e eficiência que será estendido para se chegar ao princípio da eficiência na complexa relação do processo penal.

Hely Lopes Meirelles, registra que o princípio da eficiência já regia o atuar da administração pública antes mesmo de sua positivação explícita na Constituição Federal de 1988, os termos da dicção do art. 37. Basta, para tanto, proceder a leitura dos arts. 74, II e 144, § 7º ambos da Constituição Federal de 1988 e observar a menção expressa ao termo e ao núcleo semântico de outras palavras como: “presteza, precisão, perfeição, rendimento funcional, ”⁸² nos termos que segue:

Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de: [...]II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado; [...]

E ainda, na dicção do parágrafo 7º do art. 144 da Constituição da República de 1988, também, se identifica a mesma designação de sentido dessa expressão:

⁸¹ MORAES, Ed da Silva. **Princípio constitucional da eficiência na administração pública**: indicadores possíveis. Dissertação Universidade de Caxias do Sul. Repositório Institucional, 2014. Disponível em: <https://repositorio.ucs.br/handle/11338/247>. Acesso em 19 abr. 2019.

⁸² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 20.ed., São Paulo: Malheiros, 1995, p. 90.

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: [...] § 7º A lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades.

Analisando o contexto em que o texto constitucional de 1988 insere o termo eficiência, é possível identificar que o faz sempre chamando a atenção dos três poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) para que observem o seu efetivo cumprimento. Nesse sentido, a questão posta é saber se o sentido e significado de eficiência na esfera do Judiciário será compreendida e mensurada, de maneira análoga, aos critérios norteadores da eficiência no âmbito da Administração Pública, ou se aplicará os preceitos econômicos e empresariais para se auferir, com esses critérios, a eficiência no processo criminal.

Nesse ponto, o questionamento a fazer é se existe legitimidade e, se existe, até onde vai a aferição da eficiência do Poder Judiciário no serviço público prestado ao jurisdicionado, tomando-se como base os critérios de natureza eminentemente administrativo-empresarial e econômicos?

Pois bem, à essa indagação a presente dissertação discorrerá no capítulo 2 quando abordará a intrincada questão terminológica da duração razoável do processo em nome da celeridade processual que deve ser eficiente.

Assim, sem descuidar da abordagem já realizada no que concerne à Teoria dos Princípios e nela apresentada as distinções entre regras e princípios quanto aos diversos aspectos e matizes, a inserção da eficiência como princípio norteador da administração pública, também, se mostra relevante ponderar se se trata de uma mera norma programática ou implica em algo mais, a ser observado e efetivamente cumprido pelo órgãos e agentes públicos da Administração em geral.

Atento à redação constitucional, notadamente, o artigo 37 da CF/88, que teve acrescentado a eficiência ao rol dos princípios lá existentes, o da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, é possível extrair o entendimento que a eficiência agrega aos demais princípios com função de tornar possível a efetivação dos mesmos.

Na visão de Walter de Moura Agra, a interpretação desse dispositivo constitucional, acrescido do princípio da eficiência faz sentido quando a interpretação destes é realizada conjuntamente e de forma sistêmica, a fim de garantir eficiência:

Os princípios da publicidade, impessoalidade, legalidade e moralidade têm ligação simbiótica com o princípio da eficiência, devendo ser aferidos de

forma conjunta. Uma vez concretizados, eles servem para aumentar a eficiência da Administração Pública no preenchimento das demandas sociais. Portanto, todos os princípios citados devem ser interpretados de forma sistêmica, potencializando os resultados governamentais, sem a conjectura de nenhum grau de hierarquização entre eles.⁸³

Portanto, nesse diapasão, Ed da Silva Moraes defende que não faz sentido o apego excessivo ao formalismo legal da Administração Pública que inviabilize um resultado ótimo, eficiente:

[...] hoje a Constituição não apenas exige uma atuação administrativa correta, legal, mas também uma atuação eficiente, que se desenvolva segundo regras que possibilitem a desburocratização, a economicidade, a eficácia, o rendimento, a simplicidade, a perfeição, a celeridade, etc. Trata-se de possibilitar uma Administração Pública eficiente no cumprimento de sua missão finalística essencial, orientada à busca do bem comum.⁸⁴

E, assim entrelaçados os princípios acima esculpidos, conforme a dicção do artigo 37 da CF/88 e somados à busca pela sua efetiva aplicabilidade ao processo penal dentro da devida duração razoável, Alexandre de Moraes afirma que:

[...] deve o Poder Judiciário, ao exercer o controle jurisdicional, não se restringir ao exame estrito da legalidade do ato administrativo, mas entender por legalidade ou legitimidade não só a conformação do ato com a lei, como também com a moral administrativa e com o interesse coletivo.⁸⁵

Emerson Gabardo entende no mesmo sentido e indo na mesma direção vai mais um pouco mais adiante para sustentar que:

Torna-se mais clara a real possibilidade de entendimento da eficiência quando é analisada a íntima ligação entre o princípio da eficiência e os demais princípios constitucionais da Administração Pública.⁸⁶

⁸³ AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 436.

⁸⁴ MORAES, Ed da Silva. **Princípio constitucional da eficiência na administração pública: indicadores possíveis**. Dissertação Universidade de Caxias do Sul. Repositório Institucional, 2014. Disponível em: <https://repositorio.ucs.br/handle/11338/247>, Acesso em 19 abr. 2014. p. 115.

⁸⁵ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 101.

⁸⁶ GABARDO, Emerson. **Princípio da eficiência**. Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo II (recurso eletrônico): direito administrativo e constitucional / coord. Vidal Serrano Nunes Jr. [et al.] – São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/principio-da-eficiencia,-o_58edc663b888b.pdf>. Acesso em 27 abr. 2019, p. 11.

Compartilhando da mesma visão que Ed da Silva Moraes, informa uma particularidade substancial que é o liame entre os princípios do texto constitucional previstos no art. 37 e que se dá por meio de outro princípio constitucional, apesar de implícito se trata do mais importante em sua avaliação, a saber: o princípio da finalidade pública.⁸⁷

Quanto ao princípio em apreço a doutrina não diverge quanto ao conceito e, importa dar destaque o argumento:

[...] Em uma acepção ampla, a finalidade se refere à exigência de um resultado de acordo com o interesse público genericamente considerado; em uma conotação restrita, reporta-se ao resultado exigido explicita ou implicitamente pela lei específica que rege o caso concreto. De todo modo, apresenta-se insofismável que a atuação do administrador, em todos os atos de gestão, seja de caráter político ou propriamente administrativo, deve respaldar-se por uma finalidade pública condicionada pelo ordenamento positivo – que é o receptáculo das decisões democráticas. E esta finalidade, no contexto do regime jurídico administrativo brasileiro, é vinculada, entre outros condicionantes, pela presença do princípio da supremacia do interesse público.⁸⁸

Conquanto haja alguma discussão em torno do sentido em que é entendido o princípio da legalidade como norteador da finalidade, outros, por sua vez, como Maria Sylvia Zanella di Pietro⁸⁹ e Carmem Lúcia Antunes Rocha, entendem que o princípio da legalidade deve abranger um campo maior do Direito, daí o chamado “princípio da juridicidade”.⁹⁰

Todavia, há dissenso para que a eficiência seja classificada simplesmente como princípio, pelo menos, não no sentido material que se tem atribuído. É o que aponta Fernando Leal, fazendo menção a diversos autores para embasar seu articulado consoante segue:

[...] Explica-se. Se este argumento for correto, dificilmente será possível vinculá-la a um fim normativo autônomo (a própria realização da eficiência pela eficiência) e ponderá-la concreta e diretamente com outros princípios ou fins concorrentes, especialmente se o conceito de eficiência é recheado com outras exigências como as de qualidade ou eficácia. Visto dessa forma, o próprio conceito, estruturado como um amálgama de deveres, sempre comportará ponderações internas que, uma vez desenvolvidas e encontrado o resultado adequado, já apontarão a conduta a ser desempenhada pela Administração na persecução de um fim qualquer. Estruturalmente, isso quer dizer que a eficiência se aproximaria da proporcionalidade em sentido estrito. Ambas seriam postulados que comportam valorações internas. Ademais,

⁸⁷ Idem, p.11.

⁸⁸ Ibid., p. 11.

⁸⁹ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito administrativo**. 29^a. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 33.

⁹⁰ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 83.

reforçando o argumento lançado, de uma forma geral, o que se costuma vincular à realização do “princípio” da eficiência espelha uma confusão entre o fim *imediato* a ser promovido e o modo pelo qual se busca promovê-lo. Isso parece correto e aparentemente impede que se vislumbre seu caráter principiológico.⁹¹

Sem considerar as divergências entre os estudiosos do tema eficiência, quer no âmbito administrativo, sociológico ou econômico, não se pode deixar de registrar que a expressão eficiência já conhecida da Constituição Federal de 1988 (arts.74, II e 144 § 7º, da CF/1988), antes mesmo do ingresso desse termo multifacetário e ambíguo, que adquiriu *status* constitucional, possibilita uma multiplicidade de condicionantes, sem se saber ao certo os limites do que exatamente significa, dado o alto grau de indeterminação.

E, por conta dessa circunstância é que, também, surgiu a expressão eficiência jurídica como sustenta Emerson Gabardo:

[...] Afinal, várias são as conotações conferidas à expressão, que pode significar, exemplificativamente: eficácia jurídica (aptidão para produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos), eficácia social ou efetividade (efetiva conduta acorde com a prevista pela norma) ou ter um conceito próprio, referente ao sucesso da norma na obtenção dos resultados, nem só concretos e diretos, que se pretende alcançar com a sua edição (quem sabe, aqui, poder-se-ia falar em uma eficiência jurídica em sentido próprio).⁹²

Importa saber se esse valor eficiência segue os mesmos padrões de medida, conceito e compreensão que os designadores da administração, economia, sociologia, uma vez alçado ao patamar de garantia constitucional.

Abrindo discussão mais objetiva sobre o tema, Mônica Bonetti Couto e Samantha Ribeiro Meyer-Pflug, dão norte aos caminhos possíveis com duas indagações merecedoras de destaque para a correspondente reflexão, pois não se trata de resposta simplista à questão suscitada pelas autoras:

Parece que circundam o tema, fundamentalmente, dois problemas, aqui apresentados com a formulação de duas questões cruciais: a) qual o

⁹¹ LEAL, Fernando, **Propostas para uma abordagem teórico-mercadorológica do dever constitucional de eficiência**, Revista Eletrônica de Direito Administrativo Eletrônico. n.º 15, agosto-outubro, Salvador/BA: 2008, p. 7. Disponível em <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/24278/Propostas_para_uma_abordagem_teorico-met.pdf>. Acesso em 27 abr. 2019.

⁹² GABARDO, Emerson. **Princípio da eficiência**. Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo II (recurso eletrônico): direito administrativo e constitucional / coord. Vidal Serrano Nunes Jr. [et al.] – São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/principio-da-eficiencia-_o_58edc663b888b.pdf, Acesso em 27 abr. 2019, p. 9-10.

significado do princípio da eficiência aplicado ao Poder Judiciário?; e b) até que ponto a eficiência do Judiciário pode ser aferida, legitimamente, a partir de critérios da administração e da economia, classicamente usados na avaliação do desempenho das atividades empresariais?⁹³

Como se vê, o debate vai muito além do que responder a uma pergunta aparentemente inofensiva. Mesmo porque, o que se analisa à hipótese, se trata de uma das formas de expressões da justiça, aqui entendida como o desempenho das atividades inerentes ao Poder Judiciário brasileiro na prestação do serviço público ao jurisdicionado em que se notabiliza pela aplicação (possivelmente correta) do Direito.

Tanto que encerram o artigo apontando para um possível caminho que poderia dar em um ambiente mais adequado para a tentativa de solucionar essa questão intrincada, qual seja, a adoção da ponderação entre dois princípios:

E, quem sabe, com a ponderação entre esses dois valores (celeridade x segurança), encontre-se uma ‘fórmula’ intermediária, na qual o processo prime pela qualidade de pronunciamentos, mas descurar-se do tempo (em alguns casos, urgente), e com isso se alcance um novo e particular (porque atento às peculiaridades da Justiça) conceito de eficiência.⁹⁴

Em linhas gerais, ao primeiro sentir, o princípio da eficiência informa aos agentes públicos e aos órgãos da Administração direta ou indireta em geral que, na prestação do serviço público à população, atuem da melhor maneira que as condições materiais lhes permitam, para um atendimento eficaz, o que vale dizer, que ele “deve ser interpretado *pari passu* com a qualidade dos serviços prestados pelos entes estatais, agilizando o atendimento dos interesses coletivos sem descurar da excelência das atividades realizadas”,⁹⁵ segundo Walber de Moura Agra.

Em apoio à identificação dos valores de medição e quais poderiam ser os critérios empregados para uma possível definição do termo eficiência jurídica, tem-se por relevante a devida compreensão do que é Justiça em algumas de suas inúmeras acepções.

⁹³ COUTO, Mônica Bonetti; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro, **Poder Judiciário, Justiça e Eficiência: Caminhos e Descaminhos Rumo à Justiça Efetiva?** In: SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; MEZZAROBBA, Orides; COUTO, Mônica Bonetti Couto; NASPOLINI SANCHES, Samyra Haydee Dal Farra (Coordenadores). *Justiça e o Paradigma da Eficiência: Celeridade Processual e Efetividade dos Direitos*. Coleção: Justiça, Empresa e Sustentabilidade [vol. 3]. Curitiba: Editora Clássica, 2013, pp. 133-148. Disponível em <http://portaluninove.s3.amazonaws.com/app/uploads/2015/11/1446579280-obra_colecao_justica_vol_3.pdf>. Acesso em 19 abr. 2019, p. 142.

⁹⁴ Idem, p. 144.

⁹⁵ AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 435.

Alinhar um raciocínio fundamentado quanto ao que traduz eficiência jurídica como paradigma de justiça, nos termos do art. 37 da CF/88, não é tarefa primária, tampouco de posicionamento doutrinário unânime e definitivo. Ao contrário, é terreno movediço que impõe as cautelas da investigação metodológica e empírica sérias a ser desenvolvida com vagar, de modo que a definição de termos, novamente, impende à ordem dos articulados para se chegar ao fim desejado.

Interessante é a formulação da Teoria da Norma Jurídica de Norberto Bobbio quando afirma que esta deve ser submetida a três critérios de valoração, quais sejam: a justiça, a validade e eficácia que são distintos e independentes entre si. Esses três critérios valorativos constituem toda e qualquer norma jurídica que se pretenda bem fundamentada, as quais se expressam com as seguintes características e problemáticas peculiares, segundo o autor:

[...] frente a qualquer norma jurídica podemos colocar uma tríplice ordem de problemas: 1) se é justa ou injusta; 2) se é válida ou inválida; 3) se é eficaz ou ineficaz. Trata-se dos três problemas distintos: da justiça, da validade e da eficácia de uma norma jurídica.⁹⁶

A questão da justiça está relacionada ao problema da correspondência ou não da norma aos valores últimos ou finais que inspiram um determinado ordenamento jurídico. E, se de fato uma norma é justa ou não é um aspecto do contraste entre mundo ideal e mundo real, entre o que deve ser e o que é: norma justa é aquela que deve ser; norma injusta é aquela que não deveria ser.⁹⁷

No que tange à validade diz respeito à existência da regra como tal sem considerar se esta é justa ou injusta, apenas válida do ponto de vista jurídico, compreendida a partir de três operações, segundo Norberto Bobbio:

1) averiguar se a autoridade de quem ela emanou tinha o poder legítimo para emanar normas jurídicas, isto é, normas vinculantes naquele determinado ordenamento jurídico (esta investigação conduz inevitavelmente a remontar até a norma fundamental, que é o fundamento de validade de todas as normas de um determinado sistema); 2) averiguar se não foi ab-rogada, já que uma norma pode ter sido válida, no sentido de que foi emanada de um poder autorizado para isto, mas não quer dizer que ainda o seja, o que acontece quando uma outra norma sucessiva no tempo a tenha expressamente ab-rogado ou tenha regulado a mesma matéria; 3) averiguar se não é incompatível com outras normas do sistema (o que também se chama ab-rogação implícita), particularmente com uma norma hierarquicamente superior (uma lei

⁹⁶ BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Trad. Fernando Pavan Batista. 2. ed. rev. São Paulo: Editora EDIPRO, 2003, p. 48.

⁹⁷ Idem, p. 48.

constitucional é superior a uma lei ordinária em uma Constituição rígida) ou com uma norma posterior, visto que em todo ordenamento jurídico vigora o princípio de que duas normas incompatíveis não podem ser ambas válidas (assim como em um sistema científico duas proposições contraditórias não podem ser ambas verdadeiras).⁹⁸

E por fim, nesse tripé inerente à norma jurídica que fundamenta a teoria de Norberto Bobbio, está na problemática da eficácia de uma norma ser ou não seguida pelos destinatários desta e, em caso de violação os meios coercitivos da autoridade de quem a emanou.

Aqui tem-se o registro de uma curiosidade singular no tocante ao comportamento da coletividade, de um modo geral, e que se vincula às razões pelas quais as normas jurídicas são obedecidas ou não, algo que demandaria uma investigação de cunho histórico-sociológico mais amíúde:

Não é nossa tarefa aqui indagar quais possam ser as razões para que uma norma seja mais ou menos seguida. Limitamo-nos a constatar que há normas que são seguidas universalmente de modo espontâneo (e são as mais eficazes), outras que são seguidas na generalidade dos casos somente quando estão providas de coação, outras, ainda, que não são seguidas apesar da coação, e outras, enfim, que são violadas sem que nem sequer seja aplicada a coação (e são as mais ineficazes). A investigação para averiguar a eficácia ou a ineficácia de uma norma é de caráter histórico-sociológico, se volta para o estudo do comportamento dos membros de um determinado grupo social e se diferencia, seja da investigação tipicamente filosófica em torno da justiça, seja da tipicamente jurídica em torno da validade. Aqui também, para usar a terminologia doutra, se bem que em sentido diverso do habitual, pode-se dizer que o problema da eficácia das regras jurídicas é o problema fenomenológico do direito.⁹⁹

Diante desse aspecto valorativo intrínseco à norma, interessa tratar da eficiência jurídica como paradigma de justiça e está compreendida, a partir da visão jurídica, filosófica, social entre outras, que valem a pena dar registro para a presente abordagem, apenas algumas visões para delas aproveitar a justiça advinda do Poder Judiciário

Michael J. Sandel, a partir de um caso concreto, faz menção a Teoria de Justiça de Aristóteles para, dentre outras considerações, afirmar que as teorias modernas de justiça tentam separar as questões de equidade e direitos das discussões sobre honra, a virtude e mérito moral.¹⁰⁰

⁹⁸ BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Trad. Fernando Pavan Batista. 2. ed. rev. São Paulo: Editora EDIPRO, 2003, p. 48.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 48.

¹⁰⁰ SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa?** Trad. Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 15ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014, p. 234.

E que, segundo o autor:

Para Aristóteles, justiça significa dar às pessoas o que elas merecem, dando a cada um o que lhe é devido. Mas o que uma pessoa merece? Quais são as justificativas relevantes para o mérito? Isso depende do que está sendo distribuído. A justiça envolve dois fatores: ‘as coisas e as pessoas a quem elas são destinadas’. E geralmente dizemos que ‘pessoas iguais devem receber coisas também iguais.’¹⁰¹

Para France Farago, o Poder Judiciário como terceiro elemento indispensável para afastar o espírito de vingança entre as pessoas é indispensável porque, “além do princípio moral que permite distinguir com clareza aquilo que é justo ou injusto, representa a função jurisdicional das instituições de arbitragem com as quais as sociedades estão equipadas.”¹⁰²

E prossegue o autor apresentando as razões do seu entendimento:

[...] A justiça como virtude ou, se quisermos entende-la como dever, longe de ser estranha à justiça como instituição, ao mesmo tempo, funda-a e a requer: funda-a pela normatividade axiológica que é a sua forma, e a requer como instância mediadora entre as pessoas em conflito, ou entre as pessoas e outras instituições. Ela é o terceiro elemento indispensável para afastar o espírito de vingança e substituir a reação passional frequentemente mortal à racionalidade de seus processos: *Nullum crimen sine lege*.¹⁰³

Dar registro ao termo justiça em suas mais distintas concepções estaria fora do propósito definido para esta dissertação, não obstante a importância de se estabelecer algum critério para seguirmos adiante, com as considerações necessárias com vistas à mensurar o alcance do princípio da eficiência, tendo como um fim em si mesmo a realização da efetiva justiça a quem dela necessite, dentro do tempo razoável.

E Mônica Bonetti Couto e Samantha Ribeiro Meyer-Pflug, deslocam a análise deste conceito ponderando que a inserção do princípio da eficiência abriu precedente para, mais adiante, dar ensejo a inclusão da garantia constitucional ao processo em tempo razoável, instrumentalizado por força da EC n.º 45/2004:

¹⁰¹ SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa?** Trad. Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 15ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014, p.234.

¹⁰² FARAGO, France, **Justiça: A justiça como terceiro elemento indispensável para afastar o espírito de vingança.** Trad. Maria José Pontieri, Barueri: Manole, 2004, p. 307.

¹⁰³ Idem, p. 307-308.

Deve-se referir ainda o princípio da eficiência administrativa, inserido no art. 37, da CF pela EC 19/98, como também um embrião da mais recente inclusão da cláusula da duração razoável do processo.¹⁰⁴

Não sem propósito é que o termo eficiência foi trazido no contexto da reforma administrativa (EC n.º 19/94) na ordem principiológica norteadora de toda a administração pública e, longe de parecer redundância ou mesmo algo desnecessário, elevou o princípio da eficiência a *status* constitucional, para estabelecer com maior clareza o modelo que deve ser obedecido na prestação dos serviços públicos à toda população.

Tratar da efetividade da jurisdição é cumprir a Lei Fundamental que preconiza a razoável duração do processo e que passa, obrigatoriamente, pela aplicação dos demais princípios constitucionais, já mencionados, como assegurar o exercício da ampla defesa e o contraditório ao réu em respeito ao devido processo legal, pois é esta Constituição Federal de 1988 que estabelece o monopólio da atuação jurisdicional do Estado, por meio do processo.

O Brasil como signatário do Pacto de São José da Costa Rica, dentre outros diplomas internacionais correlatos, inseriu a duração razoável do processo entre o rol de direitos e garantias fundamentais, porém, tal direito fundamental não pode ser interpretado isoladamente de outras normas garantidoras, a fim de preservar o devido processo legal, tornando a jurisdição útil e a distribuição igualitária.

Todavia, tem que se ponderar que a solução para a demora na prestação jurisdicional não é tarefa simplista e requer aprofundada discussão, porque não se pode exigir esforço desumano, apenas, de servidores públicos e de terceirizados, diante da desestrutura do aparelho estatal, além da precariedade das condições para execução das funções, muito menos ainda se pode atropelar direitos e garantias constitucionais para realização de diligências determinantes ao réu que, por sua natureza, não prescindem de tempo.

A atuação dos sujeitos processuais segue rigorosamente o duplo dever de pautar pela boa-fé e de fiscalizar o processo. Ao se detectar a atuação em prejuízo de qualquer das partes, tal prática deve ser censurada, por afronta a um direito fundamental.

Já no plano da fiscalização e detecção, não se pode desconsiderar o comando da razoabilidade, tendo em conta esse conjunto de fatores, sem esquecer que a exigência de um

¹⁰⁴COUTO, Mônica Bonetti; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Poder Judiciário, Justiça e Eficiência: Caminhos e Descaminhos Rumo à Justiça Efetiva?* In: SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; MEZZARROBA, Orides; COUTO, Mônica Bonetti Couto; NASPOLINI SANCHES, Samyra Haydee Dal Farra (Coordenadores). *Justiça e o Paradigma da Eficiência: Celeridade Processual e Efetividade dos Direitos*. Coleção: Justiça, Empresa e Sustentabilidade [vol. 3]. Curitiba: Editora Clássica, 2013, p. 136. Disponível em <http://portaluninove.s3.amazonaws.com/app/uploads/2015/11/1446579280-obra_colecao_justica_vol_3.pdf>. Acesso em 19 abr. 2019.

direito sem dilações indevidas, ou seja, de uma proteção judicial em tempo adequado, não significa necessariamente justiça acelerada, bem como que a aceleração da proteção jurídica que se traduza em diminuição de garantias processuais e materiais (prazos de recurso, supressão de instâncias) pode conduzir a uma justiça pronta, mas, materialmente injusta, conforme ponderou J. J. Gomes Canotilho:

[...] ao demandante de uma protecção jurídica deve ser reconhecida a possibilidade de, em tempo útil («adequação temporal», «justiça temporalmente adequada»), obter uma sentença executória com força de caso julgado — «a justiça tardia equivale a uma denegação da justiça» (cfr., supra, Parte IV, Padrão I). Note-se que a exigência de um direito sem dilações indevidas, ou seja, de uma protecção judicial em tempo adequado, não significa necessariamente «justiça acelerada». A «aceleração» da protecção jurídica que se traduza em diminuição de garantias processuais e materiais (prazos de recurso, supressão de instâncias) pode conduzir a uma justiça pronta, mas materialmente injusta.¹⁰⁵

São vários fatores que dificultam o adimplemento estatal da tempestividade na entrega do bem jurídico sem dilações indevidas no curso do processo. Pouco adianta a edição de novas leis, tratando de reformas pontuais ao defasado Código de Processo Penal de 1941, quando a sociedade brasileira do século XXI, exige a promulgação de um instrumento de garantias processuais afinado com o Lei Maior promulgada em 1988.

Observe-se a redação da exposição dos motivos do código de processo penal de 1941 que introduziu o conceito de eficiência no âmbito do direito processual penal funcional e repressivo, texto esse de autoria do Ministro da Justiça e Negócios Interiores, Francisco Campos:

[...] II – De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidencia das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social. Este o critério que presidiu à elaboração do presente

¹⁰⁵ CANOTILHO, J.J. GOMES. **Direito constitucional**. 6º ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 95.

projeto de Código. No seu texto, não são reproduzidas as fórmulas tradicionais de um mal-avisado favorecimento legal aos criminosos. O processo penal é aliviado dos excessos de formalismo e joeirado de certos critérios normativos com que, sob o influxo de um mal-compreendido individualismo ou de um sentimentalismo mais ou menos equívoco, se transige com a necessidade de uma rigorosa e expedita aplicação da justiça penal.¹⁰⁶

Esse conceito de eficiência baseado na ideia da pressão enérgica por meio da supressão de direitos que, posteriormente, foram positivados na Constituição Federal de 1988, evidenciam o totalitarismo estatal que não se coaduna com o processo penal democrático vigente que deve obediência aos direitos fundamentais.

O conceito de eficiência, sobretudo, no âmbito do processo penal, impõe seja construído sobre os fundamentos da democracia para que cumpra o papel de resignificação, sob a visão do garantismo constitucional, ou seja, o novo conceito no universo do processo penal deve nascer garantista, necessariamente, harmonizando eficiência-celeridade para assegurar isonomia na relação entre o Estado com o indivíduo processado, dentro da razoável duração para resolução da controvérsia penal.

¹⁰⁶ Decreto-lei n.º 3.689/ de 3/10/1941 – Exposição de motivos do Código de Processo Penal.

CAPÍTULO 2 - A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO PENAL

2.1 Imprecisão da terminologia tempo razoável: Doutrina do não-prazo

A relação de proximidade entre o direito de acesso à justiça e a garantia à razoável duração do processo, além de serem reconhecidos como direitos humanos, são princípios de natureza constitucional nos ordenamentos jurídicos de Estados Democráticos.

A disposição expressa da Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas (ONU), em 10.12.1948, prevê que:

VIII. Todo homem tem direito a receber, dos tribunais nacionais competentes, remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.¹⁰⁷

Por sua vez, entrando em vigência no ordenamento jurídico pátrio a partir do Decreto n.º 678, de 6 de novembro de 1992, que promulgou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22.11.1969, estabelece no art. 8.1 que:

Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.¹⁰⁸

O Brasil é signatário deste Pacto, eficaz no plano internacional desde 1978, porém, mesmo com a edição do Decreto Legislativo nº 27, de 26 de maio de 1992, tendo o Brasil aderido em setembro do mesmo ano, tal norma, já integrava o rol de direitos fundamentais por força do parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, segundo entendimento de Fredie Didier Junior¹⁰⁹, ou, pelo menos, já incorporava o sistema jurídico brasileiro infraconstitucional, diante das controvérsias jurisprudenciais anteriores à inserção do parágrafo 3º no artigo 5º da Magna Carta.

¹⁰⁷ ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**.

<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em 31 ago. 2019.

¹⁰⁸ BRASIL. Decreto n.º 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em 31 ago. 2019.

¹⁰⁹ DIDIER, Fredie Júnior. **Curso de Direito Processual Civil**. Volume I, Podivm, 2007, p.39.

O acesso à justiça, como direito social fundamental é a principal garantia dos direitos subjetivos do indivíduo e, considerando que o processo penal versa sobre o conflito entre o Estado e o réu, necessário se faz que toda atenção ao desenvolvimento do direito de defesa e o contraditório sejam respeitados, dentro da estrita obediência às regras previamente estabelecidas para que a reprodução possível da história do fato (conduta penal imputada) seja a mais próxima da verdade processual quanto possível.

A questão que está se pondo é mais relacionada a como estão sendo exercidos o direito de defesa e o contraditório, ou seja, em que condições, do que propriamente elencar as positivações havidas em leis e na CFRB/1988 (defensoria pública, assistência judiciária gratuita, nomeação de advogado dativo, etc.), sobretudo, com respeito à dicção do art. 5º XXXV, da Carta Política.

Em contraposição à tutela seletiva, o monopólio do poder jurisdicional pertencente ao Estado o obriga a estender a todos, indistintamente, a garantia do resultado útil do processo. Isso porque, a utilidade da tutela se verifica, não apenas com a efetiva entrega do bem jurídico, mas, quando esta ocorre dentro de um tempo razoável.

Para tanto, se faz necessário assegurar meios que garantam a celeridade na tramitação do processo, preservando-se a segurança jurídica na medida em que permite o pleno exercício da ampla defesa e do contraditório como corolário da dialética processual.

A tentativa de se assegurar um legítimo direito ao jurisdicionado em geral, o constituinte inseriu na Constituição Federal da República de 1988, por meio da Emenda Constitucional 45/2004, o inciso LXXVIII, ao Art. 5º com o seguinte teor:

Art. 5º, LXXVIII - A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.¹¹⁰

O propósito da emenda consignar, expressamente, a duração razoável ao processo como garantia fundamental do indivíduo, além de se alinhar ao ponto de vista jurídico em nível internacional com os tratados e diplomas do qual já era signatário foi tornar ainda mais claro a magnitude de tal garantia e que, definitivamente, os processos judiciais obtivessem a necessária e tão almejada entrega da tutela jurisdicional no devido tempo. E, que isso fosse realizado no menor tempo possível, sobretudo, com observância do devido processo legal em que se expressa a ampla defesa e o contraditório.

¹¹⁰ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Brasília: Congresso Nacional, 1988.

Celso Antônio Bandeira de Melo lembra:

[...] que a imprecisão ou fluidez das palavras constitucionais não lhes retira a imediata aplicabilidade dentro do campo indubitável de sua significação. Supor a necessidade de lei para delimitar este campo, implicaria outorgar à lei mais força que à Constituição.¹¹¹

Todavia, por razões desconhecidas, a positivação desta garantia constitucional entrou no ordenamento jurídico sem dialogar com a problemática da realidade estrutural judiciária deficiente que vai desde o volume de ações diárias e o tempo de duração em média até a efetiva resolução da controvérsia num modelo de justiça seletiva e punitivista, causando descompasso e frustração quanto ao que se pode esperar da definição de Justiça.

Alguma explicação pode ser obtida no débito cultural, histórico, político e normativo para com os pobres e desassistidos na sociedade, faz parte da gênese do direito penal brasileiro desde as Ordenações Filipinas, cuja herança foi a criminalização da pobreza como meio eficaz de controle social e a proteção da moral do Estado ainda vigentes.

Lênio Luiz Streck discorrendo sobre as diferenças de tratamento entre pessoas de classes distintas como tal a legislação explicitava, propõe a reflexão:

[...] o primeiro código (penal) brasileiro foi o do Império. Outorgada a Constituição em 1824, permanecemos com as Ordenações Filipinas (talvez o diploma penal mais emblemático em termos de criminalização da pobreza, eis que estabelecia ao fim de cada tipo uma pena diferente para cada ‘qualidade’ de autor, delimitando, inclusive, que certos crimes não poderiam ser e ter como sujeito ativo um cidadão de ‘qualidade superior’) até o ano de 1830, quando foi editado o Código Criminal, nitidamente direcionado a uma clientela: escravos e congêneres [...] A seletividade penal também se fazia ali e a desproporção das penas entre os crimes ‘de senzala’ e os da ‘casa grande’ era evidente.¹¹²

Hodiernamente, o preconceito e as mais diversas formas de discriminações ocorrem sob o manto da legalidade (*proforma*). Estas, travestidas do acesso à justiça (de aparências), derivam do argumento de que o processo percorrendo as duas instâncias de jurisdição, supostamente, teria enfrentado a prova judicializada, o que não se pode afirmar que é suficiente

¹¹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social**. São Paulo: Revista de Direito Público, janeiro-junho 1981, n. 57-58, p. 245.

¹¹² STRECK, Lênio Luiz. A desigualdade no tratamento do *status libertatis* no Brasil: A histórica criminalização da pobreza e a violação dos direitos humanos. BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery; SMORTO, Guido. **Os desafios dos direitos humanos fundamentais na América Latina e na Europa**. Joaçaba: Editora Unoesc, 2012.p.279.

para garantia da efetivação da jurisdição, tampouco, se pode olvidar a proeza para superar o rigorosíssimo exame de admissibilidade recursal para alçar as Cortes Superiores.

Isso, independentemente do acusado vir a ser condenado ou absolvido, não significa que lhe foi possibilitado, efetivamente, o exercício ao direito à ampla defesa e ao contraditório, portanto, à efetividade da jurisdição.

Prossegue o citado autor afirmando que:

[...] centenas de anos demarcaram indelevelmente o sentido de classe do direito, em especial o direito penal. Como ocorre até os dias atuais, o *establishment* jamais legisla ‘contra si mesmo,’ por isso a ausência histórica de punições mais efetivas contra crimes contra o erário público, corrupção, etc.¹¹³

Assim como o Código de Processo Penal de 1941 que surgiu num ambiente de autoritarismo político, o Estado se limitava à “proteção da propriedade privada e dos interesses *lato sensu* das camadas dominantes, questão que ficou bem visível no Código Penal de 1940, o qual surge em pleno Estado Novo, agora com a preocupação de atingir a um outro tipo de ‘clientela’ [...] Inspirado no modelo fascista, o Código Penal apontou efetivamente para o ‘andar de baixo’, com especial preocupação com os crimes contra o Estado, o ‘livre desenvolvimento’ do trabalho, a ‘proteção dos costumes.’”¹¹⁴

Esse comportamento de Estado e sua relação com o indivíduo guarda semelhanças com a legislatura francesa que foi lembrada por Zygmunt Bauman ao escrever sobre arrivistas e párias mencionou as diferentes formas de tratamento carregados de preconceito e de interesses escusos:

Pelo capricho da legislatura francesa, os negros da Martinica e de Guadalupe foram declarados franceses, diferentemente dos negros do Senegal ou da Costa do Marfim, ou dos árabes do Marrocos. Tudo o que é dito ou escrito acerca dos direitos dos franceses se estende a eles. [...] Pelos mais minuciosos padrões exigentes, os negros da Martinica e de Guadalupe são franceses exemplares. Para a maioria dos franceses exemplares, é exatamente isso que eles são – martiniquenses e guadalupenses negros passando por franceses exemplares. Bem é precisamente esse extremo empenho para serem franceses exemplares que faz deles os negros da Martinica ou de Guadalupe... Quanto

¹¹³ STRECK, Lênio Luiz. A desigualdade no tratamento do *status libertatis* no Brasil: A histórica criminalização da pobreza e a violação dos direitos humanos. BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery; SMORTO, Guido. **Os desafios dos direitos humanos fundamentais na América Latina e na Europa**. Joaçaba: Editora Unoesc, 2012.p. 279.

¹¹⁴ Idem, p.280

mais fazem para se transformar em algo diferente do que são, mais são o que foram chamados a não ser. Ou foram de fato chamados?¹¹⁵

O mal-estar causado por esta narrativa é característica do tratamento desigual, classista e preconceituoso que atravessou séculos, com destaque na trajetória dos negros escravizados vindo do continente africano que direcionaram as leis de um país, até para influenciar os costumes e o modo de agir dos membros de uma sociedade. É dessa relação tensa de distinção do ser como indivíduo, que se pode afirmar que o jogo não pode ser vencido, pelo menos enquanto continua a ser disputado segundo as regras estabelecidas (arrivistas).¹¹⁶

A ausência de definição, do conceito em si e de semântica das palavras que compõe o termo duração razoável do processo que começam as discussões sobre o tempo de dilação devido e indevido, podem dar ensejo e desembocar na discricionariedade sem precedentes.

Ainda que não fosse estabelecido o prazo fixo em lei, ao menos, o pronunciamento legislativo no tocante à definição da palavra seria imperativo, já que se trata de exprimir o que algo é a partir do que deve determinar a singularidade do objeto para ser diferente dos demais objetos. Noutras palavras, definir para distinguir, faz lembrar a expressão cunhada por Zygmunt Bauman: “O silêncio da Lei significa a perpetuidade do processo”¹¹⁷

O conceito de duração razoável do processo, igualmente silenciado, teria serventia à imposição dos limites ao conhecimento humano à partir da descrição do objeto em seu conteúdo, representado pela palavra isolada ou contextualizada. Nisso se dá a importância da semântica e que também faltou clareza ao significado das palavras que formam a oração composta que se formou: razoável duração do processo e, para a presente pesquisa, particularmente, o processo penal.

Francis Vanoye, abordando a importância da semântica, reconhece a dificuldade em lidar com essa questão:

O estudo das palavras é feito pela semântica. Os semanticistas distinguem diversos aspectos do sentido de uma palavra; por exemplo, o aspecto cognitivo (baseado no conhecimento objetivo) e o aspecto afetivo (baseado na experiência e nos sentimentos pessoais), a denotação e a conotação [...] Todos reconhecem a dificuldade de definir e de comunicar o sentido de uma palavra, pois esse sentido depende frequentemente de fatores pessoais e sua

¹¹⁵BAUMAN, Zygmund. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998.p. 95

¹¹⁶ Idem, p. 96

¹¹⁷ Ibid., p.96.

transmissão necessita de outras palavras (sinônimos ou definições) que, por sua vez, têm sentidos diferentes de pessoa para pessoa.¹¹⁸

Tratando-se de norma constitucional cuja abrangência dos temas que trata dispensam justificativas para declinar sua grandeza e importância na relação com os demais diplomas do sistema jurídico, nesse particular aspecto deixou a desejar a comunicação que deve existir entre os destinatários e os próprio Estado como produtor de normas (a lei fundamental e a sociedade em geral) cujo repertório de palavras comuns, não permita a multiplicidade de interpretações desconexas com o fim colimado pelo próprio texto.

A vagueza e a imprecisão dos termos, desinforma e propicia balburdia interpretativa.

Pode até parecer que a tratativa deste tema esteja restrito ao universo do debate acadêmico e jurídico das construções jurisprudenciais brasileira, mas, se considerarmos que a norma fundamental se destina a todos que estão sendo processados, considerando o Estado Democrático de Direito e a população mais carente que necessita de compreensão das leis para o devido acesso à justiça, a função metalinguística das mensagens escritas à população de forma mais simples poderia ser um passo em direção ao respeito à dignidade da pessoa humana, especialmente, dos encarcerados e desassistidos em geral econômica, financeiramente e, culturalmente.

Francis Vanoye concorda com o êxito das funções metalinguística, por exemplo, nas mensagens escritas:

Assim, a função metalinguística intervém essencialmente nos textos explicativos ou didáticos. Todavia, ela se revela não só nas linguagens científicas mas sempre que uma linguagem ‘fala’ das significações da linguagem ou mesmo de um outro código.¹¹⁹

Aos doutrinadores restou a missão de buscar a definição, o conceito e a semântica de que o termo razoável está ligado à aferição de situações concretas e historicamente refere-se ao controle jurisdicional das atividades do Estado.¹²⁰

A questão de se aferir o atraso na entrega da prestação jurisdicional não é uma tarefa que o legislativo pretendia facilitar aos jurisdicionados e operadores do direito em geral. Tanto

¹¹⁸ VANOYE, Francis. **Usos da linguagem: problemas e técnicas na produção oral e escrita**. coord. edição brasileira Haquira Osakabe. Tradução Clarice Madureira Saboia... [et al.]. 11ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 27.

¹¹⁹ Idem, p. 151.

¹²⁰ OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Por uma teoria dos princípios: O princípio constitucional da razoabilidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmes Juris, 2007.

que optou pela doutrina do não-prazo deixando de definir objetivamente e fixar os limites de uma prestação jurisdicional no tempo devido, ou seja, no prazo razoável da lei.

Isso não ocorreu e, literalmente, o texto constitucional deixou de trazer consigo o conteúdo formador do que é expressão tempo razoável para a duração do processo, tarefa essa que foi delegada ao judiciário com apoio na doutrina especializada sobre cada caso concreto.

Sem critérios previamente estabelecidos para conceituar ou mesmo definir o que é tempo razoável, deixou uma oração aberta que permite interpretações que pode ser conveniente para alguns e inaceitável para outros em relação ao tempo do direito e da justiça.

Aury Lopes Júnior e Gustavo Henrique Badaró defendem que “para se falar em dilação ‘indevida’ é necessário que o ordenamento jurídico interno defina limites ordinários para os processos, um referencial do que seja a ‘dilação indevida.’”¹²¹

Apenas para se ter uma noção etimológica da palavra razoável, segundo Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, significa:

[...] conforme à razão, racionável, moderado, comedido, acima de medíocre, aceitável, regular, justo, legítimo ponderado, sensato.¹²²

Edmir Netto de Araújo, sob o viés administrativista do que é ser razoável em termos de Administração e do Direito Administrativo, faz considerações acerca do significado da palavra razoável acima definido por Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, a saber:

Quaisquer que sejam os sentidos adotados (parecem-nos adequados os de moderado, comedido, aceitável, ponderado, sensato), o conceito envolverá uma grande dose de subjetividade, pois o que é razoável para um, pode não sê-lo para outro, e mesmo considerando algo que seja. Com bom senso, razoável para o *homem médio*, ainda assim a objetividade desejável para instituí-la como um princípio não acontece. Deve-se entendê-lo, na verdade (uma vez que existe ao menos na Constituição paulista – art. 112), como *proporcionalidade* dos meios e decisões em relação aos fins objetivados, e não esta proporcionalidade como consequência da razoabilidade.¹²³

Daí o impasse que demanda interpretação contextualizada cujos critérios balizadores precisariam estar bem delineados pelo legislador para que o órgão julgador os bem explicitasse, em homenagem ao princípio da transparência com que o poder público deve se manifestar em

¹²¹ LOPES Jr, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável**. Rio de Janeiro: Editora Lumem Juris, 2009, p.42.

¹²² BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA, Aurélio. **Novo dicionário Aurélio**. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 2001.

¹²³ ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 8.ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p.87.

todos os seus aspectos e, especificamente, quando da tomada das decisões judiciais que se impõem o fazer, motivadamente, sobretudo.

Se por um lado, até pela relevância da matéria, o legislador que deveria ter definido o conceito e o conteúdo a respeito do que seria tempo razoável de duração do processo, a fim de não dar azo a dúvidas quando houvesse, eventual, extrapolação, deixou de fazê-lo, explicitamente; por outro lado, em se tratando de expressão aberta, toda a missão de verificação quanto à inobservância no cumprimento desta garantia constitucional foi dada à doutrina e às decisões reiteradas dos tribunais que, em certo sentido, vêm desempenhando um relevante papel na significação e esclarecimento dessa temática, buscando o equilíbrio e equacionamento para a correta, tanto quanto possível, aplicação do Direito e ao aperfeiçoamento das regras estabelecidas.

Diante do silêncio da Constituição Federal de 1988 e, entendendo necessário se chegar à compreensão do que seja prazo razoável, não se pode deixar de lembrar que o legislador constitucional, também, não delegou essa tarefa, por meio da edição de lei ordinária, ao Congresso Nacional.

Assim como a Convenção Americana de Direitos Humanos, que não estabeleceu qualquer prazo máximo para duração dos processos, a doutrina especializada vem adotando os critérios elaborados pela Corte Europeia de Direitos Humanos e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos com vistas à identificação quando da incidência de um possível excesso de prazo no curso do processo.

Saliente-se, por oportuno, muito embora se tratem de situações processuais muito próximas, para constatação do excesso de prazo da prisão preventiva e, conseqüentemente, a ausência de razoabilidade para a manutenção do preso encarcerado, leva em conta os mesmos critérios acima para discernir quando se trata ou não de dilação indevida do tempo de sua duração.

Nesse sentido, informa Aury Lopes Júnior e Gustavo Henrique Badaró, que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, têm adotado, sistematicamente, três critérios para nortear as decisões na identificação dos casos em que houver dilação indevida do processo:

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos também já decidiu que os critérios para determinar, no caso concreto, o prazo razoável referente à administração da justiça são: a) complexidade do assunto; b) atividade processual do interessado; e c) conduta das autoridades judiciais (Relatório n.º

111/01, CASO 11517, Diniz Bento da Silva (Brasil), 15 de outubro de 2001).¹²⁴

Longe de expressar um conceito certo e determinado para definir com maior objetividade e clareza a expressão perseguida, a teoria dos três critérios, vem sendo admitida nas decisões do TEDH forte no entendimento que, “a duração prolongada da prisão cautelar somente estará justificada se houver uma ‘real exigência do interesse público, que deve prevalecer sobre o direito de liberdade, não obstante a presunção de inocência’”.¹²⁵

Tão ou mais improvável de se estabelecer alguma ideia concreta para identificar se, e quando estiverem presentes o real interesse público que deve preponderar sobre o direito de locomoção, é a carga de discricionariedade que envolvem os três critérios anteriores estabelecidos, daí a análise crítica:

Como tratar do direito de ser julgado num ‘prazo’ razoável, se o TEDH (e também a Corte interamericana de Direitos Humanos) jamais fixou um limite temporal? Que prazo é esse que nunca foi quantificado? Se não há um limite temporal claro (ainda que admita certa flexibilidade diante das especificidades), o critério para se definir se a dilação é ‘indevida’ ou se está justificada, é totalmente discricionário, com um amplo e improprio espaço para sua (des) valoração, sem qualquer espaço para sua refutação.¹²⁶

Adverte Isabela Dias Neves quanto à rotina forense que sobrecarregam o funcionamento regular das atividades judiciárias relacionadas ao que poderíamos classificar como propiciadoras ao bom andamento processual de qualquer demanda:

Registre-se que muitas pessoas concorrem para determinar a efetiva duração do processo: o juiz; as partes, seus advogados; outros sujeitos, tais como oficiais judiciários, peritos, enfim, todos os componentes do Judiciário e os auxiliares da justiça. Ademais, a garantia do prazo razoável não se resolve apenas sobre o plano das regras do processo, eis que tal garantia reside também na organização judiciária; no exercício das funções legislativas, bem como pertinentes às funções executivas; no fornecimento de meios e recursos para o funcionamento da jurisdição; assim como na efetiva imposição de sanções àqueles que culposamente a violarem, com o escopo de evitar reiteradas violações.

Longos adiamentos injustificáveis representam violação à garantia do tempo razoável, sendo que tal violação pode ser declarada mesmo antes que o processo seja definitivamente concluído, bem como é necessário considerar

¹²⁴ LOPES JR., Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 41.

¹²⁵ *Idem*, p. 41

¹²⁶ *Ibid*, p. 41.

as fases de conhecimento e de execução, levando em conta nesta avaliação final todos os elementos já precedentemente recordados.¹²⁷

Inúmeros são os fatores, além dos acima mencionados, que concorrem para o alongamento desnecessário do tempo de duração do processo, como a falta de formação profissional específica do juiz para lidar com a burocracia administrativa relacionada à recursos humanos e até mesmo provisionamento de material para o funcionamento eficiente dos ofícios criminais estaduais da jurisdição comum – para restringir a abordagem – para agilizar o atendimento de todas as demandas inerentes aos serviços cartorários prestados ao público em geral e àqueles que se relacionam direta ou indiretamente com as atividades do Poder Judiciário.

A inclinação habitual e típica das atividades do juiz é de julgar processos e não para lidar com administração cartorária ou exercer funções administrativas outras de direção forense, salvo raríssimas exceções dos que já tenham adquirido essa experiência como gestor noutros setores da própria administração pública ou da iniciativa privada. Mesmo em se tratando de juiz capacitado para tal desempenho burocrático, ainda assim, remanescerá a responsabilidade dele pela correta e eficiente execução do serviço público que foi confiado aos seus subalternos, o que não deixa de ser um fator negativo que contribuirá para o emperramento da máquina judiciária.

De modo que, o acúmulo de atividades diversas concorrentes às de julgar as demandas, pode comprometer a qualidade da sentença em termos de sua fundamentação e no tocante ao atendimento das exigências do modelo de decidir conforme a constituição. Daí a simples observância à duração razoável do processo, que é um dilema universal e não exclusivo do Brasil não basta.

Portanto, não basta a fixação por si só desacompanhada de critérios objetivos para nortear situações abstratas, mas, que poderão ser aplicadas sem dar margem ao subjetivismo ou discricionariedade, de acordo com a conveniência do caso e da época.

Como, também, não poderia ficar apenas nesse ponto da problemática porque, não traria a solução desejada, na conformidade constitucional que se deseja, caso não se repensasse a estrutura administrativa e organizacional do Poder Judiciário, passando pela reestruturação e segmentação de funções, objetivando oferecer ao público, em especial, quem sofre o jugo do processo criminal, uma prestação jurisdicional eficiente e célere, sem que deixe de ser garantista ao acusado.

¹²⁷ NEVES, Isabela Dias. **O processo e o Estado Democrático de Direito**. Meritum – Belo Horizonte – v. 1 – n. 1 – jul./dez. 2006, p. 224.

Entretanto, a doutrina não é unânime quanto à necessidade da lei estabelecer os critérios para definir os limites temporais da duração razoável do processo. E, nessa senda, ao tratar separadamente da duração razoável do processo e das medidas cautelares, André Luiz Nicolitt faz considerações sobre a teoria do prazo fixo ou do prazo legal:

[...] amparada no princípio da legalidade, sustentam seus seguidores que o dever legal de se fixar por lei o prazo de duração da relação jurídica deriva da própria natureza do Estado Democrático de Direito. Assim, somente após a manifestação dos representantes do povo e em obediência aos princípios da legalidade e do devido processo legal, estar-se-á dando integral cumprimento ao estabelecido no diploma de direitos humanos.

[...] para a teoria do não prazo, por nós perfilhada, a duração razoável deve ser vista no caso concreto, atendendo a critérios e parâmetros legais, não sendo possível a fixação abstrata de um prazo máximo de duração de um processo. O termo razoável está ligado à aferição de situações concretas e historicamente refere-se ao controle da jurisdicional das atividades do Estado [...].¹²⁸

Na defesa da doutrina do não-prazo o argumento sustentado por esse autor é de que:

Não é possível ao legislador prever, de forma genérica e abstrata, quanto tempo os diversos tipos de processos devem durar. Não custa lembrar que temos desastrosa experiência em temas que devem ser tratados pelo judiciário e são entregues ao legislador, bastando recordar a vetusta imposição do cumprimento integral da pena em regime fechado de forma geral e abstrata para os chamados crimes hediondos, o que vigorou entre nós em um passado recente, bem como a vedação genérica (inconstitucional) de liberdade provisória.

Por óbvio, certas situações devem ser aferidas pelo juiz caso a caso por absoluta impossibilidade de o legislador fazê-lo com êxito, de forma genérica e abstrata.¹²⁹

O debate merece cuidados especiais de ambos os lados. Se considerar, que algumas questões, como no caso da legislação que determinava o cumprimento integral no regime fechado aos condenados por crimes hediondos e a vedação à concessão da liberdade provisória, ambas superadas, primeiro, pela própria declaração de incompatibilidade com o texto constitucional republicano e, depois, com revogação expressa por força de lei, veremos que ainda assim, carece de maior elaboração jurídico-argumentativa.

Aos que defendem critérios objetivos explicitados na lei, ou seja, a doutrina do prazo fixo, sem deslembrar peculiaridades específicas e dinâmicas próprias de caso a caso, tratando

¹²⁸ NICOLITT, André Luiz. **Lei 12.403/2011: O Novo Processo Penal Cautelar, a prisão e as demais medidas cautelares**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 25.

¹²⁹ Idem, p. 26.

da duração razoável do processo ou dos aspectos do tempo razoável da prisão cautelar, devemos considerar a preponderância do princípio constitucional da presunção de inocência em detrimento daquele que tem passado em julgado a pena e está em cumprimento efetivo, desconsiderando-se a interposição de recursos, naturalmente.

Não obstante André Luiz Nicolitt defenda sua posição em prol da doutrina do não-prazo em se tratando de duração razoável do processo, no que tange à prisão provisória e as medidas cautelares penais que atingem a liberdade individual, deve ser fixado prazo máximo para sua duração.¹³⁰

Com a Súmula n.º 52 do Superior Tribunal de Justiça, é possível identificar um critério mais pragmático que vem sendo adotado pelos tribunais pátrios de modo reiterado, em detrimento à um conceito objetivo previamente fixado para imposição de limites, quando "encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento ilegal por excesso de prazo", malgrado ainda não deixe e nem tampouco definido qual seria o tempo de duração razoável do processo ou da prisão processual.

Longe de solucionar a problemática que envolve a terminologia da razoável duração do processo, quer seja para o tempo de duração das medidas cautelares pessoais, quer seja para coibir o prolongamento do processo penal propriamente dito, o simples encerramento da instrução criminal, ainda assim, não parece atender aos anseios constitucionais democráticos.

O informativo de jurisprudência n.º 323 do Superior Tribunal de Justiça noticiou o julgamento do Recurso em *Habeas Corpus* n.º 20.566-BA, de relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, questionando a solução dada pela Súmula n.º 52 daquela Corte e que não representava a solução correta para o caso *sub judice*, ainda que finda a instrução criminal:

Ainda que encerrada a instrução, é possível reconhecer o excesso de prazo, diante da garantia da razoável duração do processo, prevista no artigo 5º, inciso LXXVIII da Constituição. Reinterpretação da Súmula 52 à luz do novo dispositivo.¹³¹

A jurisprudência das Cortes Superiores, consideram que a dilação indevida do processo, notadamente, com acusado preso cautelarmente, deve ser vista caso a caso levando-se em conta que o excesso de prazo na formação da culpa não se esgota com a simples contabilização aritmética dos prazos previstos na lei processual penal, individualmente ou mesmo na forma

¹³⁰ Ibid., p. 27.

¹³¹ STJ – RHC: 20.566/BA 2006/0268521-6, Relator: Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA. Data do Julgamento: 12/06/2007, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJ 25.06.2007, p. 300.

global. O entendimento pacificado é que a questão deve ser analisada à luz do princípio da razoabilidade, segundo as circunstâncias detalhadas de cada caso concreto, atendo-se à complexidade do feito, quantidade de envolvidos (presos em comarcas distintas ou não), diversidade de patronos, além do número de testemunhas e, eventual, necessidade de expedição de cartas precatórias para suas oitivas.¹³²

No entanto, esses critérios transmitem intensa carga de subjetividade e, ainda que a eventual dilação de prazo indevida possa ser manejada pela via recursal aos Tribunais, as irresignações se submetem, de igual sorte, à mesma valoração pessoal e subjetiva de cada julgador, além dos posicionamentos pacificados majoritariamente pelo colegiado. Noutros termos, remanesce o caráter discricionário e não condicionado à qualquer fator de natureza objetiva, a fim de coibir flexibilização interpretativa e argumentação casuística, tivesse o legislador adotado a doutrina do prazo fixo e dado a devida dimensão da expressão duração razoável, tudo à propiciar maior segurança jurídica aos jurisdicionados, de um modo geral.

Portanto, a discussão não está restrita, apenas, à fixação ou não do prazo pela lei para que seja identificado, nos casos concretos e com maior facilidade e menos discussões semânticas, quando estará ou não o processo em dilação indevida.

Que dirá a instabilidade jurídica que é gerada pela não adoção da doutrina do prazo fixo para delimitar o tempo de duração da prisão preventiva no Brasil. Isso porque a duração razoável das medidas cautelares (provisoriamente), atinge o direito fundamental de locomoção do indiciado/réu, preventivamente, se presentes quaisquer das hipóteses autorizadas estabelecidas no 312 do Código de Processo Penal.

Neste caso, para que possa ser revogada essa modalidade prisional, emprega-se acentuado grau de subjetividade/discricionariedade contido na própria dicção legal do art. 316, do CPP que “se no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista”, ou seja, deixando ao arbítrio do juiz em cada caso, avaliar se cabe ou não a revogação da custódia preventiva ou mesmo novamente decretá-la, caso “vierem razões que a justifiquem”, termo este que, isoladamente, não se coaduna com a essência da CRFB/1988.

Entretanto, podemos inferir que algumas situações concretas podem ser mais facilmente identificadas a dilação indevida do processo, tanto para aqueles que defendem a doutrina do não-prazo, quanto para os adeptos da doutrina do prazo fixo, incluindo até mesmo o tempo de duração da prisão processual, portanto, cautelar e provisória em seu caráter.

¹³² STF - HC n.º 114.298/SP; STJ - HC n.º 290.867/SP; STJ - RHC n.º 44.854/MS.

Ocasões em que a simples juntada de um documento aos autos (processo digital ou físico) ultrapasse mais de um ano, qualquer que seja o motivo ou o ângulo que se observe a questão, a atuação do Estado pode ser considerada desidiosa sem que, para tanto, tenha sido necessária a fixação de um prazo, por um lado, ou, se proceder a maiores digressões intelectuais para se concluir no sentido da contribuição estatal significativa para a desarrazoada duração do processo que deveria observar a celeridade processual para a entrega do bem jurídico.

Para Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias:

[...] são consideradas dilações indevidas todas as situações pura e simples de inércia absoluta dos órgãos jurisdicionais, ineficientes em impulsionar os atos do processo nas suas diferentes fases, além dos atrasos e delongas causados ao processo pelos próprios órgãos jurisdicionais, não cumprindo os prazos estabelecidos nos ordenamentos processuais, os injustificados prolongamentos das chamadas etapas mortas do processo, que separam a realização de um ato processual do outro imediatamente seguinte, sem subordinação a um lapso temporal previamente fixado.¹³³

Destarte, o tempo e a duração do processo penal sem o fim certo e determinado, provocam no indivíduo que se vê processado – pior ainda para aquele que está aprisionado – angústia e desesperança à espera de uma decisão final sobre si e os fatos que lhe são imputados, sem deixar de considerar a estigmatização com indivíduo marginalizado pela culpa precoce sem condenação e/ou trânsito em julgado, por vezes ainda sem acusação formal, que é potencialmente violador da dignidade da pessoa humana.

Em que pesem as dificuldades quanto à falta de previsão legal dos elementos definidores para conceituar, objetivamente, o que é a duração razoável do processo, tampouco a estipulação de um tempo limite de permanência do indivíduo preso processualmente, a questão ainda está longe da unanimidade entre os juristas que defendem posições diametralmente opostas.

Mas, a questão central, ainda é a vagueza dessas terminologias que não sinalizam o limite da elasticidade hermenêutica para estabelecer, com alguma segurança mínima, qual o tempo de duração do processo para que ele seja razoável, não podendo o juiz se encarregar desse fardo na devolução da prestação jurisdicional que é devida.

O princípio da razoabilidade ou proporcionalidade deve ser aplicado sempre com inclinação para a dignidade da pessoa humana quando em discussão a configuração do excesso de prazo ou não para a duração do processo penal, como sustenta Ingo Wolfgang Sarlet:

¹³³ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 195.

[...] a dignidade da pessoa atua simultaneamente como limite dos direitos e limite dos limites, isto é, barreira última contra a atividade restritiva dos direitos fundamentais.¹³⁴

Daniel R. Pastore critica o posicionamento de se deixar à cargo do juiz a aferição da existência ou não de razoabilidade no caso concreto:

[...] Em efecto, y a la crítica más simple y, quizá por ello, decisiva nos indica que si inteligentemente no nos fiamos del juez" como para delegarle la determinación del contenido de las conductas punibles, ni el tipo de pena a aplicar, ni el marco de la extensión temporal de la sanción ni las reglas del procedimiento para aplicar la, entonces, no hay motivo alguno para confiar en él con respecto a la determinación del plazo máximo razonable de duración de los procesos penales, em la medida en que también el proceso mismo —y por ello su intensidad en términos temporales— constituye un ejercicio de poder estatal que, como tal y al igual que la pena, el registro de domicilios o las demás formas de actuación del Estado, debe estar metajudicialmente regulado con precisión y detalle.¹³⁵

O questionamento levantado pode não agradar e tampouco ser unanimidade, mas, nem por isso lhe faltou coerência para demonstrar o raciocínio de que não parece nada razoável se a legislação não confiou ao juiz o poder de determinar o conteúdo dos comportamentos puníveis e as suas respectivas penalidades, bem como de criar regras e procedimentos para efetivação do direito substantivo, qual o fundamento teórico para se confiar a missão de determinar se e quando houve excesso de prazo na duração do processo?

Aury Lopes Júnior, considerando a indefinição de critérios e conceitos que representa a adoção da doutrina do não-prazo pela Constituição Federal de 1988 defende:

Que o ideal seria abandonar a noção newtoniana de tempo absoluto, à qual o direito ainda está vinculado, para reduzir o tempo ao sujeito, por meio da concepção do tempo subjetivo. A ponderação deveria partir do tempo subjetivo, colocando esse poder de valoração nas mãos dos tribunais. Mas, se, por um lado, não seria adequado cientificamente definir rigidamente um tempo universal e absoluto para o desenvolvimento do processo penal (recusa einsteiniana), por outro, a questão não pode ficar inteiramente nas mãos dos juízes e tribunais pois a experiência com a (ampla) discricionariedade judicial contida na doutrina do não prazo não se mostrou positiva.¹³⁶

¹³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p.118.

¹³⁵ PASTOR, Daniel R. **El Plazo Razonable em el proceso del Estado de Derecho: Una investigación, acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones**. Buenos Aires: Editorial Ad Hoc, 2002, p. 60.

¹³⁶ LOPES Jr, Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2014, p. 191.

Esse posicionamento atenderia o modelo constitucional democrático, ainda que sem a existência de um conceito fechado e definido para tempo razoável, haveria um parâmetro em direção ao indivíduo em seu tempo subjetivo dando concretude aos direitos fundamentais, em contraponto ao entendimento extraído a partir das peculiaridades e demais circunstâncias pontuais de cada caso, calcado, basicamente, na discricionariedade e profunda carga de subjetivismo da análise do magistrado em sua visão de mundo.

2.2 Espaço-tempo e maturidade processual: Processo célere ou moroso demais não é razoabilidade

O processo penal como instrumento de garantias do acusado e não como meio de satisfação da pretensão punitiva estatal por meio da imposição da pena criminal ao condenado, apenas, tem como desafio a enfrentar o caminho – muitas vezes longo e extenuante – entre o (espaço-tempo) a prática do delito e o efetivo cumprimento da pena ao condenado.

Estamos tratando da efetividade do acesso à justiça, como direito de ação e, não apenas sob a ótica do autor, mas, especificamente, sob o prisma jurídico do tratamento jurisdicional e legal dispensado àquele que ocupa o polo passivo da demanda criminal, sendo à este o destinatário de toda a tensão entre o tempo e o processo na angústia de toda ordem e natureza à espera do que o Estado-juiz virá a decidir.

Sem levar em consideração que o indivíduo possa estar preso ou solto pela prática do delito à ele imputada, é necessário um tempo para que esse fato seja “conhecido” pelos órgãos de justiça para que proclamem a culpa ou a inocência do réu. E o processo para ser justo e eficaz, não basta que atenda aos aspectos formais e legais do direito escrito de acordo com o entendimento de quem prolatou a decisão.

Cesar Asfor Rocha defende ainda que:

Uma outra vertente é a da eficácia da decisão, a qual exige que a decisão obtida no processo seja eficaz, tenha efetividade, ou melhor, realmente se cumpra em benefício das garantias das pessoas, da pacificação e da tranquilidade social. Nenhum proveito haveria se, proferida uma decisão pelo Magistrado, ninguém se sentisse compelido à cumpri-la. Não se resolveria o problema da inquietação, da instabilidade e da incerteza, nem a sentença terminaria o litígio, uma vez que desprovida da nota da eficácia.¹³⁷

¹³⁷ ROCHA, Cesar Asfor. **A luta pela efetividade da jurisdição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p.72.

A frustração pelo pagamento não honrado da fatura na data do vencimento pelo devedor ou da obrigação de fazer não cumprida pelo executado decorrentes de inúmeras relações contratuais existentes, causa profunda instabilidade e frustração quando ajuizada a ação e com todos os percalços envolvidos em busca do bem jurídico tutelado, não se efetivam os comandos judiciais determinados na sentença, sem levar em conta o tempo de duração que o litígio pode levar para amadurecer até esse ponto.

Que dirá se a matéria for de natureza penal e mais, tratando-se de réu preso, naturalmente, esse desejará ser julgado o mais breve possível, independentemente de ter sido o autor do fato, desde que suas garantias sejam asseguradas. No entanto, sem que isso importe em esquecer os anseios na realização da justiça do ponto de vista vítima que sofreu a ação do agente. A nenhum dos dois pode ser razoável aguardar um tempo injustificável para o julgamento em definitivo do processo judicial.

Desarrazoado é o clima de insegurança e instabilidade jurídica que se produz na sociedade brasileira que está habituada a conviver diariamente com a naturalização da barbárie em todos os seus aspectos e segmentos, incorporando ao cotidiano cenas tristes e graves como se fosse algo “normal” ou de somenos importância, tamanha a descrença na efetividade da jurisdição em todos os seus aspectos, em meio a tantas experiências históricas já vividas, especialmente, àquelas que consagram a impunidade na prática delitiva.

Nesse espaço-tempo da prestação jurisdicional, em meio ao conflito da revolução tecnológica e as tensões midiáticas em detrimento aos direitos fundamentais do indivíduo, Marco Aurélio de Mello, prefaciando obra do autor citado faz as seguintes considerações pontuais:

E continua a girar a roda da fortuna, cada vez mais rapidamente. Agora, já não se pauta pelo toque das horas – na era da internet, do pulsar dos bytes, a medida do tempo é o segundo, microssegundo, até. Não mais que um simples toque do indicador aciona a varinha mágica do mouse – é o quanto basta para obter a informação instantânea, a imagem panorâmica do mundo, das galáxias. No século dos satélites, tudo urge; a lentidão burocrática dos cartórios parece mesmo verdadeiro *non sense*...

Eis aí o enorme contra-senso em que se enredam diariamente instituições erguidas sobre o alicerce da tradição, como o Judiciário: diante do frenético ritmo das mudanças exigido pela pós-modernidade, é o freio da segurança que não admite concessões.

Onde, então, o equilíbrio apaziguador? Como conciliar a cultura depurada em milênios com a velocidade vertiginosa das performances midiáticas? A pressão que advém desse antagonismo põe a nu o que pode ser considerado, aos olhos da população, o tendão de Aquiles, a maior fragilidade do sistema jurídico brasileiro – a morosidade na entrega da prestação jurisdicional, cujas consequências, infelizmente, são o desalento de quem a requer e o descrédito

para aqueles que, mesmo unguídos de toda abnegação, vêm-se impotentes para debelar a avalanche cotidiana de processos.

Os perigos de tais posturas, Kafka outrora bem os revelou ao enunciar, no magistral “O Processo”, que a Justiça existe para quem nela acredita. Destarte, a perda dos valores simbólicos, carcomidos pelas algemas da lentidão, inevitavelmente acabará resultando na prevalência da lei do mais forte, na exacerbação do poder econômico, acabrunhando sempre e mais o desvalido cidadão comum.¹³⁸

A indagação do autor procede na medida em que há grande dificuldade de se achar o “termômetro” que vai medir a crise de lentidão processual, por conta do modelo arcaico e ultrapassado do serviço público judicial que se moderniza também lentamente em prejuízo das garantias constitucionais do indivíduo, de um lado e, de outro, o ritmo frenético e veloz com que as informações chegam aos mais diversos destinatários pelas redes sociais, nem sempre esclarecendo, instruindo e formando pessoas.

Bem à propósito afirmou J. J. Gomes Canotilho:

O homem necessita de segurança para conduzir planificar e conformar autônoma e responsabilmente sua vida. Por isso, desde cedo se consideravam os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança como elementos constitutivos do Estado de Direito.¹³⁹

Sem esse garante proporcionado pela segurança jurídica das relações entre o Estado e o indivíduo, torna-se demasiadamente inviável o exercício com tanto descrédito.

Nesse aspecto, Arnaldo Wald analisando a concepção de Hans Kelsen quanto à posição hierárquica das normas jurídicas, menciona a obra de dois autores que trataram do tema:

François Ost e Michel Van De Kerchove afirmaram que a doutrina de Hans Kelsen, que concebia as normas jurídicas como constituindo uma pirâmide, baseou-se num mundo caracterizado pela ordem e pela estabilidade, no qual prevaleciam a soberania nas relações internacionais e a ordem jurídica estatal no plano interno. Fazia sentido, naquela época, a concepção *kelseniana* da estrutura jurídica, revelando o sistema hierárquico das normas que se confundia com o próprio Estado. Agora, ao contrário, o direito é concebido como uma rede, de modo mais democrático.¹⁴⁰

¹³⁸ MELLO, Marco Aurélio. **A luta pela efetividade da jurisdição**. Revista CEJ, Brasília, Ano XI, n. 39, p. 88-90, out./dez. 2007. Disponível em <http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/954/1127>. Acesso em: 05 set. 2019.

¹³⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra – Portugal: Livraria Almedina, 2003, p. 256.

¹⁴⁰ WALD, Arnaldo. Princípios Constitucionais fundamentais. Estudos em homenagem ao professor Ives Gandra da Silva Martins. **O princípio fundamental da segurança jurídica**. Velloso, Carlos Mário da Silva (Coord.) Rosas, Roberto (Coord.) Amaral, Antônio Carlos Rodrigues do (Coord.). São Paulo: Lex Editora. 2005, p.217.

Daquela época até o momento, muitas mudanças significativas ocorreram na história e no direito. O processo democrático que cria condições mais participativas para a população, em regra, tem o benefício e a vantagem de fiscalizar a execução à contento por diversas vias e o Poder judiciário na entrega do bem jurídico com eficiência não está isento, assim como qualquer outro órgão público. Mas, ainda assim, as agências reguladoras, os órgãos fiscalizadores e demais instrumentos de controle para a efetivação dos direitos assegurados, de igual forma, devem servir ao usuário desse sistema.

Desde o pensamento que dominou o mundo do filósofo Aristóteles, de que a Terra era o Universo e que predominou durante toda a Idade Antiga, Média e começo da Renascença, muito mudou mesmo, a partir do Universo de Copérnico (Nicolau Copérnico 1473-1543). Galileu Galilei (1564-1642), entendeu que precisava derrubar (com o cuidado necessário), as ideias aristotélicas predominantes e, seguidas cegamente. Com sucesso, fez nascer o conceito de inércia, a partir de experiências simples com planos inclinados (em especial bolas), baseadas na observação e na experiência que decretaram o fim da teoria aristotélica acerca do movimento das bolas na superfície de que, quanto mais lisa fosse a superfície, mais tempo demorava uma bola para parar, daí concluiu que, se não houvesse nenhum atrito a bola nunca pararia.

Isaac Newton (1643-1727) deu continuidade ao raciocínio de Galileu Galilei no que tange às trajetórias parabólica de projéteis, introduzindo dois postulados: o espaço é absoluto e o tempo subjetivo, tendo sido citado por Aury Lopes Júnior e Gustavo Henrique Badaró, ao abordarem o paradigma newtoniano que retratava o pensamento dominante daquela época:

[...] para NEWTON o universo era previsível, um autômato, representado pela figura do relógio. Era a ideia do tempo absoluto e universal, independente do objeto e de seu observador, eis que considerado para todos e em lugar todos os lugares. Existia um *tempo cósmico* em que Deus era o grande relojoeiro do universo. Tratava-se de uma visão determinista com a noção de um *tempo linear*, pois para conhecermos o futuro, bastava dominar o presente.¹⁴¹

Hoje, a visão determinista não mais encontra nem espaço e nem tempo em face dos avanços tecnológicos, científicos, aeroespacial, enfim, em todos os setores do conhecimento científico e da percepção da existência humana.

Immanuel Kant ao tratar da estética transcendental optou pela exposição metafísica do conceito de espaço e tempo pois considerou que, exteriormente, o tempo não pode ser notado, assim como, em nós, não podemos considerar o espaço como alguma coisa interior.

¹⁴¹ LOPES Jr, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável**. Rio de Janeiro: Editora Lumem Juris, 2009.

As representações dos objetos postas no espaço devem necessariamente ter algum significado para fazer sentido interno ao observador. Os espaços tratam-se de representações parciais do próprio espaço dessa grandeza sem fim, ou seja, uma série infinita de representações, onde todas as partes coexistem no infinito. Não se trata de um conceito, mas, sim, uma intuição *a priori*, é a única condição subjetiva de sensibilidade, diante da qual a intuição externa é possível para nós.¹⁴²

Só perceberemos o espaço enquanto nos for sensível pelo seu aspecto subjetivo, fora disso, o espaço não significa nada para o autor.

E a exposição metafísica do tempo é a que segue:

O tempo é uma forma pura da intuição sensível, não um conceito discursivo ou geral. Tempos diferentes são partes de um mesmo tempo. Trata-se de uma intuição, uma representação que pode ser dada por um único objeto. [...] A natureza infinita do tempo significa que toda quantidade fixas de tempo só é possível como limitações de um só tempo, no qual é fundamentada. Logo, deve ser considerada sem limites a representação primitiva do tempo. Quando as partes próprias e quantidades todas de um objeto só podem ser representadas e fixas mediante uma limitação, então a representação inteira desse objeto não pode ser dada por conceitos (nos conceitos só estão contidas representações parciais), devendo fundamentar-se numa intuição parcial.¹⁴³

E, uma das conclusões que se permite fazer dessa exposição metafísica dos conceitos, é que o tempo é a distinção formal *a priori* dos fenômenos em geral. O espaço apenas é a condição *a priori* para os fenômenos exteriores, por ser forma pura de todas as intuições externas.¹⁴⁴

À depender do ângulo de visão que se observa e do ponto de vista do observador de como se percebe e percebe o mundo ao seu redor – aqui entendido como o réu, sujeito de direitos, em princípio, a velocidade na tramitação do processo perante o Poder Judiciário passa a ser muito relativa.

Na sociedade hodierna de linguagem fluida e de valores líquidos, onde as coisas acontecem numa fração de segundos, tudo é muito relativo e acumulam-se os problemas abordados na modernidade líquida de Zygmunt Bauman.

As noções de cedo e tarde, assim como perto e longe, significavam quanto esforço seria necessário para que um ser humano percorresse certa distância. As pessoas poderiam dizer que espaço é o que se pode percorrer em certo tempo, e que tempo é o que se precisa para percorrê-

¹⁴² KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Trad. Lucimar A. Coghi Anselmi; Fulvio Lubisco. Martin Claret, 2009. (Coleção Obra Prima de cada autor), 2013, p. 33-34.

¹⁴³ Idem, p. 38.

¹⁴⁴ Ibid., p. 39.

lo. A modernidade é, mais do que qualquer coisa, a história do tempo, é o tempo em que o tempo tem história. Quando surgiram meios de transporte não-humanos e não-animais, o tempo necessário para viajar de um lugar a outro deixou de ser característica da distância, tornou-se, em vez disso, atributo da técnica de viajar. O tempo tornou-se problema do hardware que o homem pode inventar, construir, apropriar, usar e controlar. O tempo pode ser mudado e manipulado. Tornou-se o parceiro dinâmico no casamento tempo-espaço.¹⁴⁵

O tempo é algo moderno, este pode ser manipulado, mudado não mais está vinculado ao espaço, território ou ponto fixo. Mas será que sobreviverá o tempo sem o espaço?

Zygmunt Bauman diz que a instantaneidade que se faz em apenas um “momento no tempo” fará com que o espaço perca seu valor e conseqüentemente seu significado de ser. As pessoas mais próximas a instantaneidade, ou seja, que agem e se movimentam velozmente são as que mandam (detém o poder), as que não se movimentam e nem agem com tal rapidez serão os que obedecem.

Podemos aqui constatar que a dominação consiste na própria capacidade de escapar, de estar “em outro lugar”, aumentar ou diminuir seu deslocamento e interferir ou até mesmo determinar a velocidade do outro.

Oportuna é a reflexão sobre a maturidade do processo penal como deve ser entendida. Nem célere demais, tampouco, morosa como a temos. Em ambos aspectos, os direitos e garantias fundamentais haverão de ser atingidos e em nenhuma das hipóteses efetivados.

Lucia Santaella pondera quanto à necessidade de refletirmos a sociedade que temos, a partir daquela compreendida no cenário de Zygmunt Bauman, principalmente, como ela se caracteriza pela singularidade de ser incapaz de manter a forma. Tudo muda, tudo flui e muito depressa e apressadamente:

O advento da modernidade líquida produziu profundas mudanças na condição humana, o que requer que repensemos os velhos conceitos que costumavam cercar as narrativas das estruturas sistêmicas agora derretidas pelos fluidos.¹⁴⁶

Aury Lopes Júnior defende que o processo tem seu tempo de maturação e deve evitar distorções que resultem em dilações indevidas:

O processo nasceu para retardar e dilatar o tempo de reação. Mas, ao lado dessa regra basilar, devemos (também) considerar que o processo que se prolonga indevidamente conduz a uma distorção de suas regras de

¹⁴⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 128.

¹⁴⁶ SANTAELLA, Lúcia. **Linguagens Líquidas na Era da Modernidade**. São Paulo: Editora Paulus, 2007. p.14.

funcionamento, e as restrições processuais dos direitos do imputado, que sempre serão precárias e provisórias, já não estão mais legitimadas na medida em que adquirem contornos de sobre custo inflacionário da pena processual, algo intolerável em um Estado Democrático de Direito.

Contudo, não se pode cair no outro extremo, no qual a duração do processo é abreviada (aceleração antigarantista) não para assegurar esses direitos, senão para violá-los, atropelando as garantias fundamentais.¹⁴⁷

No próximo tópico serão abordados aspectos pontuais de algumas reformas legislativas que alteraram ritos procedimentais para apuração das mais diversas infrações penais previstas no código de processo penal e, como se observará, mesmo com toda boa vontade do legislador para empreender maior celeridade e economia processual aos atos de apuração da responsabilidade criminal, as experiências empíricas têm dado conta de constantes violações aos mais mezinhos princípios processuais e graves violações aos direitos e garantias fundamentais do denunciado, o que não condiz com a aplicação da eficiência jurídica no processo penal democrático que almejamos.

Faz lembrar escrito datado de 1763, publicado em julho do ano seguinte, na obra de Cesare Beccaria que apesar do tempo decorrido, parece bem presente o cenário quando afirmava que:

[...] O processo mesmo deve concluir-se no tempo mais breve possível. Que contraste é mais cruel do que a indolência de um juiz diante das angústias de um réu? De um lado, os confortos e os prazeres de um magistrado insensível; do outro, as lágrimas, a desolação de um preso? [...] a presteza da pena é mais útil porque, quanto mais curto o tempo que decorre entre o delito e a pena, tanto mais estreita e durável no espírito humano é a associação dessas duas ideias, *delito e pena*; [...] É pois de suma importância a proximidade do delito e da pena, se se quiser que nas mentes rudes e incultas o quadro sedutor de um delito vantajoso seja imediatamente seguido da ideia associada à pena. A longa demora não produz outro efeito além de dissociar cada vez mais essas duas ideias; e ainda que o castigo de um delito cause uma impressão, será menos a de um castigo que a de um espetáculo, e isso só acontecerá após ter-se atenuado nos espectadores o horror de um certo delito em particular, que servirá para reforçar o sentimento de pena.¹⁴⁸

Ainda que se possa dissentir do autor quanto aos fins da pena, matéria que não será objeto de abordagem, porquanto fugirá ao tema aqui proposto, decerto que o cerne da questão e o contexto daquela época transportado para os dias de hoje empresta muito aprendizado na linha do tempo.

¹⁴⁷ LOPES Jr, Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2014, p.210.

¹⁴⁸ BECCARIA Cesare, BonesanaMarchesidi. **Dos delitos e das penas**. [1738-1794]. Trad. Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p.81.

A falsa sensação de segurança que é transmitida à sociedade pelos meios de comunicação e parte dos órgãos de segurança do Estado com nítida visão punitivista e encarceradora, calcado na ideia de que a prisão antecipada à condenação com trânsito em julgado é necessária para conter a criminalidade e os avanços da impunidade, são falácias que se prestaram à conveniências e oportunismos para se ajustar o discurso do Poder Judiciário com os anseios da população que carece por segurança. Resta saber quem é que clama por isso, sem a devida observância aos direitos e garantias constitucionais.

Nicolás González-Cuéllar Serrano defende que a legitimidade da sentença encontra seu respaldo no diálogo que tem durante o processo:

El proceso, como sucesión ordenada de situaciones comunicativas, tiene como objetivo el conocimiento de los mensajes por sus destinatarios, así como la finalización del debate em um tiempo razonable, para la adaptación que le ponga final conflicto de forma definitiva e irrevocable. El dialogo es un instrumento de adquisición de conocimiento, pero no cualquier dialogo interessa a la jurisdicción, sólo sirve a su finel que resulta útil para la dispensa de tutela judicial efectiva a las partes.¹⁴⁹

O tempo e a duração razoáveis sob a perspectiva constitucional em que se encontra o direito processual penal brasileiro e, se desenvolvem os institutos mais importantes e regras nele previstos, notadamente, no âmbito do código de processo penal, requer uma atenção mais detida por se tratar de um diploma datado de 1941, estando, portanto, em plena atividade para conduzir as possíveis soluções das controvérsias.

A afirmação da eficiência jurídica neste ou naquele caso, vai depender da análise nos diplomas legais envolvidos sob o prisma constitucional garantista, considerando a própria estrutura em que se acha a jurisdição distribuída para dar essa concretude e, portanto, real acesso à Justiça que a Lei Maior assegura aos processados em geral, sobretudo, ao réu no processo penal que é a parte mais frágil da relação jurídica, cumpre medir o tempo de espera do ponto de vista daquele que ocupa a posição no polo passivo e que sofre a ação do Estado e, em que velocidade se desenvolvem os atos que poderão afetar o estado mental desse indivíduo.

Um dia na prisão pode corresponder a sensação de estar a um mês encarcerado, ou mesmo para aquele que teve a experiência de ficar confinado, pouco importando a quantidade de dias, em quase absoluta segregação de contato com a população carcerária, à exemplo do Regime Disciplinar Diferenciado, no momento em que a liberdade é restabelecida, a impressão

¹⁴⁹ SERRANO, Nicolás Gonzalez-Cuéllar. **Legalidad y Defensa. Garantías Constitucionales del Derecho e la Justicia Penal.** La legitimación de la decisión judicial em el diálogo procesal. Madri: Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, 2015, p.19.

poderá ser de uma eternidade que se passou e toda a vida se esvaiu no mais absoluto vazio de um tempo perdido.

Não é somente o autor que tem direito à prestação jurisdicional, porquanto o réu também busca o resultado útil do processo. Se, de um lado, quem promove a ação penal (pública ou de iniciativa exclusiva do ofendido) almeja a condenação do acusado (querelado) este, por sua vez, tem direito de buscar a declaração em sentido contrário, em sintonia com o princípio de isonomia processual e paridade de armas que tem por escopo a prestação jurisdicional justa.

Para France Farago:

[...] não é preciso censurar demasiadamente a lentidão da justiça: ela faz parte do ritual do qual esta é objeto desde a instituição de um terceiro elemento para resolver as desavenças que dividem os homens e para contornar o processo de vingança. Quem, então, seria favorável a uma justiça rápida?¹⁵⁰

Certo que o ritual não apenas é necessário, mas, integra a própria essência do Poder Judiciário em sua atividade primordial que é promover a regularidade dos atos processuais e desenvolver a marcha do processo sem atrasos injustificáveis até culminar com o pronunciamento jurisdicional final do mérito da causa, prossegue o autor defendendo o entendimento que advoga a partir da obra de Antoine Garapon:

[...] a justiça segrega as formas de que necessita para moderar seu andamento. A supressão do quadro simbólico, no seio do qual ela é exercida, criaria uma clandestinidade que constituiria um perigo para a liberdade individual. [...] Analisar o ritual judiciário é, do ponto de vista antropológico, um grande ensinamento. No que diz respeito ao processo, há princípios em que ninguém questiona a justiça, a legitimidade da lei. Deste modo: a obrigação de ouvir as duas partes em um litígio (*audiatur et altera pars*) ou a proibição de ser juiz em sua própria causa (*nemo iudex in sua causa*). Em outras palavras, a imparcialidade enquanto princípio de justiça é incontestável.¹⁵¹

A indagação acima é pertinente, se levarmos em conta três decisões judiciais de mérito que foram proferidas em plena audiência de custódia de presos. A concentração de todos os atos processuais da Lei de Drogas (11.343/2006) e das regras do rito comum ordinário, prevista no art. 396 e seguintes do Código de Processo Penal, chama a atenção pelo inusitado:

A primeira ocorreu em maio de 2019, junto a Justiça Federal do Mato Grosso, no juízo da 1ª Vara Federal de Naviraí/MS e se relacionava à um caso de contrabando de cigarros:

¹⁵⁰ FARAGO, France. **Justiça: A justiça como terceiro elemento indispensável para afastar o espírito de vingança**. Trad. Maria José Pontieri, Barueri: Manole, 2004, p.309.

¹⁵¹ Idem, p.310.

O juiz Federal Ricardo William Carvalho dos Santos, da 1ª vara Federal de Naviraí/MS, realizou na primeira semana de maio uma audiência de custódia e recebeu denúncia oferecida pelo MPF.

A defesa apresentou resposta à acusação, que foi examinada e, em seguida, houve instrução criminal (oitiva das testemunhas por meio de videoconferência, interrogatório do réu e apresentação das alegações finais). Por fim, foi proferida a sentença e intimadas as partes. Todos os atos foram realizados na tarde do mesmo dia.

Trata-se de um projeto-piloto, para realização da audiência de custódia, instrução criminal e julgamento em uma mesma oportunidade. A ideia é utilizar o aparato judicial, já movimentado por causa da audiência de custódia em casos de baixa complexidade.

O caso envolvia contrabando de cigarros, fato comum na região de fronteira com o Paraguai. Na oportunidade, tanto o MPF quanto a defesa abriram mão do direito de recorrer, e a sentença transitou em julgado no mesmo dia. O réu foi condenado a dois anos e 11 meses de reclusão, em regime semiaberto.

Todos os atos foram realizados em algumas horas, apenas um dia depois da prisão em flagrante. Apesar da celeridade do processo penal, todos os direitos constitucionais do acusado foram plenamente respeitados.

A concentração dos atos no mesmo dia da audiência de custódia traz vários benefícios para o sistema criminal: gera menos custo para o Poder Judiciário e para a sociedade; diminui o congestionamento da pauta de audiências, pois não há necessidade de agendamento de audiências posteriores; otimiza o trabalho da Justiça Federal e dos demais órgãos; produz eficiência da colheita dos depoimentos; evita a possibilidade de prescrição do crime por conta da demora, o que não é raro de acontecer em varas de fronteira com competência mista – cível e criminal; e reduz o tempo de prisão cautelar dos indivíduos detidos.

O referido projeto foi realizado, ainda em processo físico. A expectativa é que, com a implantação do processo eletrônico na Subseção de Naviraí, no decorrer deste mês, a concentração seja facilitada e haja a possibilidade de aplicação em outros casos ditos repetitivos, não complexos e sem necessidade de diligências complementares, tais como perícias.

É importante mencionar que a concentração dos atos em um mesmo dia só foi possível porque houve a contribuição e engajamento dos demais órgãos participantes do sistema criminal: MPF, que ofereceu a denúncia com rapidez; Polícia Rodoviária Federal, que disponibilizou os policiais que efetuaram a apreensão dos cigarros, para serem ouvidos por meio de videoconferência; Polícia Federal, que elaborou com agilidade o laudo simplificado dos cigarros apreendidos; e Ordem dos Advogados, já que o advogado de defesa entendeu a importância da concentração dos atos e não opôs resistência à implementação do fluxo processual concentrado.¹⁵²

A segunda ocorrência, se deu em julho de 2019 e noticiava uma prisão de indivíduos por tráfico de drogas, os quais foram encaminhados para audiência de custódia na 6ª Vara dos Crimes Punidos com Reclusão de Goiânia/GO:

¹⁵² Portal Tribunal Regional Federal – 3ª região: www.trf3.jus.br. Acesso em 05 set. 2019.

A juíza de Direito Placidina Pires, da 6ª vara dos Crimes Punidos com Reclusão de Goiânia, realizou audiência de custódia e, na mesma ocasião, sentenciou os réus.

A medida, segundo a magistrada, tem o objetivo de “tornar mais ágil a tramitação dos feitos criminais, com inúmeros benefícios para os réus, que têm sua situação processual resolvida imediatamente, bem como para as partes e para o próprio poder público, haja vista a economia de inúmeros atos processuais que foram concentrados em um único ato processual”.

Durante a oitiva, após a verificação de legalidade da prisão e de mantida a prisão preventiva dos conduzidos – presos por suposta prática do crime de tráfico de drogas – o representante ministerial ofereceu denúncia por escrito. Em seguida, os acusados foram notificados, apresentaram defesa prévia, por meio dos advogados constituídos, e a denúncia foi recebida.

“Como as partes dispensaram as testemunhas em juízo – contentando-se com os depoimentos colhidas na Delegacia de Polícia – houve o julgamento antecipado da lide. Os réus foram qualificados e interrogados e, em seguida, foi proferida a sentença em audiência”, explicou a juíza.

A sentença durante a audiência de custódia é prevista conforme o enunciado nº 45 do Fórum Nacional de Juízes Criminais, que resguarda o direito à ampla defesa e ao contraditório.

Os réus foram denunciados pelo MP/GO por tráfico de drogas. A defesa, por sua vez, alegou que João Alexandre Cavalcante é réu primário e pediu a diminuição de pena do artigo 23, § 4º da Lei de Drogas e a desclassificação do crime de Lucas de Oliveira para posse de drogas.

A magistrada condenou o primeiro réu a um ano e oito meses de reclusão e quanto ao segundo réu julgou procedente a tese da defesa e remeteu os autos ao Juizado Especial Criminal.¹⁵³(Processo: 2019.0088.1866)

A terceira decisão de mérito proferida em setembro de 2019, em plena audiência de custódia, se deu na 1ª Vara Federal Criminal de Assis/SP, onde os fatos versavam sobre crime de circulação de moeda falsa:

O juiz Federal Luciano Tertuliano da Silva, da 1ª vara de Assis/SP, realizou audiência de custódia de um homem que havia sido preso em flagrante pelo crime de introduzir em circulação moeda falsa.

Por ocasião da audiência, as partes concordaram em iniciar o processo penal na mesma data, com o oferecimento da denúncia pelo MPF, citação do réu, oferecimento de resposta à acusação, interrogatório e a realização de todos os demais atos processuais até a prolação da sentença.

O homem teria comprado no Paraguai mil reais em cédulas falsas (20 notas de R\$ 50), pagando R\$ 200. Ele foi preso no dia ao tentar usar as três últimas notas que possuía para pagar despesas em um Hotel de Assis. O réu admitiu ter repassado as outras 17 notas em pequenos comércios de uma cidade vizinha.

No decorrer da audiência de custódia, a defensora constituída pelo acusado havia pedido a concessão de liberdade provisória, alegando, dentre outros motivos, a primariedade do agente e a residência fixa. O MPF, por sua vez, não se opôs ao pedido por entender que não se encontravam presentes os motivos ensejadores da prisão cautelar.

¹⁵³ Portal do Tribunal de Justiça de Goiás: www.tjgo.jus.br. Acesso em 05 set. 2019.

Após o magistrado verificar que o inquérito policial já fornecia provas suficientes da materialidade e autoria, estando ausente qualquer circunstância que conferisse gravidade ao delito, autorizou ao acusado entrevista pessoal e reservada com sua defensora, o que resultou no acordo entre as partes para o desencadeamento do trâmite processual e a realização de todos os demais atos. Foi fixada a pena privativa de liberdade de três anos de reclusão, convertida em duas penas restritivas de direitos. Como as partes foram intimadas da sentença em audiência e manifestaram não ter interesse em recorrer, renunciando ao respectivo prazo, foi certificado o trânsito em julgado e iniciada a audiência admonitória, saindo o réu com data designada para o início do cumprimento da pena de prestação de serviços à comunidade e com as guias para o pagamento da pena pecuniária.

O juiz Luciano Tertuliano da Silva ressaltou que a celeridade processual somente foi possível em virtude da garantia de observância dos primados da ampla defesa e do contraditório, possibilitada pela soma das seguintes circunstâncias: a) dedicação da autoridade policial permitindo a presença suficiente de provas acerca da autoria e materialidade no inquérito policial já por ocasião da audiência de custódia; b) inexistência de antecedentes criminais por parte do agente e prova da manutenção de residência fixa no local em que o crime foi praticado; c) preservação dos elementos de estabilidade da relação jurídica processual – ampla defesa e contraditório – mediante expressa e ampla aceitação dos advogados de defesa e do representante do MPF em proceder nesses termos.¹⁵⁴

Tirante a peculiaridade do fato que todas as decisões foram condenatórias, muito embora, textualmente, terem afirmado “salvaguardadas” todas as garantias constitucionais dos presos naquela audiência de metamorfose procedimental, onde se desfigurou a natureza do ato processual de apresentação do custodiado para a Autoridade Judiciária (que tem fim específico), passou-se ao julgamento do mérito, sem garantir o direito à produção de provas em instrução previamente designada para momento futuro.

Esse modelo ou postura que foi adotada, ainda que possa ser uma parcela insignificante da magistratura federal e estadual, demandam reflexão e expressam preocupação na forma e conteúdo, em razão da grandeza dos direitos envolvidos e dos diplomas legais e constitucionais violados, independentemente da observação de que não houve oposição das partes.

O processo não deverá se estender, indeterminadamente, sob pena de impor ao acusado uma sanção antes mesmo de eventual condenação. Isto porque, a posição que o réu ocupa na relação jurídica do processo criminal, por si só, já constitui um elemento estigmatizante para a pessoa perante a sociedade e a ele mesmo como indivíduo. Quanto mais perdurar o processo criminal, maior será o tempo que este sofrerá com o estigma da rotulação de ser réu em processo criminal.

¹⁵⁴ Portal do Tribunal Regional Federal – 3ª região: www.trf3.jus.br. Acesso em 05 set. 2019.

De outro lado, também não deverá ser concluído em um período demasiadamente breve de tempo, caso em que provavelmente se estaria deixando de observar as garantias processuais previstas aos acusados.¹⁵⁵ Aqui, necessário frisar que as formalidades do processo criminal não se confundem com um formalismo excessivo (pejorativamente compreendido). O cumprimento das formalidades previstas para o processo criminal é salutar para a observância dessas garantias processuais.

Não se pode olvidar que, estando inseridos no rol de direitos fundamentais, tanto o direito ao processo célere quanto o direito ao contraditório e à ampla defesa (*due process of law*), direitos e garantias, em princípio, não devem conflitar, mas harmonizar-se na busca da efetividade.

Se de um lado da balança a celeridade do processo visa atingir o escopo da utilidade, de outro, não pode sacrificar o ideal de justiça da decisão, que demanda um processo dialético-cognitivo exauriente que, por sua vez, demanda tempo.

Está-se diante, portanto, de interesses que, numa primeira análise, conflitam. É por isso que o Poder Constituinte Derivado cuidou em inserir mecanismo harmonizador ao sistema, ao determinar que a duração do processo seja razoável.

Observe-se que se trata de dispositivo aberto, porquanto requer acuidade ao aplicador na árdua tarefa de harmonizar as normas, o mesmo exigindo-se em relação ao legislador e ao administrador, porquanto esta disposição também a eles se dirige.

Neste sentido Isabela Dias Neves defende que:

O processo deve ter uma duração razoável, sob pena de se tornar inócua uma decisão tardia. O direito ao prazo razoável significa adequação temporal da jurisdição, mediante processo sem dilações indevidas, eis que o acesso à jurisdição envolve o direito de obter do Estado uma decisão jurisdicional em prazo razoável. Nessa busca, não pode haver a aceleração dos procedimentos, diminuindo-se as garantias processuais constitucionais. Nem agilização por amor ao ágil, simplesmente. Mais importante que ser ágil é ser, o processo, efetivo, eficaz, dizendo os direitos das partes em tempo que, não devendo ser longo, não pode ser açodado.¹⁵⁶

Daí o cerne da questão e o propósito do desafio que leva o título da pesquisa, para que seja discutido a coexistência, em harmonia, dos interesses individuais e os interesses estatais nessa relação de forças. Não sendo tarefa nada singela empreender celeridade para garantir

¹⁵⁵ GOMES, Décio Alonso. **Rápida abordagem sobre dromologia no Processo Penal.** In: Temas para uma perspectiva crítica do Direito: Homenagem ao professor Geraldo Prado (coord. Rubens R.R. Casara e Joel Corrêa Lima). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 323.

¹⁵⁶ NEVES, Isabela Dias. **O processo e o Estado Democrático de Direito.** Editora Meritum – Belo Horizonte – v. 1 – n. 1 – jul./dez. 2006, p. 223.

cumprimento de prazo razoável na formação da pretensa culpa que o Estado, por meio do processo penal, persegue para imposição da pena criminal. Daí, impõem-se-lhe a estrita obediência às regras da dialética processual considerando o réu como a parte mais frágil da relação jurídica e efetivação de seus direitos substanciais em jogo.

Fossem definidos pela norma, taxativa e previamente, os contornos do que consiste o direito ao processo penal em tempo razoável, com vistas à afastar a compreensão equivocada de buscar a celeridade do processo a qualquer custo, em detrimento das garantias constitucionais e legais do indivíduo, como sinalizam as demandas judiciais, já seria grande avanço.

Isso leva com que esse princípio constitucional inserido pela EC n.º 45/00, deve ser observado à luz dos demais princípios constitucionais informadores do processo penal, mormente o do devido processo legal, para uma compreensão possível e mais acurada, já que não é definida pela lei, o que venha a ser a duração razoável do processo judicial, sobretudo no âmbito da Justiça Penal, é de extrema valia para que se defina a qualidade do provimento jurisdicional.

2.3 Investigação policial e instrução criminal céleres: Os reflexos na produção da prova no processo com réu preso

Nesse processo de cognição, normalmente precedido por inquérito policial ou peças de informações, onde ambos instrumentos são enviados ao Ministério Público para a informação e formação da *opinio delicti* acerca dos fatos apurados e adotar as providências para instauração da ação penal ou não, é no vernáculo técnico, o meio de comunicação (linguagem), que quase sempre não é tão claro e preciso, para quem está no polo passivo da investida estatal, sobretudo, aqueles menos favorecidos cultural e economicamente.

O desenvolvimento da dialética processual em igualdade de condições, já teve seu espaço no tópico anterior, e agora, na quadra das relações mais tensas e intensas do Estado-investigação e o Estado-acusação contra o indivíduo, o atrito aumenta.

A maturidade temporal não é fundamental, apenas, para que haja melhor visibilidade dos fatos como tal ocorreram no passado, sempre atento à data em que o comportamento previsto na lei penal como nocivo à sociedade aconteceu. Para as investigações policiais, à cargo da Polícia Judiciária (Polícias Civil e Federal), nos termos do art. 4º do Código de Processo Penal, sejam aquelas mais simples, sejam as de maior complexidade e envergadura, o

tempo de duração que tomam certas investigações, pode ser determinante para o desfecho exitoso, sobretudo, no que concerne à autoria delitiva.

No âmbito dos meios de comunicação de massa, incluindo todos os veículos de difusão digital da informação acessíveis ao grande público, é preciso considerar que essas ferramentas exercem influência inegável na vida social brasileira na era da globalização,¹⁵⁷ não se podendo ignorar a capacidade substancial de interferência do campo jurídico.

Para Felipe da Veiga Dias, “o pensamento midiático em sua relação com o tema da criminalidade apresenta-se de forma oposta a tais construções, de modo a arquitetar um viés muito particular da ‘realidade’ e ao mesmo tempo distorcido na consecução de ideias”.¹⁵⁸

Retrata esse autor que a ameaça à criminologia crítica ante à contundência e a força da criminologia midiática que se estabeleceu nos últimos anos, determina uma influência contagiosa inclinada à marginalização do indivíduo que dissemina a cultura do ódio seletivo e protagoniza uma total inversão de valores na sociedade vitimada pelo aumento da violência e omissão do poder público:

Em tal relação entre meios de comunicação de massa e o crime é importante dizer que alguns discursos serão revividos e interligados a novas perspectivas, motivo pelo qual se deve esclarecer, rapidamente, algumas dessas vertentes que vão ser (mal) condensadas na criminologia midiática.¹⁵⁹

O poder de influência da mídia é percebido até na velocidade com que se apuram determinados delitos pela Polícia Judiciária brasileira, especialmente, naqueles em que os suspeitos - marginalizados pela sociedade por conta da sua cor, origem ou situação de miserabilidade econômica, verdadeiras, vítimas daquela parcela da sociedade que se consideram “pessoas de bem” ou que detém maior poder econômico - recebem tratamento diferenciados e abordagem visceral, com direito à roteiro de espetacularização na narrativa dos fatos, como noticiou Fabiano Justin Cerveira:

[...] nossa sociedade reage por meio de processos de estigmatização social, produzindo grande rechaço, por exemplo, aos acusados, tanto no meio social quanto no laboral. A estigmatização não só reverte-se subjetivamente em

¹⁵⁷ BECK, Ulrick. **Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade**. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011. p.47.

¹⁵⁸DIAS, Felipe da Veiga. **Criminologia Crítica e a Insustentabilidade da Criminologia Midiática: Reflexos Invertidos Para Compreensão da Criminalidade no Brasil**. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA. v. 29, n. 1.p.120. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/rppgd/index>. Acesso em 05 set. 2019.

¹⁵⁹ Idem, p. 121.

relação ao acusado, como também o rechaço social continua depois da soltura do preso, constituindo-se em grande dificuldade na reinserção do indivíduo. Consequentemente, os meios de comunicação fazem com que as matérias veiculadas na mídia sejam colocadas para o público instantaneamente, sem que se verifique se o indivíduo é inocente ou não. O importante é a audiência, o lucro obtido e não o bem cultural. Dessa forma, coloca-se para o público um fato que ainda não foi devidamente apurado, comprometendo inúmeros princípios que regulam nosso processo penal [...] ¹⁶⁰

As consequências da dinâmica desse atropelamento de garantias constitucionais em um país que adota em seu sistema jurídico o princípio da não culpabilidade são irreversíveis, quase sempre, depois da divulgação dos fatos pelo aqodamento midiático que ganha notoriedade e proporções inimagináveis, com comprometimento na produção da prova em solo policial e judicial. Não se pode deslembrar de, potencialmente, interferir na valoração destas provas por quem detém a obrigação de manter a imparcialidade e neutralidade para a efetivação da jurisdição à contento e dentro de tempo necessário, tanto quanto devido.

Que diremos, pois, dos crimes afetos à competência do Tribunal do Júri, em que os juízes do fato são cidadãos comuns que não tem, necessariamente, conhecimento jurídico e a inclinação natural para discernir quando se trata de apelo midiático ou se está diante de um fato que foi veiculado pela imprensa, apenas?

Não se pode esperar que o jurado tenha um raciocínio cartesiano e, com toda a isenção, se atenha, tão somente, à prova produzida durante à sessão plenária, seguidos da narrativa dos fatos pelas partes por ocasião dos debates orais, pois, naturalmente, trará para o dia do julgamento suas impressões pessoais e convicções extraídas dos fatos divulgados pela mídia e em geral pelas redes sociais.

Quando estamos diante de um caso de grande repercussão, em que a imagem do suspeito é exposta pela maioria dos veículos de comunicação, antes mesmo do processo ser inaugurado ou julgado em definitivo, a liberdade de imprensa, de um lado e, a presunção de inocência do suspeito, de outro, estarão em atrito.

Antônio Alberto Machado sustenta:

Nesse caso, o intérprete/aplicador deverá optar pela prevalência de um princípio sobre o outro, conforme o ‘peso’ que, no caso concreto, venha a atribuir a eles (sopesamento). Além disso, deve assegurar que o princípio prevalente não aniquile por inteiro o princípio cedente (ponderação). Isto é, se

¹⁶⁰ CERVEIRA, Fabiano Justin. **A violência do tempo no processo penal: em busca da redução de danos.** 2006.104f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. 2007. Porto Alegre: 2006. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp034051.pdf>>. Acesso em: 31 ago. 2019, p. 8.

no sopesamento o aplicador entender que deve optar pelo princípio da liberdade de imprensa, deverá zelar para que a presunção de inocência do réu e sua privacidade não sejam completamente aniquilados, coibindo por exemplo, o sensacionalismo das transmissões jornalísticas; se, no entanto, o intérprete/aplicador resolver prestigiar a presunção liberal de inocência, deverá garantir também algum grau de eficácia ao princípio da liberdade de imprensa e ao direito de informação, assegurando, por exemplo, a divulgação de alguns aspectos relevantes do fato e desde que haja interesse social na divulgação.¹⁶¹

Missão árdua e caminho espinhoso proceder a análise sobre a prevalência (sem aniquilação) entre um princípio e outro, sobretudo, em se tratando de matéria penal em que o ambiente hostil é constante, os ânimos quase sempre alterados e os interesses conflitantes, “pode-se dizer que a definição dos princípios do processo penal, bem como a efetivação prática deles é o resultado de um discurso persuasivo em que a tópica, a retórica e a dialética desempenham um papel fundamental.”¹⁶²

Plasmado nesse cenário, Décio Alonso Gomes critica a pouca importância dada aos fins de Direito Penal e a relevância de que é portador o Direito Processual Penal como instrumento de garantias constitucionais do indivíduo, na medida em que se cede com facilidade ao discurso genérico e de conotação eleitoreira do combate à impunidade e à criminalidade, no menor tempo possível:

[...] é o discurso oficial de promoção eleitoral, em verdadeira verbosidade. Não há, todavia, qualquer debate ou discussão sobre o déficit de garantias ou sobre a viabilidade de uma persecução lícita. Em verdade, não há qualquer indagação sobre as finalidades e missões do Direito penal e do Direito processual penal. Vive-se apenas um presente momentâneo regido pelo signo da efetividade e do combate à impunidade e à criminalidade, tudo, é claro, sem descurar do ritmo mais alucinado possível. No entanto, deve-se assentar que não há relação simétrica ou relação causal entre processo (penal), efetividade e impunidade. Inconjugável o discurso da eficiência e da presteza com o discurso das garantias, vale dizer, a questão das garantias e da forma (processual) não é causa geradora de ineficiência e da impunidade.¹⁶³

Marco Aurélio Nunes da Silveira, compartilha as dificuldades do nosso modelo processual penal em desalinhamento com o Texto Maior, quando confrontado à missão intransponível de separação cartesiana durante a instrução criminal, por exemplo, no caso de um sistema

¹⁶¹ MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de Processo Penal**. 5. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p.60.

¹⁶² Idem, p. 62.

¹⁶³ GOMES, Décio Alonso. **Rápida abordagem sobre dromologia no Processo Penal**: Temas para uma perspectiva crítica do Direito: Homenagem ao professor Geraldo Prado (coord. Rubens R.R. Casara e Joel Corrêa Lima). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 322.

acusatório puro, com segregação clara das funções de quem acusa e de quem julga. Assim, é possível identificar:

[...] esta cultura inquisitória, que sobrevaloriza o papel do juiz durante a instrução, cujas raízes estão na Idade Média, produz evidentes efeitos até os dias de hoje, apesar de toda moderação no modelo (inquisitório) operada em sucessivas reformas e, principalmente, após a Constituição de 1988. Basta observar como são conduzidas as audiências e comparar o papel desempenhado pelo juiz e pelo membro do Ministério Público. Em geral, o primeiro é o mais ativo, fala o tempo todo, pergunta, questiona, dirige os interrogatórios para o caminho que quiser, guiado por sua impressão do fato (e, assim, se afasta do ideal de imparcialidade); já, agora, o segundo, a quem deveria caber o papel principal na formação dos elementos de prova, é normalmente o mais silencioso, não raro deixando de formular perguntas e, verdadeiramente, ‘deixando’ o trabalho instrutório para o juiz. A lógica que orienta esta configuração processual tem natureza autoritária e representa a fé na capacidade do juiz de descobrir a ‘verdade’, independente da contribuição das partes.¹⁶⁴

Se ainda permanecemos com uma lei processual penal da década de 40, que não se alinha ao modelo constitucional vigente, não obstante as reformas processuais pontuais havidas ao longo do tempo, árdua tarefa vem sendo dedicada pela doutrina e jurisprudência no sentido de dar a devida interpretação da norma infraconstitucional, em conformidade com a Carta Política de 1988, dentro de suas respectivas categorias e grau de importância.

Como sinal de que a legislação processual penal está em muito ultrapassada, tramita lentamente no Congresso Nacional o que poderá vir a ser conhecido como o Novo Código de Processo Penal. Trata-se do Projeto de Lei n.º 8.045/2010 (originariamente PLS n.º 156), que já está com uma defasagem de 9 anos, sem qualquer perspectiva de aprovação na presente legislatura, em que pese a urgência que demanda por um instrumento alinhado com a Constituição Federal de 1988.

Enquanto isso, vai sendo construindo um quadro emaranhado de reformas pontuais ao Código de Processo Penal que, sob o pretexto de tornar a prestação jurisdicional mais eficiente e impingir celeridade e economia processual, foram editadas algumas leis, sem a menor preocupação com sistematicidade tão necessária.

À exemplo disso, temos a Lei n.º 11.689 (altera procedimentos do Tribunal do Júri), a Lei n.º 11.690 (que trata das provas) e a Lei n.º 11.719 (cuida dos procedimentos penais), promulgadas em junho de 2008 e que promoveram alterações substanciais ao Código de

¹⁶⁴ SILVA, Marco Aurélio da. **A cultura inquisitória vigente e a origem autoritária do código de processo penal**. R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 264 - 272, jan - fev. 2015, p. 272. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista67/revista67_264.pdf>. Acesso em 01 set. 2019.

Processo Penal. Nesse particular, convém analisar o princípio da eficiência jurídica aplicado ao Direito Processual Penal, com vistas à servir de base hermenêutica das inovações trazidas se estão alinhadas (ou não) à garantias constitucionais do indivíduo.

Para tanto, nenhuma norma infraconstitucional pode ser absorvida pelo ordenamento jurídico, sem submeter-se ao crivo de aceitação de três vetores axiológicos para que ocorra uma interpretação conforme a constituição no âmbito da persecução penal.

Para Nestor Eduardo Araruna Santiago, esse referencial valorativo se trata do princípio da dignidade da pessoa humana, que orienta toda e qualquer construção legislativa infraconstitucional; o princípio do devido processo penal, constituído por todos os direitos fundamentais insculpidos no art. 5º., CF/1988 e que tenham ligação direta ou indireta com a tutela do direito à liberdade; o princípio da proporcionalidade, que também ressalta sua importância, notadamente na aplicação prática do processo penal aos casos penais concretos.¹⁶⁵

Essa filtragem constitucional das normas que entraram em vigor, de um modo geral, é fundamental que se identifique a correspondente aprovação para sua eficácia e validade propriamente dita. Contudo, alguns pontos serão, apenas, destacados, porquanto a extensão temática da abordagem jamais comportaria a análise detida da evolução (ou não), após a entrada em vigor dessas reformas pontuais.

As reformas parciais tiveram foco concentrado nos direitos e garantias fundamentais previstos no art. 5º., CF/1988, modificando artigos importantes do Código de Processo Penal de 1941. Apesar de não revelar a necessidade de reparos significativos, não dispensa a conquista pela promulgação de um novo diploma processual que esteja estruturalmente em sua totalidade alinhado ao Estado Democrático de Direito.

O direito de defesa do réu, em sua maior expressão representado pelo interrogatório, e este, como meio de defesa, somente a ele compete o juízo de oportunidade e conveniência quanto ao exercício desse direito consagrado. Assim, falará ao fim da instrução probatória concentrada em um único ato (podendo ser designada nova audiência em continuação, a depender de cada caso), seja nos procedimentos penais comuns ou no rito especial do júri.

Ocorre, todavia, que a dinâmica das audiências criminais em geral, sobretudo, aquelas realizadas nos grandes centros urbanos como São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais, entre outros estados com elevados índices de ações penais judicializadas, dificultam o exercício da

¹⁶⁵ SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. **O princípio constitucional da eficiência e a minirreforma do código de processo penal.** Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC. 2008.p.88. Disponível em: <<http://periodicos.ufc.br/nomos/article/download/6433/4684/>>, Acesso em 05 set. 2019.

atividade profissional da Defesa e, conseqüentemente, reduzem ao mínimo a manifestação pessoal do acusado na autodefesa.

Atento às exigências procedimentais do rito ordinário, por exemplo, a que estabelece o prazo de dez dias para o denunciado ofertar resposta à acusação, caso não o faça no decêndio legal terá a prova preclusa.

O juiz natural da causa, deve presidir o feito sob sua responsabilidade com um olhar mais atento à efetivação dos princípios da isonomia e da paridade de armas, considerando a indiscutível superioridade de força, aparelhamento e estrutura do Estado em detrimento ao indivíduo processado nesta relação jurídico-processual. Por isso ao magistrado cabe o protagonismo garantista para ajustar e dar o devido equilíbrio em direção ao processo justo e democrático.

Eugênio Pacelli de Oliveira, entende que a redação do art. 189 do Código de Processo Penal para ter seu verdadeiro sentido na prática deve ser observado pelo juiz por meio da hermenêutica aplicada à norma infraconstitucional em conformidade com a constituição:

Embora a oportunidade para a indicação de provas pela defesa seja no prazo de dez dias após a citação (art. 396, art. 396-A, CPP) pensamos ainda aplicável a previsão do art. 189, CPP, na parte em que autoriza a indicação de provas pelo acusado por ocasião do interrogatório (explicação: tempo houve em que o interrogatório era o primeiro ato da instrução). É certo que no novo rito, art. 400, CPP, o interrogatório do acusado somente é feito após a produção de prova testemunhal e pericial, concentrando-se os atos de prova em uma audiência uma.

No entanto, sempre que a defesa estiver em descompasso com o depoimento prestado pelo réu no interrogatório, pensamos que o juiz deve determinar a produção da prova ali indicada. Sabe-se que, infelizmente, e por várias razões, o defensor, por vezes, se limita a arrolar as testemunhas da denúncia, o que, evidentemente, não atende aos interesses defensivos. Assim, em tais situações, o princípio da ampla defesa impõe a reabertura da instrução para que se produza a prova então requerida. Tal ocorrerá, muito provavelmente, nas hipóteses de réu preso, que não tenha advogado constituído. Seria possível exigir-se da Defensoria Pública o comparecimento permanente às prisões? Sem ouvir o acusado, como elaborar uma defesa escrita mais condizente?¹⁶⁶

A negativa de tutela jurisdicional parece ganhar espaço, diante de um questionamento desse jaez, se o magistrado não considerar, pelo menos, a hipótese de produzir a prova indicada pelo acusado em seu interrogatório que, como se sabe, é colhido após a realização da prova oral e pericial. Isso porque não se coaduna os princípios constitucionais tal postura.

¹⁶⁶OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 17.ed., rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2013.p.46.

Como já afirmado em relação à exiguidade do tempo para a preparação da defesa do indivíduo preso em flagrante e a audiência de instrução, momentos antes de ser ouvido, o dano ao direito de defesa será considerável e a leitura a ser feita do conjunto probatório será precária.

Antônio Scarance Fernandes analisando a reforma processual, sob o prisma constitucional do direito de defesa em relação à adequação do prazo para que seja elaborada à contento, defende que não é qualquer prazo, mas um prazo condizente com a necessidade da atividade a ser realizada.¹⁶⁷

Outras observações de cunho prático, teórico e filosófico são fundamentais para o aprofundamento de questões tão tormentosas, todavia, não caberiam dentro dos propósitos deste campo de investigação científica, até para não comprometer a delimitação do tema eleito.

Olhando para o Código de Processo Penal datado de 1941 e a Constituição Federal de 1988, Marco Aurélio Nunes da Silveira, reconhece inconciliável a convivência de ambos os diplomas por ser, um de viés autoritário e o outro, democrático:

A legislação processual penal brasileira autoritária, por sua vez, sobrevive há mais de 70 anos, apesar de toda a modulação operada por reformas pontuais e pela emergência de uma construção democrática e 'garantista', a estrutura segue regida pelos mesmos elementos culturais inerentes à *praxis* inquisitória, em especial à lógica da verdade real e o papel que o magistrado, desde aí, assume na condução da instrução. Poder-se-ia, ainda, mencionar a forma escrita que ainda prevalece, malgrado a opção legal pelo processo oral (após a lei 11.719/2008).¹⁶⁸

Essa cultura autoritária enraizada no âmago da construção normativa de uma lei que ainda perdura sem a devida filtragem constitucional, merece atenção do Poder Legislativo, até para fazer algum sentido o período em que foi o projeto elaborado, discutido e, possível aprovado para sua correspondente promulgação que a ordem jurídica anseia por essa adequação.

Exemplo dessa difícil convivência harmônica desses dois diplomas, se observa na necessidade do Congresso Nacional ter que reafirmar posicionamento do Supremo Tribunal Federal no ano de 2011, quanto à vedação do cumprimento antecipado da pena, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ao promulgar a Lei n.º 12.403/2011 (dispõe sobre a prisão, medidas cautelares e liberdade provisória) e que deu nova redação ao art. 283 do Código de Processo Penal. Ou seja, mesmo representando a vontade popular e reafirmando a do

¹⁶⁷SCARANCE FERNANDES, Antônio. **Processo penal constitucional**. 2.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 109

¹⁶⁸ Idem, p. 275.

constituente de 1988, condensando quase *ipsis litteris* o texto constitucional preconizado nos incisos LVII e LXI, do art. 5º, ambos da CFRB de 1988, nunca se viu tanta e espantosa flexibilização interpretativa para atender às conveniências de política criminal e social, em detrimento da busca da aplicação do direito conforme positivado na razão jurídica para a qual foi construída propriamente dita.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, houve por bem mudar o entendimento anterior consolidado e amparada pela reforma legislativa ocorrida em 2011, passando a admitir a prisão imediata para cumprimento da condenação criminal confirmada em segundo grau de jurisdição no ano de 2016, por razões que não convém tecer maiores digressões.

Com a celeuma estabelecida, foram ajuizadas na Suprema Corte brasileira três Ações Diretas de Constitucionalidade (ADC) n.º 43, 44 e 54, respectivamente, de autoria do Partido Ecológico Nacional - PEN, Conselho Federal da Ordem dos Advogados - CFOAB e o Partido Comunista do Brasil - PCB, postulando a declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, apesar da clareza que a norma infraconstitucional expressa.

Em 07 de novembro do ano de 2019, as ações foram julgadas procedentes e o STF voltou a adotar o entendimento que havia abandonado, declarando a constitucionalidade do art. 283 do CPP.

Decisão: O Tribunal, por maioria, nos termos e limites dos votos proferidos, julgou procedente a ação para assentar a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, vencidos o Ministro Edson Fachin, que julgava improcedente a ação, e os Ministros Alexandre de Moraes, Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia, que a julgavam parcialmente procedente para dar interpretação conforme. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 07.11.2019.¹⁶⁹

Enquanto a norma processual não estiver integralmente alinhada ao texto constitucional, a instabilidade das relações processuais e a insegurança jurídica de seus resultados estarão suscetíveis à mudança de direção do vento, ora manifestado pela vontade popular nas redes sociais, ora por meio da cobertura midiática incendiária dos comentaristas, ou mesmo, em decorrência das medições de preferência do eleitor divulgadas pelos institutos de pesquisas.

Como consequência dessa situação precária e instável, agravada pela existência de uma justiça punitivista e encarceradora, o prejuízo na preparação da defesa do indiciado/réu preso pelo seu patrono são inúmeros. A começar pela restrição do contato pessoal e reservado entre

¹⁶⁹Portal Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>, Acesso em 07 nov. 2019.

o encarcerado e o advogado nos estabelecimentos prisionais e nos Distritos Policiais, seja por falta de estrutura adequada para garantir os direitos legais e constitucionais, seja porque não é pauta prioritária do Estado tal providência, o fato é que há restrições de toda ordem, em razão da política de segurança e da periculosidade presumida dos aprisionados que afrontam princípios constitucionais, como o da dignidade da pessoa humana, por exemplo.

Observe-se o rigor desumano e de discutível constitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), destinado àqueles que já se encontram presos, mas, por razões pontuais e por serem considerados de alta periculosidade, chefes de organizações criminosas, ficarão confinados ao isolamento celular sem contato com a população carcerária e/ou transferidos para cumprimento de suas reprimendas nos presídios de segurança máxima.

De se questionar a qualidade e efetividade da defesa técnica que será realizada nessas condições pelo profissional constituído, levando-se em consideração que o preso reúna condições financeiras para contratar um advogado de sua preferência e conte com o apoio de uma rede familiar, de trabalho e amigos para dar suporte e existência àquilo que determina a Carta Política a todos os processados, indistintamente, ou seja, o direito ao efetivo acesso à justiça entre outros direitos constitucionais.

Por outro lado, temos presos menos favorecidos, social e economicamente, que ficarão à mercê da primeira audiência no Fórum - a de custódia, com fim específico e restrito à prisão em si, ou, a de instrução criminal e de julgamento do mérito, momento em que o custodiado conhece o defensor público que atua na respectiva vara criminal, em razão da nomeação feita pelo juiz da causa, a fim de se entrevistar com o mesmo, minutos antes do interrogatório.

É possível que este assistido possa ser, eventualmente, beneficiado por alguma ordem de *habeas corpus* que lhe restitua a liberdade tolhida pelo Estado. Nesse caso, poderá se dirigir à Defensoria Pública e lá tomar conhecimento de sua situação jurídico-processual e, quiçá, colaborar com a sua própria defesa técnica apresentando documentos, papéis, testemunhas, provas que lhe for solicitada.

Enquanto esse cenário catastrófico avança no cotidiano forense, a preparação da defesa técnica ficará, portanto, reduzida a poucos minutos antes de iniciar a tomada do interrogatório judicial que o juiz concede para se avistar com o defensor público nomeado para prestar a assistência judiciária gratuita.

Frequentemente, a imprensa nacional divulga que os encarcerados do sistema prisional não se sujeitam às regras e ao controle estatal, quando a população carcerária deveria obediência já que estão à disposição da justiça com suas liberdades tolhidas. Entretanto, o que impera é a vontade, quase absoluta, dos detentos com poder de liderança nas organizações criminosas que

atuam dentro e fora das prisões espalhadas pelo Brasil. Logo, esse indivíduo, sujeito de direitos e titular de garantias constitucionais, quando é, literalmente, “jogado” nesses verdadeiros depósitos de seres humanos, fica fácil identificar as violações aos preceitos mandamentais e o descumprimento aos postulados legais da Lei de Execução Penal.

O preso, por sua peculiar situação, não pode contar com seus próprios meios e ninguém de seu meio, além do Estado que deveria garantir o mínimo indispensável à sobrevivência com dignidade no período em que estivesse custodiado. Todavia, os mais mezinhos princípios e direitos basilares previstos em lei não são observados, havendo omissão do Poder Público em todos os aspectos.

Enquanto esse cenário de indignância protagonizada e admitida pelo próprio Estado, confessando diariamente sua incapacidade para gestor público, que dirá em um ambiente hostil e de periculosidade que envolve o direito penitenciário e a imprescindível preparação da defesa técnica que envolve a orientação da autodefesa que restará mitigada aos poucos minutos de entrevista do defensor público ou advogado dativo, antes da tomada do interrogatório judicial.

O resultado é o prejuízo da ampla defesa e do contraditório que são reduzidos à um só golpe em audiência e o efetivo acesso à justiça cada vez mais uma utopia, ante às resoluções das controvérsias penais demasiadamente céleres e que não representam, necessariamente, um processo penal com eficiência.

Exemplo dessa celeridade abusiva e não garantista, são os procedimentos administrativos instaurados no âmbito dos estabelecimentos prisionais do estado de São Paulo, para ser mais específico, com vistas à apuração de possíveis responsabilidades por crimes/faltas graves praticadas por detentos do sistema prisional, que avançam sem nenhum pudor contra o direito de defesa e o contraditório assegurados constitucionalmente, mesmo que o aprisionado-investigado possua advogado constituído para representá-lo.

O princípio da publicidade parece estranho aos agentes penitenciários responsáveis pela condução do procedimento, porque se empenham na dispensa de intimação oficial do Advogado, mesmo se o suspeito de ter cometido a falta grave, por exemplo, declinar que dispõe de advogado de sua confiança para o representar, ou seja, a Administração Penitenciária envidará esforços para não avisar a família sobre o ocorrido, enquanto o indivíduo é subjugado a assinar documentos e papéis dispensando a presença do advogado de sua confiança, em contrapartida, ser-lhe-á nomeado para defesa um dos advogados da Fundação “Prof. Dr. Manoel Pedro Pimentel” de Amparo ao Preso - FUNAP.

Essa realidade problemática dos procedimentos administrativos no universo do sistema prisional, emparelha aos inquéritos policiais que se apressam em encontrar a autoria à qualquer

preço, por vezes, atua tendenciosamente a Polícia Judiciária -que já é um mal em si, comprometendo a isenção e a lisura para o acerto de eventual propositura da ação penal contra quem deveria.

Possivelmente, a presença desses ingredientes na apuração dos fatos - que se origina por portaria ou mesmo àquelas hipóteses em que a investigação se inicia por força da prisão em flagrante, tem sua razão de ser porque os procedimentos inquisitoriais previstos no código de processo penal de 1941 (arts. 4º ao 23º) exalam a matriz autoritária e que permite ainda hoje subsistir violências de toda ordem e gênero contra os direitos fundamentais.

Aury Lopes Júnior não ignora os meandros que obstaculizam o exercício do direito de defesa ao encarcerado ou mesmo do indivíduo que é investigado estando solto nessa fase embrionária da apuração preliminar com efetividade:

No inquérito policial, a defesa técnica está limitada, pois limitada está a defesa como um todo. Ainda que o direito de defesa tenha expressa previsão constitucional, como explicamos anteriormente, na prática, a forma como é conduzido o inquérito policial quase não deixa espaço pra a defesa técnica atuar no seu interior. Por isso diz-se que a defesa técnica na fase pré-processual tem uma atuação essencialmente endógena através do exercício do *habeas corpus* e do mandado de segurança, que, em última análise, corporificam o exercício do direito de defesa *fora* do inquérito policial. Dentro do inquérito basicamente só existe a possibilidade de solicitar diligências, nos estreitos limites do art. 14 do CPP. Contudo, é errado dizer-se que não existe direito de defesa no inquérito. Existir, existe, desde 1941, ainda que não tenha a eficácia que a Constituição exija.¹⁷⁰

Indo um pouco mais além dessa percepção restritiva no atuar da defesa técnica, pesamos que ela pode e deve ser proativa e de todo participativa nesse aminho da construção da verdade processual possível, ainda que não esteja nem próximo do ideal prescrito na legislação vigente.

Tratam-se de instrumentos assegurados e possíveis de ser empregados durante a fase policial e que já foi, inclusive, tratado no item anterior, ou seja, a previsão do contraditório mitigado em caso de flagrante delito, desde que o preso constitua advogado para assisti-lo ao interrogatório, bem como a possibilidade (ainda que polêmica e rejeitada por alguns setores da segurança pública pouco sensíveis às mudanças que valorizem o direito do investigado em contraponto ao interesse estatal) investigação defensiva.

Guardadas as devidas proporções, faz lembrar a desigualdade entre acusação e defesa trazidas pela narrativa histórica que faz Hannah Arendt ocorridas no julgamento de Nuremberg

¹⁷⁰ LOPES Jr, Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2014. p.226.

e no julgamento de Eichmann em Jerusalém em 1961, ambos semelhantes quanto à limitação do papel da defesa:

A principal limitação da defesa em Nuremberg, assim como em Jerusalém, era que lhe faltava o pessoal de assistentes de pesquisa necessários para examinar a massa de documentos e encontrar qualquer coisa que pudesse ser útil para o caso. Ainda hoje, dezoito anos depois da guerra, nosso conhecimento do imenso material de arquivo do regime nazista limita-se em grande parte à seleção feita com propósito de acusação.¹⁷¹

Vejamos que o relato da história reserva um capítulo sombrio à acusação quando esta é pautada no formato de justiceira e não guiada pelo devido processo legal, ainda que não se esteja a discutir o lado nefasto da história ocupado pelos nazistas, essas experiências devem ser trazidas à lembrança para reafirmar a importância dos avanços da humanidade, a partir da positivação dos direitos humanos nos mais diversos diplomas legais e constitucionais dos países que adotam a democracia como regime político em patamar de relevo, a fim de se sobrepor ao ranço autoritário ainda presente no código de processo penal de 1941 e caminhar em direção ao modelo de garantias fundamentais intransigíveis e fonte inspiradora da hermenêutica do novo constitucionalismo.

Esse panorama pode refletir negativamente na avaliação dos fatos por quem deduz a pretensão acusatória, podendo afetar a clareza com que deveria conhecer os fatos o órgão julgador para a melhor solução da controvérsia possível. Isso se dá porque preceitos mandamentais são negligenciados no momento da investigação que não se alinham à legalidade das formas e conteúdo no momento da obtenção do material probatório do ilícito penal praticado por meio do qual se pode, em tese, se chegar à autoria.

A produção de provas sofrerá o impacto dessas situações que se dão, diuturnamente, em prejuízo da verdade processual que se busca.

Gustavo Henrique Badaró, pondera:

A verdade processual traduz-se em um valor que legitima a atividade jurisdicional, não se podendo considerar justa uma sentença que não tenha sido precedida de um processo estruturado segundo regras que possibilitem uma correta verificação dos fatos. Justiça e verdade são, portanto, noções complementares ao exercício do poder. Se assim não fosse, seria melhor que o processo fosse decidido pela sorte, jogando-se dados.¹⁷²

¹⁷¹ ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 1999.p.243.

¹⁷² BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 4.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.p.382.

Ainda que seja impossível um conhecimento absoluto ou obter uma verdade incontestável dos fatos, a busca da verdade é que dá sentido ao processo penal e o justifica em grau de importância face aos demais diplomas legais, devido à alta complexidade na análise do comportamento de um ser humano (dolo/culpa) em meio ao projeto (instrumento) de reconstrução histórica dos fatos, em especial, a grande responsabilidade nas mãos do julgador, se a conclusão do bojo probatório apontar na direção da procedência da ação penal e, conseqüentemente, a necessidade de imposição da pena.

Entretanto, parte da doutrina defende o “império da verdade” e, portanto a busca da verdade real no processo penal é princípio que deve ser considerado pelo juiz criminal, diferentemente do juiz atuando no processo cível em que vigoram as presunções, as ficções, as transações que se conforma buscado à qualquer custo.

Dentre eles, Fernando da Costa Tourinho Filho incursiona afirmando:

[...] enquanto o Juiz não penal deve satisfazer-se com a verdade formal ou convencional que surja das manifestações formuladas pelas partes, e a sua indagação deve circunscrever-se aos fatos por eles debatidos, no Processo Penal, tal qual está no nosso ordenamento, o Juiz tem o dever de investigar a verdade real, procurar saber como os fatos se passaram na realidade, quem realmente praticou a infração e em que condições a perpetrou, para dar base certa à justiça.¹⁷³

Posicionamento doutrinário alinhado aos ideais e propósitos inquisitoriais como os argumentos expendidos acima, parecem não mais encontrar guarida na interpretação conforme a Constituição Federal de 1988. É preciso ressignificar o papel do magistrado no sistema processual penal acusatório, a fim de que não aja mais espaço para juízes inquisidores em confronto aberto ao processo penal democrático.

Paulo Tiago Fernandes Dias, em sentido oposto, demonstra a necessidade de se mudar o entendimento sobre o verdadeiro papel do juiz na presidência do processo penal constitucional:

[...] deve-se abandonar a ideia de verdade real no processo penal, seja pela sua origem de natureza inquisitória (discricionariedade, ausência de imparcialidade judicial, a relativização de direitos fundamentais-utilitarismo, etc) seja pela sua impropriedade, afinal, não se é possível que o mote do

¹⁷³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. Vol. 1. 32.ed. rev. atual., São Paulo: Saraiva, 2010. p.59.

processo penal seja a apreensão do mundo fenomênico, nos exatos termos em que ele se deu no campo fático.¹⁷⁴

Apesar da legislação brasileira e a jurisprudência dos Tribunais Superiores caminharem no sentido dessa retórica consistente na proposta de buscar a verdade real no processo penal, Marcos Eberhardt comunga do mesmo pensamento de que devemos abandonar essa linha ideológica que confere poderes ao juiz para que não meça esforços no sentido de buscar a tal verdade material:

Nessa mesma linha, já advertimos noutro momento que uma das heranças mais nefastas que o sistema inquisitório deixou é a desenfreada busca pela verdade real que, se no medievo perseguia o pecador, hoje quer se justificar pela busca do criminoso como medida de diminuição da criminalidade. Sob o argumento de estar na busca da verdade real, o magistrado imagina o fato e tenta reconstruí-lo sem limites, quando então determina provas de ofício ouve testemunhas referidas, interroga novamente o réu e dá valor graduado à fala de informantes.¹⁷⁵

Ao juiz recomenda-se comedimento no exercício de suas funções para que se abstenha de impor sacrifícios desnecessários aos direitos réu, que goza da presunção de inocência segundo determina a Carta Política, possivelmente, evitando de causar prejuízos ao mesmo, também. Ademais, a incompatibilidade dessa premissa (busca da verdade real ou material) com o princípio *in dubio pro reo* é substancial e intransponível para que se sustente no ordenamento processual vigente.

Agora, se deve ou não o processo penal se destinar à busca da verdade tem-se que a consideração é no sentido de verdade processual possível.

Aury Lopes Júnior, argumenta no sentido da “relevância de se desconstruir o mito da verdade real, na medida em que é uma artimanha engendrada nos meandros da inquisição para justificar o substancialismo penal e o decisionismo processual (utilitarismo), típicos do sistema inquisitório.”¹⁷⁶

Para o autor, a cultura inquisitiva que até hoje está presente foi obra da inconveniente verdade real:

¹⁷⁴DIAS, Paulo Thiago Fernandes. **A decisão de pronuncia baseada no *in dubio pro societate*: um estudo crítico sobre a valoração da prova no processo penal constitucional**. Florianópolis: Editora EMais, 2018. p.125.

¹⁷⁵ EBERHARDT, Marcos. **Provas no processo penal: análise crítica, doutrinária e jurisprudencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.p.18.

¹⁷⁶ LOPES Jr, Aury. **Direito Processual Penal**. 11.ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2014. p. 579.

O mito da verdade real está intimamente relacionado com a estrutura do sistema inquisitório; com o ‘interesse público’ (cláusula geral que serviu de argumento para as maiores atrocidades); com sistemas políticos autoritários com a busca de uma ‘verdade’ a qualquer custo (chegando a legitimar a tortura em determinados momentos históricos); e com a figura do juiz-ator (inquisidor).¹⁷⁷

Não se pode conceber um processo penal que seja justo e equilibrado convivendo com a busca desenfreada por uma verdade absoluta que não se pode chegar, ainda que possa argumentar que o propósito se aplicaria, apenas, se fosse para inocentar o acusado, não se sustenta, seja pelo ônus da prova que cabe integralmente a quem deu início a pretensão acusatória em juízo e, deve, demonstrar e comprovar a culpa do agente, seja porque o sistema acusatório além de segmentar as funções de acusação e julgador, impõe a observância do princípio da presunção de inocência e não de culpabilidade.

Portanto, o que mais se aproxima dos mandamentos constitucionais é um processo penal que só se legitima quando se busca a verdade formal ou processual possível:

Trata-se de uma verdade perseguida pelo modelo formalista como fundamento de uma condenação e que só pode ser alcançada mediante o respeito às regras precisas e relativa aos fatos e circunstâncias consideradas como penalmente relevantes.¹⁷⁸

O respeito às regras processuais e a compreensão do processo penal como instrumento de garantias constitucionais de defesa ao acusado. Daí é possível construir o entendimento que sustenta que a defesa na plenitude e a garantia ao contraditório em busca da verdade formal é a expressão mais sincronizada com a ordem constitucional.

Tal como Nicolás González-Cuéllar Serrano conclui:

El principio de contradicción, la defensa, es consustancial al proceso y constituye un elemento de legitimación de la resolución judicial. En la tradición cultural occidental la defensa se vinculó a la confesión o a la mentira, por la confusión entre sospecha y culpa, de forma que en el imaginario colectivo la imputación genera ya de antemano, con carácter previo al enjuiciamiento, el reproche social por la comisión del delito, altamente simbólico. Pero la justicia penal contemporánea es escéptica ante la hipótesis acusatoria, no precisa del reconocimiento del hecho por el acusado y declara la culpabilidad con base en la prueba es la sangre que brota de la tierra la materia con la que se dibuja la marca de Caín. La prueba del delito proporciona las palabras con la que se expresa el reproche en la sentencia. Um reproche que sólo es legítimo si se há concedido a la defensa la

¹⁷⁷ LOPES Jr, Aury. **Direito Processual Penal**. 11.ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2014.p.580.

¹⁷⁸ Idem, p. 580.

oportunidad de refutar la tesis de la acusación que, siendo humana, sabemos que es falible.¹⁷⁹

Como asseverado pelo autor a legitimação da sentença se faz com a garantia assegurada ao contraditório e ampla defesa, pois não basta apenas a propositura da ação penal e as provas indiciárias nela existentes, pois somente ao término do processamento garantindo ao acusado que ele está desincumbido de admitir a culpa pois é com base nas provas que se pode condenar.

À propósito, a redação do art. 155 do Código de Processo Penal trouxe mais alinhamento à Lei das Leis de 1988 quando estabelece que:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Caso contrário, o processo que não observa as regras processuais e as garantias constitucionais, notadamente, o direito à ampla defesa e ao contraditório, produzirá sequelas no indivíduo irreversíveis, à considerar que um dos bens mais sublimes do acusado que está em jogo e, poderá ser atingido, é o direito de locomoção.

De tal sorte, que a exigência legal é que o juiz se convença por influência da razão advinda da prova obtida sob o crivo do contraditório judicial e motive a sua decisão, após ter garantido todos os meios de defesa, sem exceção ou mitigação, ao acusado.

CAPÍTULO 3 - AS CONSEQUÊNCIAS DA INOBSERVÂNCIA DO DIREITO DE DEFESA AO RÉU

3.1 Efetivo acesso à justiça e ao processo penal democrático

O acesso à justiça é um direito fundamental inarredável do indivíduo que o texto constitucional assegura. E uma de suas mais autênticas manifestações se expressa no tempo de duração razoável (ou não) que o processo tramita no Poder Judiciário até a efetiva prestação jurisdicional.

¹⁷⁹ SERRANO, Nicolás Gonzalez-Cuéllar. **Legalidad y Defensa. Garantías Constitucionales del Derecho e la Justicia Penal**. La legitimación de la decisión judicial em el diálogo procesal. Madri: Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, 2015.p.60.

Mas, o que efetivamente isso vem a ser e o que se pode esperar do Poder Público em termos práticos e objetivos, quando em disputa os interesses individuais e coletivos conflitantes, sobretudo, quando há violação das normas e o Estado tem que intervir para apurar a responsabilidade penal em razão da prática delitiva por meio da prestação jurisdicional?

Sobre o tema João Batista Lazzari tem uma visão mais ampliada e abrange os dois princípios que vem sendo afirmado nessa dissertação, quando afirma que:

O direito de acesso à justiça e a garantia à razoável duração do processo são reconhecidos como direitos humanos e princípios de natureza constitucional nos ordenamentos jurídicos de Estados Democráticos.¹⁸⁰

E como tal, devemos esperar, porém, entendido a partir do verbo esperar (ter esperança; não perder a esperança), por meio das políticas públicas e ações concretas do Poder Público constituído, visando assegurar ao cidadão o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, assim como prescreve preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05.10.1988 em seu enunciado:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte, para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.¹⁸¹

Para Boaventura de Souza Santos, “o tema do acesso à justiça é aquele que mais diretamente equaciona as relações entre o processo civil e a justiça social, entre igualdade jurídico-formal e desigualdade socioeconômica.”¹⁸²

Segundo Marlene Marlei de Souza:

A garantia da inafastabilidade de acesso à justiça apresenta-se como um direito assegurado a cada um dos jurisdicionados individualmente, e, também,

¹⁸⁰ LAZZARI, João Batista, **Os princípios constitucionais do acesso à justiça e da razoável duração do processo**. Parte I, Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2015/08/11/os-principios-constitucionais-do-acesso-a-justica-e-da-razoavel-duracao-do-processo>. Acesso em 11 mai. 2019.

¹⁸¹ BRASIL. Constituição Federal de 1988. Brasília: Congresso Nacional, 1988.

¹⁸² SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 1999, p. 167.

à própria coletividade em obter do Estado a prestação jurisdicional sempre que presente lesão ou ameaça de direito.¹⁸³

Na perspectiva de dar abrangência ao tema para proporcionar o efetivo acesso à justiça, o texto constitucional republicano de 1988 assegurou, também, que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos” (art.5.º, LXXIV), e, ainda, a gratuidade nas ações de habeas corpus e habeas data, e, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania (art. 5º, LXXVII).

A garantia do direito de acesso à justiça, também chamado de princípio da inafastabilidade da apreciação judicial, previsto no citado art. 5.º, XXXV, foi ampliada na Constituição da República de 1988, para compreender não apenas a “lesão”, mas também a “ameaça” a direito.

Segundo José Afonso da Silva, “acrescenta-se agora ameaça a direito, o que não é sem consequência, pois possibilita o ingresso em juízo para assegurar direitos simplesmente ameaçados. Isso já se admitia, nas leis processuais, em alguns casos.”¹⁸⁴

Defende, Cândido Rangel Dinamarco, valores inegociáveis para a efetivação da jurisdição como tal deve ser assegurada:

Constituem ainda características publicistas de grande significado no direito processual moderno as exigências oriundas do plano político, mediante a garantia constitucionalmente outorgada a princípios inerentes à ordem processual. *Inter est rei publica* e a inafastabilidade do controle jurisdicional, sem a qual ficariam abaladas as bases do próprio modelo político consubstanciado no Estado-de-direito; a garantia constitucional da ampla defesa (com o seu desdobramento na regra *nulla poena sine iudicio*) tem muito a ver com a liberdade pessoal, valor inalienável e indisponível cuja preservação contra moléstias ilegítimas constitui um dos esteios do pensamento democrático; o devido processo legal e a garantia do juiz natural, mais a exigência do contraditório e da economia em qualquer processo, são garantias entrelaçadas entre si de tal modo que a violação de uma delas atinge alguma das outras (ainda que indiretamente) e isso acaba por atingir ou a liberdade, ou algum outro direito substancial e, em qualquer hipótese, repercute como limitação ao pleno acesso de todos à "ordem jurídica justa."¹⁸⁵

Gabrielle Cristina Machado Abreu tem entendido a duração razoável do processo como elemento constitucional do acesso à justiça:

¹⁸³ SOUZA, Marlene Marlei. **A efetividade da jurisdição**. Academia Brasileira de Direito Processual Civil Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/A%20Efetividade%20daJurisd%C3%A7%C3%A3o-%2004%2012%202009.pdf>>. Acesso em: 04 set. 2019.

¹⁸⁴SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.p.432.

¹⁸⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 14ª ed., São Paulo: Editora Malheiros. 2004, p.25.

A efetivação dessa garantia, todavia, é um processo que vai além da reforma constitucional e infraconstitucional. Há outros aspectos importantes que dizem respeito à eficiência do Poder Judiciário e à gestão de trâmite dos processos. É necessário modernizar o Judiciário para que o sistema possa atender melhor as demandas da sociedade e facilitar o trabalho dos magistrados.

A Emenda Constitucional n.º 45 foi um passo na construção de um Judiciário mais transparente, mais racional e mais moderno. No entanto, compreender as suas limitações é reconhecer que ainda há muito a ser feito para se construa uma Justiça mais efetiva, ágil, democrática e cidadã.¹⁸⁶

O processo penal no Estado Democrático de Direito deve, portanto, ser aquele que respeita o papel de revalorização do indivíduo, não nos permitindo esquecer que a garantia e o exercício da liberdade individual não necessitam de qualquer legitimação diante de sua evidência.

Aury Lopes Júnior salienta que:

Precisamos compreender que a **Constituição de 1988 define um processo penal acusatório**, fundando no contraditório, na ampla defesa, na imparcialidade do juiz e nas demais regras do devido processo penal. Diante dos inúmeros traços inquisitórios do processo penal brasileiro, é necessário fazer uma “filtragem constitucional” dos dispositivos incompatíveis com o princípio acusatório (como os arts. 156, 385 etc.), pois são “substancialmente inconstitucionais”. Assumido o problema estrutural do CPP, a luta passa a ser pela acoplagem constitucional e pela filtragem constitucional, expurgando de eficácia todos aqueles dispositivos que, alinhados ao núcleo inquisitório, são incompatíveis com a matriz constitucional acusatória. (Grifos do autor)¹⁸⁷

Em decorrência do paradigma constitucional, o citado autor propõe a discussão sobre qual o fundamento da existência do processo penal, porque existe e porque precisamos dele, culminando seu questionamento no “Processo penal, para quê (quem)?”¹⁸⁸

A Constituição Federal de 1988 deu norte para o enquadramento de um processo penal acusatório e, segundo a leitura constitucional dar respaldo à um processo penal que seja como instrumento de efetivação de garantias do acusado e não se restrinja à satisfação da pretensão acusatória do Estado com imposição da pena criminal ou medida de segurança.

¹⁸⁶ ABREU, Gabrielle Cristina Machado. **A duração razoável do processo como elemento constitutivo do acesso à justiça**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 127.

¹⁸⁷ LOPES Jr, Aury. **Direito Processual Penal**. 15. ed. São Paulo. Editora Saraiva Educação, 2018.p.32.

¹⁸⁸ LOPES Jr, Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. 2.ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2016.p.31.

O processo penal encontra seu sentido e razão de ser, quando passa pelo filtro constitucional que se adquire, a partir da conscientização de que seu fundamento está na democracia e não mais no modelo inquisitorial da época de promulgação do código de processo penal, ou seja, em 1941.

Somente a partir da consciência de que a Constituição deve efetivamente constituir (logo, consciência de que ela constitui a ação), é que se pode compreender que o fundamento legitimante se dá por meio da sua instrumentalidade constitucional. Significa dizer que o processo penal contemporâneo somente se legitima à medida que se democratizar e for devidamente constituído a partir da Constituição.¹⁸⁹

Nunca é demais reforçar que o poder de punir do Estado, diversamente daquilo que se verifica com o exercício das liberdades individuais – que defluem dos direitos fundamentais à vida e da dignidade da pessoa humana – é que necessita de legitimação, por não se permitir que essa seja o resultado de uma decisão do próprio Estado de avocar para si tal poder.¹⁹⁰

Nesse sentido, Aury Lopes Júnior justifica sua posição adotada questionando o poder de intervenção estatal nos direitos fundamentais sob o argumento de que:

A liberdade individual, por decorrer necessariamente do direito à vida e da própria dignidade da pessoa humana, está amplamente consagrada no texto constitucional e tratados internacionais, sendo mesmo um pressuposto para o Estado Democrático de Direito em que vivemos.
Essa é a premissa básica que norteia toda a obra: questionar a legitimidade do poder de intervenção, por conceber a liberdade como valor primevo do processo penal.¹⁹¹

Infere-se pois dessa linha de raciocínio que até mesmo o conceito de bem jurídico será atingido pela nova ordem constitucional democrática, não mais podendo o Estado ignorar esses valores com reflexos na atuação, como assevera Juarez Tavares:

[...] a questão da criminalização de condutas não pode ser confundida com as finalidades políticas de segurança pública, porque se insere como uma condição do Estado Democrático, baseado no respeito dos direitos fundamentais e na proteção da pessoa humana.¹⁹²

¹⁸⁹ Ibid. p.32.

¹⁹⁰ TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 160.

¹⁹¹ LOPES Jr, Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. 2.ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2016.p.33.

¹⁹² Idem, p. 200.

O sistema político da democracia não se coaduna com um Estado intervencionista nos direitos fundamentais do indivíduo. Pelo contrário, dele exige tutela e efetivação no processo penal de garantias conquistadas.

Por tais fundamentos é que Aury Lopes Júnior defende uma maior qualificação na prestação jurisdicional, que só pode se obter por meio da realização de um processo justo e eficaz:

Então, não basta qualquer processo, ou mera legalidade, senão que somente um processo penal que esteja conforme as regras constitucionais do jogo (devido processo) na dimensão formal, mas, principalmente, substancial, resiste à filtragem constitucional imposta.¹⁹³

Dessa visão constitucional do processo penal contemporâneo, surge a problemática conciliação entre terminologias diametralmente opostas em sua essência. Como se falar em um processo penal democrático quando os termos em si mesmo se repelem.

Gérard Soulier contribui para o esclarecimento dessa proposta trazendo a definição do termo democracia e o processo penal:

O confronto destas duas unidades de significação, processo penal e democracia, conduz imediatamente a sublinhar o que os opõe e o que pode aproximá-los. O termo democracia refere-se, em primeiro lugar, ao sistema político, à maneira pela qual o poder é adquirido e exercido, sendo uma de suas funções a de enunciar a lei. Por sua vez, o processo penal evoca a realização do sistema de direito, especialmente a sanção de uma violação da lei por um poder aparentemente neutro que deve se manter em uma estrita aplicação da lei (não devendo, em princípio, julgá-la) nas situações particulares que lhe são submetidas. Duas funções *a priori* estranhas uma à outra: a lei constitui um lugar de interferências, mas os dois sistemas colocam em jogo mecanismos diferentes.¹⁹⁴

Falamos de um processo penal em pleno estado Democrático de Direito que vem consolidando a democracia desde 1988. Isso significa dizer que o instrumento processual penal deve afastar a sua natureza inquisitorial de nascimento e ser aplicado, segundo os aspectos de um sistema onde os direitos individuais se tornam cada vez mais sólidos e em igualdade de condições na relação jurídica, em contraponto aos interesses da coletividade,]que devem ser

¹⁹³ LOPES Jr, Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. 2.ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2016.p.35.

¹⁹⁴ DELMAS-MARTY. Mireille. **Processo penal e direitos do homem: rumo à consciência européia**. Trad. Fernando de Freitas Franco. Barueri: Manole, 2004.p.207.

analisados à luz do princípio da ponderação a fim de encontrar o caminho do equilíbrio de preceitos tão importantes.

A Constituição da República de 1988 e o processo constitucional contemporâneo exige que o intérprete rejeite a visão ultrapassada de um código de processo que foi constituído com base no princípio da culpabilidade e da periculosidade do agente, para em seu raciocínio intelectual permitir o emprego de um sistema de amplas garantias individuais inseridas como direitos fundamentais.

Eugênio Pacelli de Oliveira aponta como deve ser essa questão tratada:

O devido processo penal constitucional busca, então, realizar uma Justiça Penal submetida à exigência de igualdade entre os litigantes. O processo *justo* deve atentar, sempre, para a desigualdade *material* que normalmente ocorre no curso de toda persecução penal, em que o Estado ocupa posição de proeminência, respondendo pelas funções investigatórias e acusatórias, como regra, e pela atuação da jurisdição, sobre a qual exerce monopólio.

O juiz deve perseguir as diretrizes estabelecidas na Constituição Federal de 1988 para impor ao processo penal a marcha da obediência ao devido processo legal, visando assegurar a efetivação dos direitos e garantias constitucionais e, conseqüentemente, o equilíbrio do jogo processual, sobretudo, considerando a parte mais fragilizada do processo, o acusado.

De se observar que, dentre as conseqüências mais prejudiciais ao indivíduo processado e, no âmbito da dialética processual não consegue realizar o seu legítimo direito à ampla defesa (esta que compreende a autodefesa e a defesa técnica), é a obtenção de um decreto condenatório com imposição de cumprimento de pena privativa de liberdade em regime fechado, especialmente, nos presídios brasileiros de recuperação duvidosa. Isso, se já não estiver cumprindo pena antecipadamente (sem condenação) por já se encontrar preso preventivamente em qualquer dos Centros de Detenção Provisória dos estados da federação brasileira.

Fazendo contraponto, Isabela Dias Neves defende que:

[...] o Estado Democrático de Direito é o que deve ser estudado na atualidade, sendo que não se esgota com aspectos formais de participação do poder no poder, ou seja, por meio de partidos e eleições; no entanto, também não se esgota com a autonomia do cidadão, com a sua liberdade garantida por instrumentos constitucionais, isto é, mediante habeas corpus, mandado de segurança ou assistência judiciária. Por outro lado, o Estado Democrático de Direito vai além, eis que procura realizar valores históricos, conquistas consagradas, como liberdade, paz e democracia. Em suma, um processo de significação do homem; o Estado para o ser humano, enfim, como instrumento de libertação da sociedade.

Releva anotar que o conceito do Estado Democrático não é estático, uma vez que se apresenta em constante aperfeiçoamento, e, por conseguinte, nunca foi plenamente alcançado. No Estado Democrático, importa saber a que normas o Estado e o próprio cidadão estão submetidos, por isso deve ser levado em conta o perseguir certos fins, guiando-se por certos valores, o que não ocorre de forma tão explícita no Estado de Direito, que se resume em submeter-se às leis, sejam elas quais forem.¹⁹⁵

Na visão de Lênio Luiz Streck:

A noção de Estado Democrático de Direito está, pois, indissociavelmente ligada à realização dos direitos fundamentais sociais. É desse liame indissolúvel que exsurge aquilo que se pode denominar de *plus* normativo do Estado Democrático de Direito. Mais do que uma classificação ou forma de Estado ou de uma variante de sua evolução histórica, o Estado Democrático de Direito faz uma síntese das fases anteriores, agregando a construção das condições de possibilidades para suprir as lacunas das etapas anteriores, representadas pela necessidade do resgate das promessas da modernidade,⁵ tais como igualdade, justiça social e a garantia dos direitos humanos fundamentais.

A essa noção de Estado se acopla o conteúdo material das constituições, através dos valores substantivos que apontam para uma mudança do status quo da sociedade. Por isso, no Estado Democrático de Direito a lei (Constituição) passa a ser uma forma privilegiada de instrumentalizar a ação do Estado na busca do desiderato apontado pelo texto constitucional, entendido no seu todo dirigente-compromissário-valorativo-principiológico.¹⁹⁶

Na esteira dessa análise principiológica, não podemos olvidar que a Constituição da República promulgada em 1988, acolheu os dois princípios (Estado Democrático e o Estado de Direito), em função da ineficiência do princípio republicano que deveria garantir a soberania popular.

Eros Roberto Grau, aponta os cuidados que o juiz deve ter no exercício de seu mister, especialmente, quando aplica os princípios em eventual lacuna da lei processual penal:

Não se trata, portanto, de *princípios* que o aplicador do direito ou o intérprete possam resgatar fora do ordenamento, em uma ordem supra-positiva ou no direito natural. Insta-se: eles não são *descobertos* em um ideal de ‘direito justo’ ou em uma ‘ideia de direito’.

Dessa verificação são extraídas outras relevantes consequências, a primeira das quais respeita à circunstância de que, em realidade [...] inexistente

¹⁹⁵ NEVES, Isabela Dias. **O processo e o Estado Democrático de Direito**. Meritum – Belo Horizonte – v. 1 – n. 1 – jul./dez. 2006, p. 217.

¹⁹⁶ STRECK, Lênio Luiz, **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais-Sociais no Brasil**. Novos Estudos Jurídicos - Volume 8 - Nº 2 - p. 261, maio/ago. 2003. Disponível: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/336/280>. Acesso em 01 mar. 2019.

discricionariez judicial: o juiz, mesmo ao se deparar com hipóteses de lacunas normativas, toma decisões vinculadas ao direito positivo que aplica.¹⁹⁷

Não se trata de engessamento da capacidade intelectual do juiz no momento da aplicação da lei, mas, do respeito ao direito positivado no âmbito constitucional, que visa impedir casuísmos, em nome de princípios que são gerados a partir de concepções nem sempre possíveis de serem validadas e confirmadas pelo texto constitucional.

Todavia, ainda que consagrado o estado de regime e direitos como forma e sistema jurídico para o funcionamento das relações de toda ordem e natureza, ainda hoje, o atendimento específico desta categoria - tão importante e que levou tempo até ser conquistada - não espelha a grandeza do título que ostenta ou mesmo o sentido e significado que representa.

Isso, se considerarmos as atuações dos órgãos públicos na promoção e asseguramento desses direitos fundamentais, os quais, não são efetivados pelo Poder Público em geral e, em nossa investigação, mais direcionado às atividades do Poder Judiciário, começando pela morosidade na entrega do bem jurídico que, por sua vez, compromete a eficiência jurídica que deveria atingir minimamente.

Norberto Bobbio declara a importância dos direitos do homem, da democracia e da paz dentro do processo civilizatório da humanidade que importa destacar:

[...] os direitos do homem, a democracia e a paz, são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos. Em outras palavras a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais.¹⁹⁸

Na velocidade com que a sociedade caminha, sem observar critérios estruturantes da democracia que devem ser norteados pela participação efetiva do acusado no processo judicial, desde o momento da investigação, como aqui vem sendo defendido, parcela considerável de indivíduos que respondem a processo criminal não poderão contemplar a efetivação de seus direitos e garantias constitucionais. Apenas, lhe será garantida a aparente formalidade do acesso à justiça e a existência do processo para se alcançar o estágio de aplicação da pena como forma de contensão social.

¹⁹⁷ GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)**. 8. ed., refundida do Ensaio e discurso sobre a interpretação / aplicação do direito. São Paulo: Editora Malheiros, 2017.p.104.

¹⁹⁸ Bobbio, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 13. ed. Rio de Janeiro: Editora Elsevier. 1992. p.01.

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

Fabio Konder Comparato, afirma que:

Na Idade Moderna, só se pode considerar democrático o regime político fundado na soberania popular, e cujo objetivo último consiste no respeito integral aos direitos fundamentais da pessoa humana. A soberania do povo, não dirigida à realização dos direitos humanos, conduz necessariamente ao arbítrio da maioria. O respeito integral aos direitos do homem, por sua vez, é inalcançável quando o poder político supremo não pertence ao povo.¹⁹⁹

Portanto, compete ao judiciário a decisão de dar ao conceito o conteúdo que ele merece, ainda que, da sua decisão dependa de outros fatores e setores da administração pública ou da iniciativa privada para ser implementada e devidamente respeitada.

Sem desconhecer as diferentes particularidades na constituição dos outros poderes da República do Brasil, em que são eleitos pelo voto popular, o citado autor salienta que:

[...] o Poder Judiciário, como órgão de um Estado democrático, há de ser estruturado em função de ambas essas exigências. [...] embora seja ele, por definição, a principal garantia do respeito integral aos direitos humanos, na generalidade dos países os magistrados, salvo raras exceções, não são escolhidos pelo voto popular.²⁰⁰

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

Muito embora, do ponto de vista do jurisdicionado, seja questionável essa credibilidade, se levarmos em conta o débito pela mora na prestação jurisdicional e, por vezes, até a má qualidade das decisões judiciais que não atendem às exigências mandamentais e legais, por razões inúmeras e diversas, que não serão objeto de análise desta investigação como tal inicialmente foi proposto.

¹⁹⁹ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 151.

²⁰⁰ Idem, p. 151.

Segundo uma pesquisa realizada em 2010 pela Fundação Getúlio Vargas, que consistia em retratar a confiança do cidadão no Poder Judiciário, o Índice de Confiança na Justiça do Brasil – ICJBrasil, apontavam dados sinalizadores de que os cidadãos não estavam satisfeitos:

Os dados neste terceiro trimestre seguem a tendência, já identificados nos trimestres anteriores, de má avaliação do Judiciário como prestador de serviços públicos. Para 89% dos entrevistados o Judiciário resolve os conflitos de forma lenta ou muito lentamente.²⁰¹

Foram registrados outros três problemas, quiçá, ainda mais preocupantes, “apontados pelos entrevistados são a falta de honestidade (63% dos entrevistados consideram o Judiciário nada ou pouco honesto), a parcialidade (61% dos entrevistados acreditam que o Judiciário é nada ou pouco independente) e a falta de competência para solucionar os casos (55% da população entrevistada classificam o Judiciário como nada ou pouco competente).”²⁰²

Atualizando os dados para o 1º semestre de 2017, data em que houve a última pesquisa, o apontamento da desconfiança da população nas instituições que continuaram caindo, tomando como referencial de base a pesquisa realizada no ano de 2010, informou os seguintes dados:

À exceção de redes sociais, que viu a confiança subir 61% de um ano para o outro, e da Polícia, que registrou um leve incremento de 4%, a confiança do brasileiro nas outras instituições analisadas caiu.

Destaques para Sindicatos (-29%), Ministério Público (-22%), Poder Judiciário (-17%), Grandes Empresas (-15%), Emissoras de TV (-9%), Igreja Católica (-7%) e Forças Armadas e Imprensa Escrita, ambas com queda de 5%.

Partidos políticos mantiveram um patamar de 7% na confiança e deixaram o posto de instituição menos confiável pelos brasileiros para o Governo Federal, com apenas 6%.

Pela primeira vez, o ICJBrasil incluiu o STF na avaliação, a fim de verificar se o brasileiro difere o trabalho da Suprema Corte do restante do Judiciário. A confiança da população na Supremo Tribunal Federal é de 24%, assim como na Justiça.²⁰³

Mesmo com esses enfoques e o mapeamento comparativo, se comparada a confiabilidade do Poder Judiciário, com a confiabilidade em outras instituições públicas e privadas, (Forças Armadas, Igreja Católica, Emissoras de TV, Grandes Empresas, Imprensa

²⁰¹ DINALLI, A; ABEID, M. Beatriz N. Bergamo. **Do acesso à Justiça:** o direito de cidadania e a eficiência do Judiciário Justiça e [o paradigma da] eficiência. Coleção: Justiça, Empresa e Sustentabilidade [vol. 2]. São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 2011. p.29.

²⁰² Idem, p. 29

²⁰³ Índice de Confiança na Justiça Brasileira – ICJBrasil. <https://direitosp.fgv.br/publicacoes/icj-brasil>, Acesso em 30 ago. 2019.

Escrita, Governo Federal, Polícia, Congresso Nacional e a Partidos Políticos), o Judiciário só é mais confiável que o Congresso Nacional e partidos Políticos, segundo dados extraídos do relatório ICJBrasil - 3º Trimestre 2010.

Em que pese no ordenamento jurídico brasileiro a Constituição Federal de 1988 ocupar o topo da pirâmide normativa e ter sido promulgada desde 1988, portanto, há mais de três décadas, sob a regência do Estado Democrático de Direito, predominantemente antropocêntrica, o Código de Processo Penal que está em vigor desde 1941, foi inspirado na legislação processual penal italiana da década de 1930, vigente no fascismo do governo ditatorial do presidente Benito Amilcare Andrea Mussolini, como descrito por Marco Aurélio Nunes da Silva:

O resultado foi um código que representava os ideais políticos vigentes ao estado Novo, declaradamente autoritário e fundado num pretense pensamento ‘popular-democrático’. A base foi o *Codice Rocco* de processo penal (1930), da Itália fascista de Mussolini, da qual Alfredo Rocco era o Ministro da Justiça. Diante da incumbência de reformar a legislação penal e processual penal segundo os princípios autoritários, Rocco concede a Vincenzo Manzini, principalmente, a missão de redigir o *código di procedura penale*, que se fez agravar a natureza inquisitória dos códigos processuais anteriores, já inseridos na lógica ‘mista’ napoleônica.²⁰⁴

Em decorrência dessa cultura inquisitorial, textualmente, manifestada na Exposição de Motivos do Decreto Lei n.º 3.689 de 3/10/1941, subscrita por Francisco Campos, comprova:

[...] que o Código de Processo Penal brasileiro nasce autoritário e sobrevive inquisitório até os dias atuais, na medida em que segue orientado pela lógica da descoberta da verdade real como um dever de ofício do magistrado. Como já se mencionou, este modelo processual (re) produz uma *práxis* judiciária deletéria, fundada naquele argumento totalitário e plenamente adequado a ele.²⁰⁵

Faz lembrar Francesco Carnelutti narrando as misérias inerentes ao processo penal:

O homem, quando é suspeito de um delito, é logo jogado às feras [...] Logo que surge o suspeito, o acusado, a sua família, a sua casa, o seu trabalho, são inquiridos, investigados, despidos na presença de todos. O indivíduo, assim, é feito em pedaços [...] embora fosse o único valor que deveria ser protegido.²⁰⁶

²⁰⁴SILVA, Marco Aurélio da. **A cultura inquisitória vigente e a origem autoritária do código de processo penal**. R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 264 - 275, jan - fev. 2015, p. 270. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista67/revista67_264.pdf, Acesso em 01 set. 2019.

²⁰⁵ Idem, p. 273.

²⁰⁶ CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. 3ª ed. Leme: Edjur, 2015, p. 48.

É preciso considerar que o Código de Processo Penal, fruto do regime autoritário instalado após a Revolução de 1930, sob a regência de Getúlio Dornelles Vargas, inaugurando o Estado-Novo, apesar dos avanços trazidos com as reformas pontuais, sob o filtro garantista do Texto Maior de 1988, até hoje conserva a estrutura inquisitorial nos moldes da legislação processual penal italiana da época.

De sorte que na visão de Eugênio Pacelli de Oliveira:

É claro que é – e sempre será – muito difícil compatibilizar interesses tão opostos como aqueles representados pela necessidade de aplicação da lei penal (enquanto ela existir) e o exercício da liberdade individual.²⁰⁷

Tem-se, assim, que a eficiência do processo penal à serviço do Estado, encontrava-se atrelada à supressão de garantias dos acusados.

Com o advento da CR/88, se operou significativa mudança nesse paradigma, vez que a legislação infraconstitucional pautava-se em princípios como o da culpabilidade e da periculosidade do agente, prevalecendo a preocupação com a segurança pública em detrimento das garantias individuais que passaram a prevalecer diante da dicção do art. 5º, LVII, CF (“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”).²⁰⁸

Geraldo Prado destaca a importância da Constituição Federal de 1988 porque foi capaz de “fixar com clareza as regras do jogo político e de circulação do poder e assinala, indelevelmente, o pacto que é a representação da soberania popular, e, portanto de cada um dos cidadãos”.²⁰⁹

Foi traçado um sistema de amplas garantias individuais, cuja implicação na seara processual penal foi a necessidade de se passar a compreender o processo à luz desse sistema de garantias, sob o manto do princípio da presunção de inocência, abolindo-se a culpabilidade presumida até então vigente.

Eugênio Pacelli de Oliveira entende que:

O devido processo penal constitucional busca, então, realizar uma Justiça Penal submetida à exigência de igualdade efetiva entre os litigantes. O processo justo deve atentar, sempre, para a desigualdade material que normalmente ocorre no curso de toda persecução penal, em que o estado ocupa

²⁰⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 17. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2012, p. 5.

²⁰⁸ *Ibid.*, p. 8.

²⁰⁹ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório. A conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 15.

posição de proeminência, respondendo pelas funções investigatórias e acusatórias, como regra, e pela atuação da jurisdição, sobre a qual exerce o monopólio.²¹⁰

Vale dizer que o atual modelo constitucional em que garante a plena vigência do Estado Democrático de Direito, segue-se que as normas infraconstitucionais importam passar pelo filtro constitucional, sobretudo, a legislação processual penal da década de 40 e, com viés autoritário como é o que ainda se encontra vigente, mesmo com todas as reformas pontuais.

A guinada ao processo penal acusatório é dever do Poder Legislativo corrigir com a promulgação de um novo Código de Processo Penal em conformidade com a CFRB de 1988, nos moldes democrático e, portanto garantista. Mas, enquanto isso não acontece, essa meta, ainda está sob a responsabilidade quase que exclusiva do Poder Judiciário, na figura do juiz garantidor e que efetiva os direitos fundamentais do cidadão processado, na melhor expressão e forma de garantia do acesso à justiça, na conformidade constitucional determinada.

Todavia, tal garantia não será alcançada se continuarem os procedimentos legais a serem cumpridos *proforma* em detrimento da efetivação dos direitos de quem está sendo processado judicialmente.

3.2 A massificação do processo penal e a padronização das decisões

Seria preciso acrescentar ao atual modelo de medição de eficiência nas atividades do Poder Judiciário outras balanças que pudessem aferir com maior justeza garantias outras tão fundamentais como o princípio fundante do devido processo penal para se garantir um processo justo.

Se ao processo penal é empreendido maior celeridade, deve ser feito sem a violação dos direitos e garantias constitucionais do indivíduo. Mas, é necessário refletir a respeito dos critérios balizadores para tanto, a fim de não comprometer a qualidade das decisões judiciais e o próprio proveito que se pode extrair da produção das provas no curso do processo.

Exemplificando, o volume de ações penais que são distribuídas no Fórum Criminal de São Paulo é elevado, contudo, apesar da rotatividade dos processos que ingressam na primeira instância, dependendo da situação processual do acusado (preso ou solto), os autos já seguem para a segunda instância, a fim de serem julgados os recursos eventualmente interpostos. Daí, um olhar mais atento para o conteúdo discutido nas demandas sem açoitamento, diferenciando

²¹⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 17. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2012, p. 9.

questões simples das mais complexas, naturalmente, mas, sobretudo, garantindo ao acusado durante o curso do processo a efetivação dos direitos fundamentais até e depois de alcançada a solução da controvérsia penal

Bens que custaram muito caro à democracia, trazidos pela Emenda Constitucional n.º 45/2004, que foram acrescidos ao Art. 5º dos Direitos e Garantias Fundamentais do Indivíduo, o inciso LXXVIII concernente a duração razoável do processo.

Tais preceitos devem ser conciliados e coexistir, efetivamente, no processo penal para que reflitam decisões judiciais de qualidade e entregues no tempo devido. Para tanto, os pronunciamentos judiciais devem demonstrar o conhecimento da causa pelo juiz, que decorre da análise pontual das argumentações deduzidas pelas partes, pois, somente assim, as tornarão legítimas, porque dentro da estrita legalidade, para ser cumprida com a eficácia que se almeja.

Aqui não se trata de empregar o argumento de autoridade, tão frequentes nas sentenças monocráticas, quanto nas decisões colegiadas, sem dar muita importância à autoridade do argumento para decidir as lides forenses.

Somente a efetiva presença desses elementos de ordem constitucional pode trazer harmonia e esperança para sinalizar na direção de algum cenário positivo, possível de ser superada a crise da justiça e do poder judiciário. E, como resultado dessa ponderação entre valores consagrados (garantias constitucionais, eficiência e duração razoável do processo), surgiria uma nova identidade dos tribunais brasileiros, em que se prestigie a qualidade das decisões, sem descuidar do tempo para alcançar um novo conceito daquilo que se espera ser a eficiência jurídica no processo penal.

O processo é encadeamento cronológico de procedimentos ritualísticos com fim determinado, sobretudo, em busca da determinação de responsabilidades sobre comportamentos nocivos à sociedade, previstos em lei. E como tal, deve permitir o exercício pleno do direito de defesa, garantindo o efetivo contraditório, em razão da relevância do direito material que instrumentaliza, cujo resultado do provimento jurisdicional final poderá ser a imposição de uma pena privativa de liberdade.

Não se pode conceber o processo como um empilhamento de fatos reduzidos a meros caprichos formais, a fim de que o indivíduo seja sentenciado o mais depressa possível e, de alguma maneira, responsabilizado (dependendo do perfil do réu) pelos crimes que lhe são imputados para o cumprimento da pena nos estabelecimentos prisionais, cada vez mais infestados de facções criminosas, sem que tenha havido efetiva apuração da culpa penal, ou seja, independente da verdade processualmente possível e maiores consideração ao princípio da presunção de inocência.

O processo penal (conhecimento) é a arena propícia para o contato com as partes e demais sujeitos processuais, a fim de reconstruírem os fatos na instrução criminal. Por tal razão, deve ser tido como um instrumento de garantias constitucionais do acusado e não apenas um meio estatal de impor a pena criminal ao suposto faltoso.

Algumas notas sobre o conhecimento, na perspectiva de Edgar Morin são pertinentes para quem lida com o uso contínuo da linguagem e a verbalização que tem que ser deduzida a termos, pois subjugada a ritos e procedimentos formais:

O conhecimento deve, certamente, utilizar a abstração, mas buscando construir-se em referência ao contexto; para tanto, deve mobilizar o que o conhecedor aprende do mundo [...] é preciso mobilizar o todo. Certamente é impossível conhecer tudo do mundo, bem como tentar compreende suas transformações multiformes. No entanto, por mais aleatório e difícil que seja, o conhecimento dos problemas-chave do mundo, das informações-chave que dizem respeito a esse mundo, deve ser tentado sob pena de imbecilidade cognitiva.²¹¹

Assim, nada pode escapar despercebido pelo juiz do processo em apuração da culpa penal, tampouco é razoável, em nome da celeridade processual, adotar modelos padronizados de manifestações judiciais que se relacionam, apenas e tão somente, com a classificação jurídico-legal dada as infrações penais denunciadas.

Na abordagem de Eduardo Gutierrez Cornelius ao tratar das decisões tomadas no âmbito da Justiça Especial para o processamento de menores infratores, salienta que:

[...] as justificativas dos magistrados para suas decisões não como explicações de por que agiram de determinada forma, nem como mera justificação para encobrir suas reais intenções, mas como construções linguísticas cujo uso se estabiliza em certas ações socialmente situadas, tornando-se, portanto, os vocabulários socialmente aceitos para justificar determinadas ações. Desse modo é possível apreender, quais são os tipos de vocabulários de motivos atribuídos à criminalidade de adolescentes e ao papel da intervenção estatal nas justificativas dos magistrados de por que decidem de uma forma ou de outra.²¹²

Trata-se de uma construção linguística que não corresponde, necessariamente, com a situação dos jovens que infringira a lei, mas, de dar significado e legitimar a intervenção do Estado com imposição de castigos que vão indicar o posicionamento ideológico de seu prolator.

²¹¹ MORIN, Edgar. **Rumo ao Abismo? Ensaio Sobre o Destino da Humanidade**. Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil, 2011. (Trad. Edgard de Assis Carvalho e Marisa Perassi Bosco). p. 50.

²¹² CORNELIUS, Eduardo Gutierrez. **O pior dos dois mundos? A construção legítima da punição de adolescentes no Superior Tribunal de Justiça**. São Paulo: IBCCRIM, 2018.p.21.

Marcelo Affonso Monteiro, em abordagem ao processo de massificação na sociedade de consumo empresta informação para a pesquisa aqui desenvolvida de como esse fenômeno está presente em todos os seguimentos da sociedade:

A coisificação do homem através da racionalidade instrumental embutida nos veículos de comunicação de massas do Ocidente acena com um fenômeno político de dimensões mundiais: a padronização comportamental das esferas pública e privada, o mundo do homem produzido em série. Dissolve-se nesse mundo toda e qualquer individualidade. A ação é tornada mecânica, dado que os sujeitos foram racionalizados de modo a conduzi-la como mero reflexo condicionado por impulsos externos.²¹³

Essa padronização comportamental no mundo onde tudo acontece velozmente, também, atinge o modo de como juízes, promotores, advogados, delegados, enfim, todos atuam no exercício peculiar de suas respectivas atividades profissionais. E, diante de um volume considerável de feitos penais distribuídos pelas grandes comarcas brasileira, como a capital de São Paulo, assinalando a importante quantidade de encarcerados provisórios que se aglutinam nos Centros de Detenção Provisória e que só aumenta, o ambiente favorece a construção de decisões-padrão para serem reproduzidas, muitas vezes, sem o menor sentido ou aplicação prática ao caso concreto.

Mas, qual deve ser a função do juiz no processo penal, diante da massificação das denúncias que deve julgar? Porque não basta a identificação do juiz natural da causa para concebermos um processo tenha sido justo, pois, é preciso aferir como ele atua e a serviço de quem está?

Sobre este ponto, Aury Lopes Júnior suscita relevante indagação em favor das garantias orgânicas da magistratura, quando afirma que:

[...] garantias orgânicas aquelas relativas à formação do juiz e sua colocação funcional em relação aos demais poderes do Estado (independência, imparcialidade, responsabilidade, separação entre juiz e acusação, juiz natural, obrigatoriedade da ação penal etc.). Considera como garantias processuais aquelas relativas à formação do processo, isto é, à coleta da prova, exercício do direito da defesa e à formação da convicção do julgador (contraditório, correlação, carga da prova etc.).

Dentro das garantias orgânicas, nos centraremos, agora, na independência, pois para termos um juiz natural, imparcial e que verdadeiramente desempenhe sua função (de garantidor) no processo penal deve estar acima de quaisquer espécies de pressão ou manipulação política. Não que com isso estejamos querendo o impossível – um juiz neutro – senão um juiz

²¹³ MONTEIRO, Marcelo Affonso. **Sociedade de Consumo e Massificação**. Disponível em: file:///C:/Users/Dell/Downloads/567-737-1-PB.pdf, Acesso em 05 set. 2019.

independente; alguém que realmente possua condições de formar sua livre convicção. Essa liberdade é em relação a fatores externos, ou seja, não está obrigado a decidir conforme queira a maioria ou tampouco deve ceder a pressões políticas.²¹⁴

Ao juiz criminal compete, se decidir pela condenação do réu, observar a individualização da conduta que reconheceu comprovada e, também a correspondente individualização da pena como princípio constitucional.

Antônio Luis Chaves Camargo, defende que a individualização da pena (Art. 5º, XLVI, CF/1988), assume contornos fundamentais para o indivíduo e, também, para o Estado:

A fixação da pena é o marco principal de todo o processo penal, onde se encontram entrelaçadas as garantias da análise crítica das provas, obtidas com apoio nos direitos fundamentais, a valoração do bem jurídico protegido, contido no tipo penal, e a finalidade de reprovação, ou censura da conduta, que causou o dano social relevante.²¹⁵

O desatendimento das garantias constitucionais, em nome da celeridade tem possibilitado a elaboração de autos de prisões massificados, denúncias do Ministério Público massificadas, defesas massificadas e, por sua vez, decisões judiciais, também, massificadas e que não correspondem ou retratam o apelo constitucional para deixar fluir os direitos fundamentais em discussão. Para tanto, o devido processo penal há que ser respeitado e, o processo finalizado dentro do prazo razoável, observando a regularidade da sua tramitação, sem a imposição de sacrifícios desnecessários aos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, como por exemplo, a segregação celular desnecessária no curso do processo, sem a correspondente e necessária fundamentação adequada e proporcional para adotar a medida extremada.

Roberto Vasconcelos da Gama, descreve um cenário preocupante no plano das investigações à cargo da Polícia Judiciária, de um modo geral:

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

²¹⁴ LOPES Jr, Aury. **Direito Processual Penal**. 15. ed. São Paulo: Editora Saraiva Educação, 2018. p.39.

²¹⁵ CAMARGO, Antonio Luiz Chaves. **Culpabilidade e reprovação penal**. São Paulo: Sugestões Literárias. 1994.p.152.

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

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

Este processo haverá de ser admitido, pois se valerá dos mesmos mecanismos automatizados para o “conhecimento” da causa embrionária a ser deflagrada, tendo em vista a ocupação desta fase estar relegada a meros cumprimentos de protocolos mínimos legais quanto à forma que deve a priori se apresentar, no entanto, sem tecer maiores incursões sobre a prova indiciária ou mesmo os fatos que, deveriam ser levantados com mais seriedade e comprometimento, até para propiciar meios seguros e idôneos à efetivação dos princípios de processo penal constitucional a incidir durante a realização dos atos futuros.²¹⁶

É preciso o esforço de todos os envolvidos com a administração da justiça para priorizar a efetividade da jurisdição e a pronta atuação do Estado na entrega do bem jurídico em tempo razoável, não se admitindo a existência do “processo penal brasileiro como uma ficção jurídica”²¹⁷, depois de tantas conquistas civilizatória da humanidade que já estão positivadas em que foram consagrados direitos e garantias individuais mais sublimes e, diante dos avanços tecnológicos que dispomos dentro e fora da estrutura do judiciário que ainda podem ser implementados, sem tolher tais direitos essenciais conquistados.

Prossegue o autor tecendo as seguintes considerações:

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

Naturalmente, os recursos da era digital são empregados em maior escala àqueles ilícitos mais específicos como os chamados do colarinho branco e os que decorrem das operações simuladas para lavagem de dinheiro, até pela sua própria especificidade para a apuração.²¹⁸

Não existe irregularidade ou ilegalidade alguma em aproveitar certos trechos pinçados de frases, expressões de conteúdo genérico, defesas já realizadas em casos que se assemelham,

²¹⁶GAMA, Roberto Vasconcelos da. **O processo penal brasileiro: Uma ficção jurídica**. Direito penal, processo penal e constituição I. [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI. Coord.: Giovanni Olsson, Valdira Barros – Florianópolis: CONPEDI, 2017, p. 128.

²¹⁷ Idem, p. 126.

²¹⁸ Ibid., p. 129.

e até de arrazoados desenvolvidos para fundamentação em outros processos. O problema o emprego deste ou daquele modelo de decisão (que somente se aproveita a estrutura do corpo de texto da sentença, diante da vagueza e imprecisão, por exemplo, não correspondem aos fatos narrados na denúncia e nem tampouco ao conteúdo que foi tomado de empréstimo alhures para modelar a decisão judicial que está sendo construída no presente.

Esse vazio ou aparente legalidade do processo, faz tão atual o universo narrado por Franz Kafka:

[...] não há dúvida nenhuma de que por detrás de todas as aparências desta justiça e, no meu caso, para lá da prisão e do interrogatório de hoje, se encontra uma grande organização. Uma organização que não utiliza unicamente guardas venais, inspetores e juízes de instrução idiotas, indigitados apenas para o mais simples dos casos, mas que também sustenta juízes de elevada categoria, servidos por inúmeros e inevitáveis criados, escribas, polícias e outros auxiliares, talvez mesmo carrascos, emprego esta palavra sem qualquer receio. E, meus senhores, qual é o sentido desta grande organização? Não é outro senão o de prender pessoas inocentes e de contra elas instruir um processo absurdo e, na maior parte das vezes, como no meu caso, improficuo. Como é que numa conjuntura tão absurda se pode evitar que os funcionários fiquem corruptos? É impossível; nem sequer o mais eminente juiz conseguiria escapar à ação dissolvente do meio. É por isso que os guardas procuram roubar as roupas aos presos, é por isso que os inspetores se introduzem abusivamente nas casas de cada um, é por isso que se prefere aviltar os inocentes em frente de assembleias inteiras a interrogá-los. Os guardas não falaram senão em depósitos para os quais se levam os bens dos presos. Gostaria bastante de ver esses depósitos onde os haveres que os presos adquiriram à força de tanto trabalho apodrecem, caso não sejam roubados por funcionários sem escrúpulos.²¹⁹

Com esse contexto hipotético, extraído do universo *kafkiano* narrando a ineficiência e o descaso do aparelho estatal em que o personagem apresenta comportamento, como se suspeito fosse de ter cometido algum crime, porquanto investe contra os aqueles que o perseguem objetivando seu aprisionamento (não de grades, mas de processo), ou seja, uma teia de situações que o sufocam no emaranhado complexo e indecifrável por causa da ausência de uma acusação formal e precisa contra si, que vai minando suas forças e capacidade de raciocinar até lhe subtrair a lucidez.

Essa invisibilidade *kafkiana* é a mesma que afeta muitos que não são ouvidos, minimamente à contento, nos saguões distritais onde são confeccionadas peças fictícias de

²¹⁹ KAFKA, Franz. **O Processo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2014, p. 35.

condutas amoldadas para, em certo sentido, atender aos possíveis enquadramentos legais para se tornarem ilícitas e que guardam semelhança com a realidade brasileira noticiada.

Aury Lopes Júnior realça a importância do papel que exerce a magistratura, mas, demonstra preocupação quando o comportamento do juiz não atenta para a importância do que está em discussão nos limites da lide forense, quando:

[...] o juiz transforma o processo numa encenação inútil, meramente simbólica e sedante, pois desde o início já tem definida a hipótese acusatória como verdadeira [...] não faz no processo nada mais do que uma encenação destinada a mascarar a hábil alquimia de transformar os fatos em suporte da escolha inicial. Ou seja, não decide a partir dos fatos apresentados no processo, senão da hipótese eleita como verdadeira. A decisão não é construída a partir da prova, pois ela já foi tomada desde o início. É o prejuízo que decorre do ‘pré-juízo’.²²⁰

Revela com esse comportamento que já se permitiu influenciar, logo no início do processo de conhecimento (uns mais explicitamente, outros menos), o que caracteriza a perda da imparcialidade que nunca teve em casos desse jaez.

A importância ao efetivo acesso à justiça e não à entrega *proforma* da prestação jurisdicional em detrimento o devido processo legal. Até para que em relação aos princípios constitucionais presentes na efetivação da jurisdição não passe de uma ficção jurídica baseada em termos que nada de concreto significam, tampouco, expressam a realidade do caso em exame, principalmente, sem se importar com o indivíduo sujeito de direitos, à pretexto de uma celeridade processual à qualquer custo (da parte mais frágil, neste caso, o demandado), impondo uma produção de decisões em série, sem análise de conteúdo fático e que, por vezes, violam outras garantias tão fundamentais ou mais importantes do que a própria duração razoável do processo penal.

A garantia da motivação é identificada no art. 93, inciso IX, da CF/1988 na parte em que o constituinte reservou a organização do Poder Judiciário, exigindo que sejam “fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade” e ainda no contexto constitucional o art. 5º, inciso LXI, da CRFB, quanto a possibilidade da prisão somente ser decretada por “ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente”. Mas, também é possível encontrar tal garantia na legislação ordinária (art. 381 do CPP e art. 165 c.c. art. 458 do CPC).

Gustavo Henrique Badaró, sustenta que a fundamentação exigida pela Carta Política tem dupla finalidade:

²²⁰ LOPES Jr, Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2014.p.164.

[...] Sob uma ótica individualista, isto é, considerando a finalidade que a motivação desempenha no processo, levando-se em conta apenas o interesse das partes, a garantia processual tem por escopo permitir o conhecimento das razões de decidir, possibilitando a impugnação da decisão e o ataque aos seus fundamentos pela via recursal. Trata-se de um fundamento interno da motivação, ressaltando sua finalidade técnico-processual. Por outro lado, tendo em vista o exercício da função jurisdicional, a motivação permite o controle social sobre a atividade jurisdicional.²²¹

A importância da fundamentação nesses dois aspectos - endoprocessual para as partes e extraprocessual como controle da atividade jurisdicional - está em total sincronia com o processo penal democrático e de cunho garantista, portanto.

Se decorre do próprio Diploma Constitucional que toda decisão judicial exige fundamentação (art. 93, inciso IX), logo, no âmbito da entrega da tutela jurisdicional que se espera dentro do prazo razoável, é *conditio sine qua non* a transparência do raciocínio intelectual daquele magistrado que proferiu a decisão.

Na ocasião em que são empregados textos doutrinários, citadas diversas jurisprudências e demais abordagens de casos semelhantes, com vistas à estribar o *decisum*, algo perfeitamente válido e tão corriqueiro, ainda mais com as facilidades da era digital e de tecnologia avançada, contudo, seja feita a devida correlação entre as fontes mencionadas e o caso *sub judice*, sempre acompanhada da participação autoral do prolator da decisão com as justificativas desses expedientes adotados e, devidamente contextualizados.

Bem salienta Marcus Vinicius de Oliveira Lucas quanto a importância da prolação de uma sentença devidamente fundamentada ou se expressa motivadamente ao declarar o raciocínio jurídico e intelectual que foi adotado:

[...] é demonstrar que a fundamentação da decisão judicial é o fator que permite averiguar se o juiz considerou, realmente, o material fático-jurídico produzido pelas partes em contraditório, afastando-se a discricionariedade da decisão judicial, retirando as incertezas do seu conteúdo, formando uma maior segurança jurídica aos litigantes, o que ocorre mediante racionalização na sua fundamentação e não pela mera escolha do juiz sobre qual parte tem razão.²²²

²²¹BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 4.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p.64.

²²² LUCAS, Marcus Vinicius Pereira. **Breves considerações sobre a (crise de) fundamentação das decisões judiciais**. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica>. Acesso em 05 set. 2019.

É direito da parte, como garantia de acesso à justiça, ver apreciado suas postulações e deduções que foram apresentadas durante o processo. Daí a incompatibilidade da decisão judicial que não atende minimamente esse propósito (imotivada), que ingressaria no campo movediço das nulidades, justamente, por se afastar das exigências constitucionais e legais para o ato de maior importância no processo, especialmente, o penal.

A teor do que prescreve o art. 155 do Código de Processo Penal, sem deslembrar que este diploma legal padece de filtragem constitucional contemporânea, já que sua gestação e promulgação em 1941 ocorreram em pleno Estado Novo, é preciso investigar o alcance da expressão livre para se auferir o quão livremente o juiz pode se deixar convencer na análise do bojo probatório para tomar a sua decisão.

Para Danilo Knijnik é preciso observar algumas premissas em relação à valoração da prova, a fim de apontar o caminho que deve o juiz nortear o seu raciocínio para fundamentar a sua mais profunda convicção:

A literatura sobre esse fenômeno altamente complexo - “convencimento judicial” ou “convicção judicial” - converge, já em seu ponto de origem, para setores de pensamento relativamente conhecidos. Costuma -se, a respeito, expor os três modelos históricos atinentes à valoração das provas - íntima convicção, prova legal e persuasão racional - destacando-se, em seguida, a excelência deste último, normalmente associado tanto a eminentes valores democráticos, como a legítimas conexões do processo com o ordenamento jurídico-constitucional. Sua caracterização, destarte, vem, de regra, estabelecida com as seguintes notas: “a) embora livre o convencimento, este não pode ser arbitrário, pois fica condicionado às alegações das partes e às provas dos autos; b) a observância de certos critérios legais sobre provas e sua validade não pode ser desprezada pelo juiz (arts. 335 e 336, bem como das presunções legais); c) o juiz fica adstrito às regras de experiência, quando faltam normas legais sobre as provas; d) as sentenças devem ser sempre fundamentadas, o que impede julgamentos arbitrários da prova dos autos.”²²³

Tal problemática dos critérios de decisão na análise da prova, também, é abordada por Gustavo Henrique Badaró:

Esse é o campo dos critérios de decisão, ou qual o grau de convencimento que se exige do julgador para poder decidir que um fato está provado. O tema dos ‘critérios de decisão’, também denominados ‘**standards probatórios**’ ou ‘modelos de constatação’, tem sido muito pouco explorado pela doutrina processual penal brasileira, que geralmente se limita a apreciar a questão sob o enfoque do *in dubio pro reo*, mas não dos diversos graus que se podem exigir

²²³ KNIJNIK, Danilo. Os “standards” do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em <http://www.abdpc.org.br/abdpc/>, Acesso em 05 set. 2019.

do julgador para que considere um fato ‘provado’ ou mesmo para que se tenha como satisfeito um requisito legal de mera probabilidade, e não de ‘certeza.’²²⁴

O efetivo acesso à justiça pode ser alcançado pelo réu, mesmo quando a decisão judicial adota parte de trechos que foram empregados em outras decisões judiciais (sentenças/acórdãos), Novamente, o imperativo se refere à contextualização com o caso concreto julgado, ainda mais se, considerarmos a massificação das investigações, das acusações ministeriais e das teses defensivas, o mínimo que se pode esperar é que haja um pronunciamento jurisdicional como último bastião da razão pela qual o processo penal poderá ser democrático, portanto, garantista.

A expectativa é a de que a decisão que é proferida, seja a marca, a identidade reveladora do raciocínio jurídico individualizado e fundamentado naquele caso concreto, mesmo que tenha se valido de inúmeros outros apontamentos judiciais adotados alhures.

Não é admissível que o pensamento se apresente engessado por meio da padronização de terminologias genéricas formuladas dentro da conveniência pela manutenção da prisão preventiva ou de desatendimento às postulações importantes para a construção do papel exercido pela defesa, pois jamais chegará a ser eficiente, muito menos ainda suficientemente tida como garantido o efetivo acesso à justiça.

É o mesmo que negar vigência à norma constitucional e, por via de consequência, deixar de garantir a tutela jurisdicional, na medida em que não existe enfrentamento pontual e contextualizado com a valoração individual da prova e global do conjunto probatório. Ceder aos avanços da tecnologia da computação é tentador, desde que haja a devida e necessária correspondência com o caso concreto julgado naquele episódio ao proferir uma decisão

Fredie Didier Júnior conceitua o ato de maior expressão processual para as partes e reflete a efetivação da jurisdição:

[...] a sentença é um ato jurídico que contém uma norma jurídica individualizada, ou simplesmente norma individual, definida pelo Poder Judiciário, que se diferencia das demais normas jurídicas (leis, por exemplo) em razão da possibilidade de tornar-se indiscutível pela coisa julgada material.²²⁵

²²⁴BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 4.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 436.

²²⁵ DIDIER, Fredie Jr. **Sobre a fundamentação da decisão judicial**. Disponível em <<https://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/02/sobre-a-fundamentacao-da-decisao-judicial.pdf>>. Acesso em 03 set. 2019, p. 1.

Em sendo assim, portanto, insubstituível a participação intelectual do juiz na resolução desta crise de identificação que se estabeleceu entre as partes da relação processual, onde um dos sujeitos enxerga a norma individualizada de uma maneira diversa que o outro, não podendo prescindir em nome da celeridade processual à qualquer custo, se valendo de expressões sem conteúdo próprio e não relacionado ao caso, em busca de uma padronização e de fórmulas previamente confeccionadas para aplicação genérica, sem dialogar com os fatos abordados na causa julgada.

Para a formulação dessa norma jurídica individualizada, contudo, não basta que o juiz promova, pura e simplesmente, a aplicação da norma geral e abstrata ao caso concreto. Em virtude do chamado pós-positivismo que caracteriza o atual Estado constitucional, exige-se do juiz uma postura muito mais ativa, cumprindo-lhe compreender as particularidades do caso concreto e encontrar, na norma geral e abstrata, uma solução que esteja em conformidade com as disposições e princípios constitucionais, bem assim com os direitos fundamentais.²²⁶

Na concepção de Luiz Lênio Streck, a manifestação jurisdicional exige muito mais do que a singela aplicação da lei ao caso concreto que, aliás, pode ser resultado do mecanicismo e da automatização decisória sem efetivo aprofundamento fático e concreto:

Nesse sentido, não é desarrazoado referir que no campo jurídico ocorre uma extração de mais-valia do ser do Direito, que pode facilmente ser detectada a partir do cotidiano enfraquecimento do sentido da Constituição. Há uma corrupção da atividade interpretativa, cujo resultado é uma cultura estandardizada, reprodutiva e manualizada, no interior da qual o Direito não é mais pensado em seu acontecer. Na ausência de uma reflexão crítica, ocorre uma colonização do mundo jurídico, através de uma metodologia de cunho metafísico, como se a atividade interpretativa fosse o resultado de métodos, que assegurariam o devir da subjetividade. Nesse imaginário de crise, uma das consequências é que a doutrina não mais doutrina, sendo, na verdade, doutrinada pelos tribunais. As decisões, transformadas em resumos *prêt-à-porter*, servem para o balizamento da doutrina produzida pelos manuais. Não é demais referir, neste contexto, que as críticas dirigidas ao ensino jurídico e a operacionalidade do Direito, feitas há mais de vinte anos, continuam atuais. Considerável parcela das decisões judiciais continuam a fundamentar-se em verbetes jurisprudenciais, retirados de manuais jurídicos e citados de forma descontextualizada, obstaculizando o aparecer da singularidade dos casos. É o que se denomina, a partir da filosofia hermenêutica, de objetificação do processo interpretativo, onde o verbe (doutrinário ou jurisprudencial) serve

²²⁶ DIDIER, Fredie Jr. **Sobre a fundamentação da decisão judicial**. Disponível em <<https://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/02/sobre-a-fundamentacao-da-decisao-judicial.pdf>>. Acesso em 03 set. 2019, p. 2.

como ‘categoria’ para o operador elaborar ‘deduções’ ou ‘subsunções’, circunstância que faz do intérprete – sem que disto ele se dê conta – um refém da metafísica.²²⁷

Luís Roberto Barroso, faz o alerta quanto a velocidade dos tempos atuais, extraindo sua percepção refletida sobre as mais diversas situações do cotidiano de uma vida comum para conjugar com o Direito:

Assim protestava o grafite, ainda em tinta fresca, inscrito no muro de uma cidade, no coração do mundo ocidental. A espirituosa inversão da lógica natural dá conta de uma das marcas dessa geração: a velocidade da transformação, a profusão de ideias, a multiplicação das novidades. Vivemos a perplexidade e a angústia da aceleração da vida. Os tempos não andam propícios para doutrinas, mas para mensagens de consumo rápido. Para *jingles*, e não para sinfonias. O Direito vive uma grave crise existencial. Não consegue entregar os dois produtos que fizeram sua reputação ao longo dos séculos. De fato, a *injustiça* passeia pelas ruas com passos firmes e a *insegurança* é a característica da nossa era. Na aflição dessa hora, imerso nos acontecimentos, não pode o intérprete beneficiar-se do distanciamento crítico em relação ao fenômeno que lhe cabe analisar. Ao contrário, precisa operar em meio à fumaça e à espuma. Talvez esta seja uma boa explicação para o recurso recorrente aos prefixos *pós* e *neo*: pós-modernidade, pós-positivismo, neoliberalismo, neoconstitucionalismo. Sabe-se que veio depois e que tem a pretensão de ser novo. Mas ainda não se sabe bem o que é. Tudo é ainda incerto. Pode ser avanço. Pode ser uma volta ao passado. Pode ser apenas um movimento circular, uma dessas guinadas de 360 graus.²²⁸

Não se pode construir um processo penal no regime democrático ao se deparar com uma sociedade que tem pressa na resolução dos problemas, seja no âmbito cível ou penal, porque a ninguém é dado aguardar o desenvolvimento dos atos processuais, recluso, *ad infinitum*. É preciso, porém, se encontrar o meio termo entre a agilidade que os instrumentos processuais dispões, sem, contudo, violar as garantias constitucionais do indivíduo.

Anota Carla da Silva Mariquito a tensão que existe no processo que deve ser justo e garantir a efetivação do acesso à justiça:

Existem dois pólos, aparentemente, opostos: um, a necessidade de garantir o processo justo, o qual somente será alcançado por meio da efetividade das

²²⁷STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e possibilidades de concretização dos Direitos Fundamentais no Brasil**. Novos Estudos Jurídicos - Volume 8 - nº 2 - p.257-301, maio/ago. 2003. Disponível em <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/336/280>>. Acesso em 03 set. 2019. p.285.

²²⁸BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do direito**. (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil) Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 09, março/abril/maio, disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em 05 set. 2019

garantias fundamentais processuais; outro, a intensa e frutífera sistemática de acesso a justiça, fomentada pela inércia dos demais Poderes, a fim de assegurar direitos fundamentais, que embora o texto da Constituição lhes empreste eficácia imediata, são abandonados e ignorados pelos responsáveis por sua implementação, principalmente após a redemocratização do Estado Brasileiro.²²⁹

É possível que a falta de indicação objetiva de elementos diretamente relacionados com a dinâmica dos fatos e com o universo das temáticas processuais abordadas pelas partes, notadamente, pelo acusado para influir na construção do convencimento do juiz quando for enfrentar o mérito da causa ou, unilateralmente, quando este opta por decretar quaisquer das medidas cautelares previstas no art. 319, ou, mesmo a modalidade prisional extremada do art. 312, ambos do Código de Processo Penal, sobram imprecisões terminológicas e expressões vagas que causam insegurança jurídica.

Não é o suficiente fazer, apenas, uma singela alusão à qualquer das hipóteses autorizadoras do art. 312 do Código de Processo Penal para que seja possível a sua decretação, sendo necessário incursionar pelos dados reais e indicá-lo no processo concretamente, a fim de seja evidenciada a necessidade da custódia cautelar, demonstradas conforme as exigências legais para esta ocasião, uma vez que se trata de impor restrição ao direito de locomoção do indivíduo, investigado ou processado.

Não basta que a decisão se limite a fazer menção ao texto legal, doutrinário e jurisprudencial, no universo das hipóteses, se desobrigando da função que é inerente ao juiz e que lhe toca bem de perto observar e que se trata de fazer a correspondência entre as circunstâncias legais autorizadoras da prisão preventiva, em atenção à presença dos pressupostos do *periculum libertatis* e do *fumus comici delicti*.

A decisão judicial fundamentada, proferida no tempo razoável é sinônimo de acesso efetivo à justiça, porque indica que houve apreço pelas teses expostas pelas partes envolvidas, assegurando-se, sobretudo, o exercício à ampla defesa e ao contraditório como corolário do devido processo legal, pertencente ao rol dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, conforme a redação do art. 5º, LIV, da Constituição Federal de 1988.

²²⁹ MARIQUITO, Carla da Silva. **Fundamentação das decisões judiciais: sua importância para o processo justo e seu “desprezo” numa sociedade que tem pressa**. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume VIII. Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. v. 8, n. 8. 2011.p.169 Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/20337/15094>>. Acesso em 04 set. 2019.

A citação abstrata de doutrina e jurisprudência sobre o assunto, ou, mesmo um possível clamor público, por vezes, disseminado pelo estardalhaço midiático - "ilusão de justiça instantânea"²³⁰ - não são suficientes para caracterizar a fundamentação da decisão.

Para além da atenção especial ao direito do réu de ser julgado em tempo razoável, destaca-se o dever das decisões do Poder Judiciário ser motivações.

E, não se pode ignorar as recomendações de Michel Maffesoli ao analisar a sociedade contemporânea:

É preciso romper o círculo virtuoso das análises óbvias. Dessas análises sem vida, feitas mais de virtuosismo que de amor. Análises elaboradas em lugares protegidos, nos centros de poder (simbólico, econômico e político). Análises *sectárias*, vale dizer, desligadas da realidade, para uso das tribos desses mesmos poderes, e que se limitam a corroborar um *status quo* dos mais frágeis ou criticá-lo de forma comportada e polida.²³¹

Esta abordagem, em certo sentido, guarda semelhanças com o tratamento judiciário formal que é dispensado entre os operadores e que atravessou o tempo pela tradição do uso de um vernáculo técnico e polido em que se mecanizou os pronomes de tratamento sem levar em conta a própria educação e o respeito.

Se por um lado o juiz é livre para formar seu convencimento acerca da prova, é imperativo que exponha, motivando as decisões que proferir, os elementos de prova que fundamentam suas decisões e as razões pelas quais esses elementos serão considerados determinantes. A motivação inclui, ainda, a fundamentação legal da decisão, por referência aos dispositivos normativos que, confrontados aos elementos de prova, determinam a decisão proferida.

Apesar das decisões proferidas em primeira e segunda instâncias de jurisdição deixarem a desejar no quesito fundamentação, Fauzi Hassam Choukr citou decisão judicial tomada pelo então ministro Hamilton Carvalhido, quando integrava o Superior Tribunal de Justiça, em que descreveu o cenário crítico das decisões que não atendem ao comando legal e constitucional:

[...] a fundamentação das decisões do Poder Judiciário, tal como resulta da letra do inciso IX, do art. 93 da Constituição da República. É condição absoluta de sua validade e, portanto, pressuposto de sua eficácia, substanciando-se na definição suficiente dos fatos e do direito que a

²³⁰ LOPES Jr, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável**. Rio de Janeiro: Editora Lumem Juris, 2009, p 55.

²³¹ MAFFESOLI, Michel. **O Ritmo da Vida: Variações Sobre o Imaginário Pós-Moderno**. Trad. Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Editora Record, 2007, p.11.

sustentam, de modo a certificar a realização da hipótese de incidência da norma e os efeitos dela resultantes. Tal fundamentação, para mais, deve ser deduzida em relação necessária com as questões de direito e de fato postas na pretensão e na sua resistência, dentro dos limites do pedido, não se confundindo, de modo algum, com a simples reprodução de expressões ou termos legais, postos em relação não raramente com fatos e juízos abstratos, inidôneos à incidência da norma invocada. (STJ, *DJ* 29-11-2004.p.416, rel. Hamilton Carvalhido).²³²

Da análise de alguns pronunciamentos judiciais se pode extrair um modelo estandardizado decisional de praxe que atenda, de modo genérico, a todos os casos, conferindo mecanicamente a atos por natureza personalíssimos, a automação de jargões jurídico-legais, a fim de impingir aparente legalidade do exame e cumprimento formal às exigências legais e constitucionais em relação à fundamentação das decisões.

Nesta mesma linha e direção é o entendimento das decisões oriundas dos Tribunais Superiores:

[...] Ausência de fundamentação. Consideração tão só da gravidade abstrata do crime e o envolvimento do réu em outras infrações. Inadmissibilidade. Ordem Concedida. [...] 2. A jurisprudência da Corte já se pronunciou no sentido de que "em matéria de prisão provisória, a garantia da fundamentação das decisões judiciais (inciso IX do art. 93 da Carga Magna) importa o dever judicante da real ou efetiva demonstração de que a segregação atende a pelo menos um dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal. Sem o que se dá a inversão da lógica elementar da Constituição, segundo a qual a presunção de não-culpabilidade é de prevalecer até o momento do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Precedentes. (STF. HC 107294/PI. Rel. Dias Toffoli. T1. Julg. 06.09.2011).

[...] AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CAUTELAR IDÔNEA PARA A PRISÃO PREVENTIVA: OCORRÊNCIA. PRECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA. [...] 2. A jurisprudência predominante deste Supremo Tribunal afasta a prisão preventiva que se funda na gravidade abstrata ou concreta do direito imputado, definido ou não como hediondo. (STF. HC 104.418/SP. Rel. Carmen Lúcia. T1. Julg. 16.08.2011).

[...] PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA. ART. 312 CPP. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. ORDEM CONCEDIDA [...] Necessidade de uma concreta demonstração da imperiosidade da segregação processual, a partir de dados empíricos convincentes. Quadro que não se extrai dos autos. 3. Em matéria de prisão preventiva, a garantia da fundamentação das decisões judiciais implica a assunção do dever da demonstração de que o aprisionamento satisfaz pelo menos a um dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal. Sem o que se dá a inversão da lógica elementar da Constituição, segundo a qual a presunção de não-culpabilidade prevalece até

²³² CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de processo penal**: comentários consolidados e crítica jurisprudencial. 6.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.p.730.

o momento do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. (STF. HC. 106.209/SC. Rel. Ayres Britto. T2. Julg. 01.03.2011).

O Superior Tribunal de Justiça, em inúmeros julgados relativos à ausência de fundamentação, mantém essa mesma visão com respeito aos textos legais correspondentes à matéria:

[...] PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA. ART. 132 DO CPP. GRAVIDADE ABSTRATA DA INFRAÇÃO. 1. A jurisprudência desta Corte tem proclamado que a prisão cautelar é medida de caráter excepcional, devendo ser imposta, ou mantida, apenas quando atendidas, mediante decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da Constituição Federal de 1988), as exigências do art. 312 do Código de Processo Penal. Isso porque a liberdade, antes de sentença penal condenatória definitiva, é a regra, e o enclausuramento provisório, a exceção, como tem insistido esta Corte e o Supremo Tribunal Federal em inúmeros julgados, por força do princípio da presunção de inocência, ou da não culpabilidade. 2. A fundamentação declinada pelo Magistrado de primeiro grau não indicou de que forma a liberdade do paciente colocaria em risco a ordem pública, a conveniência da instrução criminal ou a aplicação da lei penal. Procurou alicerçar a medida constritiva na gravidade abstrata do crime consubstanciada em expressões genéricas do tipo, 'apreensão no meio social', 'reflexos negativos e traumáticos na vida da sociedade', 'sentimento de impunidade e de insegurança', não afirmando, concretamente, de que forma a liberdade do paciente colocaria em risco a ordem pública. (STJ. HC 206.726/RS. Rel. Og Fernandes. T6. DJe 26.09.2011).

Em quaisquer aspectos dos julgados acima citados, se denota a conformidade com a exigência constitucional, os quais se acham devidamente concatenados com o que pode ser tido como processo penal democrático, na medida em que são rechaçadas decisões imotivadas ou que simplesmente se limitam a fazer menção ao texto onde prevê a utilização excepcional da prisão preventiva, já que a liberdade é a regra.

A questão das decisões imotivadas ou superficialmente fundamentadas com emprego de terminologias genéricas, com baixa correlação ao que se está sendo decidido, se agrava, quando se é do conhecimento que tais decisões oriundas dos Tribunais Superiores já foram declinadas e devidamente destacadas, em regra, nas primeira e segundas instâncias sem surtir qualquer efeito para a reclamação do direito de locomoção do indivíduo.

Até que seja restituída a liberdade do acusado (ou investigado), é possível que os motivos ensejadores que decretaram a prisão já tenham cessado, até em virtude da demora na prestação jurisdicional, para se galgar todos os degraus até as instâncias superiores.

Então, questiona-se a eficiência do processo penal como instrumento de garantias constitucionais como função indiscutível do Poder Judiciário que deve assegurar a realização

deste propósito, especialmente, quando se tratar de investigação ou mesmo ação penal com indivíduo preso provisoriamente, cujos obstáculos, por vezes, intransponíveis ao patrocínio ideal e nos termos da grandeza e envergadura do princípio constitucional da ampla defesa.

3.3 Processo penal eficiente, garantista e ainda célere, é possível?

O desafio que se pretende vencer com algum êxito, decorre da observância e conjugação dos princípios constitucionais da ampla defesa exercida em contraditório judicial no processo que atente para a duração razoável, empreendendo celeridade ao processo, desde que não comprometa direitos fundamentais na tentativa de demonstrar eficiência jurídica a qualquer preço.

No entanto, é preciso percorrer a linha do tempo da história do Direito para se extrair algumas lições de aplicação válida.

Com o fim da Idade Média, surgiu o Estado Absoluto, ou, a Monarquia Absoluta, representada pela figura do príncipe que era a origem de todas as coisas, inclusive em dar origem às normas jurídicas. Foi objetivando se afastar do poder da igreja e do império Romano que assumiu a produção do Direito em busca de criar um ordenamento jurídico estatal, que em outras palavras nada mais era do que a vontade do príncipe em relação aos seus súditos.²³³

Esse é o modelo de Estado, em que se baseia na confiança em que “todos os direitos e faculdades daqueles a quem o poder soberano é conferido, mediante o consentimento do povo reunido, derivam dessa instituição do Estado”. Essa defesa da existência de um Poder Absoluto concentrado nas mãos de uma só pessoa e por meio dela o mais alto poder de condução tenha sido conferido pelos homens era a característica de qualquer cidade perfeita. Isso consagrou a concepção *hobbesiana* (Thomas Hobbes) da origem do Estado, em que a vontade do indivíduo e parte da sua liberdade foram submetidas à vontade de um homem, de um conselho, a fim de que medidas pudessem ser tomadas em busca da paz comum, porque era essa vontade de todos.²³⁴

Nessa concentração de poder é que se manifestavam as atividades estatais e que, posteriormente, Montesquieu tratou da repartição de suas respectivas funções, que apontavam para o início da Idade Moderna e, base da reflexão aqui proposta.

²³³ HOBBS, Thomas. **Leviatã, ou Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Trad. Rosina D'Angina. 2.ed., São Paulo: Martin Claret, 2012.p.141

²³⁴ Idem, p.141.

Francisco Cesar Asfor Rocha, percorre esse histórico nascimento que conferiu ao Estado a produção normativa que permaneceu até hoje:

O início da era moderna, com o Estado Absoluto, legou à cultura jurídica ocidental a produção estatal do Direito como única fonte da regulação das condutas humanas, mas a ausência de limites das ações do Estado permitiu que, na fase seguinte do curso histórico, a classe burguesa procurasse, com o fortalecimento do Poder Legislativo, composto quase que só de indivíduos provindos da burguesia, imprimir fronteiras ao Estado (Poder Executivo), bem como aos Magistrados (Poder Judiciário), fortalecendo, assim, a lei, uma vez que esta era produto das suas vontades políticas e nela estavam resguardados todos os interesses daquela nova classe que crescia progressivamente no continente europeu.²³⁵

Essa herança integrou as atividades do Poder Legislativo de onde editam as normas jurídicas e que parece não existir meios de se harmonizar ao sistema de leis em vigor pela diversidade de propósitos e interesses a que chegam os mandatários eleitos para o cargo em especial.

Foi com o liberalismo na Europa, inspirado nas ideias iluministas que fortaleceram as revoluções burguesas, que se pode constatar o ponto mais relevante deste movimento e que consiste na obstinada formulação dos seus teóricos meios para impedir o abuso de poder que, na tradição inglesa, ganhou o nome de constitucionalismo.²³⁶

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

A tão propalada crise no judiciário, antes de qualquer debate, é preciso saber a que tipo de crise está se referindo, uma vez que, essa não é a própria crise do Direito como tal o conhecemos e sim, de quem o produz, porque é o Estado quem escreve seus textos pelo Legislativo, não ficando para trás o Judiciário, também, na edição de normas que passam a integrar o sistema. E, por último, os Executivos fortes exercem suas influencias no legislativo e no Judiciário, com seus projetos em que o universo privado assume a forma dissimulada de interesse público, apenas para satisfação do individualismo possessivo.²³⁷

²³⁵ ROCHA, Francisco Cesar Asfor. **A luta pela efetividade da jurisdição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 58.

²³⁶ Idem, p. 59.

²³⁷ STRECK, Lênio Luiz, **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais-Sociais no Brasil**. Novos Estudos Jurídicos - Volume 8 - Nº 2 - p.

Se estivermos diante de um governo fragilizado, o Estado revelará sua fragilidade e, é nesse contexto que a crise atinge o Direito, o Estado e a Dogmática Jurídica, e seus reflexos na sociedade, a partir do papel da justiça constitucional o que torna imprescindível a discussão.²³⁸

A dificuldade está na concepção de produção do Direito que leva em conta ainda um modelo arcaico como paradigma liberal-individual-normativista em detrimento ao crescimento dos direitos transindividuais e a crescente complexidade social (re) clamam novas posturas dos operadores jurídicos. O ponto fulcral é o desafio de romper com essa estrutura de posicionamento na manutenção da crise que se deve ao fato de que “o velho modelo de Direito (de feição liberal-individual-normativista) não morreu e o novo modelo (forjado a partir do Estado Democrático de Direito) não nasceu ainda.”²³⁹

[...] As noções de constituição dirigente, da força normativa da Constituição, de Constituição compromissária, não podem ser relegadas a um plano secundário, mormente em um país como o Brasil, onde as promessas da modernidade, contempladas no texto constitucional de 1988, longe estão de ser efetivadas [...].²⁴⁰

Por outro ângulo, Mireille Delmas-Marty, abordando a temática sobre os Modelos Estatais dos Grandes Sistemas de Política Criminal, considerando a produção normativista estatal com viés ideológico liberal, faz uma digressão analítica sobre o surgimento da corrente liberal - que remonta o final da Idade Média, passando pelas conquistas dos séculos XVII e XVIII, até o nascimento do princípio da legalidade, a fim de realçar a importância do Estado de direito²⁴¹, sobretudo, como modelo de resposta estatal à infração:

O Estado se define como a estrutura ou o governo político com sucesso o monopólio da limitação física legítima. Encontramos, ainda, os demais traços específicos do Estado segundo Weber: uma racionalização do direito com as consequências que são a especialização do Poder Legislativo e Judiciário e a instituição de uma política encarregada de proteger a segurança dos cidadãos e de assegurar a ordem pública.²⁴²

59, maio/ago. 2003. Disponível: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/336/280>. Acesso em 01 mar. 2019.

²³⁸ Idem, p. 259

²³⁹ Ibid, p.259

²⁴⁰Ibid, p.260.

²⁴¹ DELMAS-MARTY, Mireille, **Os grandes sistemas de política criminal**. [Trad. Denise Radanovic Vieira, 1941], Barueri, SP : Manole, 2004, p. 45/47.

²⁴² Idem, 95.

O Estado-sociedade liberal é um sistema complexo que se identifica pelos valores que consagra, à exemplo, a liberdade:

Valor de referência, a liberdade acha-se aqui duplamente garantida conforme a estrutura do modelo: pela distinção entre infração e desvio – descontinuidade da pressão do corpo social sobre o indivíduo – e pela limitação do campo de intervenção do Estado unicamente ao domínio da infração – limitação da intensidade da pressão.²⁴³

Daí porque à construção normativa se impõe um olhar voltado para o que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu, a partir do Estado Democrático de Direito, com vistas a garantir a necessária intervenção estatal para consecução dos seus fins, sobretudo, a dar àqueles menos favorecidos a igualdade de condições, tratando-os de maneira desigual.

Nesse ponto, é possível afirmar que:

A Constituição (e cada Constituição) depende de sua identidade nacional, das especificidades de cada Estado Nacional e de sua inserção no cenário internacional. Do mesmo modo, não há “um constitucionalismo”, e, sim, vários constitucionalismos.²⁴⁴

Exemplificando, basta traçar um paralelo entre as constituições portuguesa e a brasileira, para se perceber que àquela possuía na origem um texto normativo de caráter revolucionário, tendo em vista que nela se inseria até mesmo a transformação do modo de produção do Estado português rumo ao socialismo. Bem diferente da nossa constituição que “limitou-se a apontar para a transformação do modelo de Estado, qual seja, o Estado Democrático de Direito, restringindo-se, no plano econômico, a estabelecer as bases (núcleo político) de um Estado Social (*Welfare State*).”²⁴⁵

Essa é a razão e importância de se entender a noção de Constituição dirigente, defendida por J.J. Gomes Canotilho no sentido de se aplicar aos propósitos interpretativos a ser, efetivamente, aplicados aos princípios aqui compreendidos.

Para tanto, entendendo a Teoria da Constituição, enquanto uma teoria que resguarde as características histórico-factuais de cada Estado nacional, esta deve conter um núcleo,

²⁴³ DELMAS-MARTY, Mireille, **Os grandes sistemas de política criminal**. [Trad. Denise Radanovic Vieira, 1941], Barueri, SP: Manole, 2004, p. 99.

²⁴⁴ STRECK, Lênio Luiz, **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais-Sociais no Brasil**. Novos Estudos Jurídicos - Volume 8 - Nº 2, maio/ago. 2003. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/336/280>. Acesso em 01 mar. 2019, p. 275.

²⁴⁵ Idem, p. 275.

estruturante, que acomode as conquistas civilizatórias inerentes ao Estado Democrático de Direito, contemplando democracia e os direitos humanos fundamentais e é por isso que existe um núcleo mínimo universal que conforma uma teoria geral da Constituição, que pode ser considerado comum a todos os países que adotaram formas democrático-constitucionais de governo, há um núcleo específico de cada Constituição, que, inexoravelmente, será diferenciado de Estado para Estado.²⁴⁶

Trata-se do núcleo mínimo de direitos sociais (fundamentais) que há em todas as constituições dirigentes e que deve tratar, assim, da construção das condições de possibilidade para o resgate das promessas de modernidade não cumpridas, a fim de não comprometer os dois alicerces que sustentam o próprio Estado Democrático de Direito, quais sejam, direitos fundamentais-sociais e democracia. É possível afirmar, portanto, que continuam perfeitamente sustentáveis as teses relacionadas ao caráter dirigente e compromissário do texto constitucional brasileiro.²⁴⁷

E, no caso do Brasil esse núcleo vem estruturado no Título I - Dos Princípios Fundamentais, especialmente, na dicção do artigo 3º da Constituição Federal, que estabelece os fins do Estado:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

O preenchimento do déficit resultante do histórico descumprimento das promessas de modernidade pode ser considerado, no plano de uma teoria da Constituição adequada, segundo o citado autor, como imperativo interpretativo a ser executado pelo Poder Judiciário. E, isso se deve à falha e/ou omissão no processo político entre os Poderes Legislativo e Executivo, para garantir a concretização das políticas públicas e assegurar a prestação dos serviços sociais básicos à população.

Entende Lênio Luiz Streck, que o papel a ser desempenhado pela jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito implica uma ruptura paradigmática e,

²⁴⁶STRECK, Lênio Luiz, **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais-Sociais no Brasil**. Novos Estudos Jurídicos - Volume 8 - Nº 2, maio/ago. 2003. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/336/280>. Acesso em 01 mar. 2019, p. 276.

²⁴⁷ Idem., p. 277.

necessariamente, devendo existir um desconforto na comunidade jurídica preocupada com o Direito enquanto fator de transformação social e, não faz o menor sentido, diante do papel da Constituição (dirigente e compromissária), continuar refém de um sentido comum teórico, no interior do qual o ser da Constituição (compreendia no seu papel constituidor, dirigente e compromissário), se apaga.²⁴⁸

Daí que a ausência de função social do Direito e, portanto, a sua (não) inserção no horizonte de sentido proporcionado pelo Estado Democrático de Direito, compreendido a partir das condições de possibilidade de sua existência e, desse modo, a partir das possibilidades do intérprete ser no mundo e ser com os outros, perde-se em meio a uma baixa constitucionalidade, composta por um discurso jurídico alienado da condição histórica da sociedade brasileira.²⁴⁹

E, por imperativo racional o intérprete não opera sem, contudo, fazer as investigações necessárias para distinguir os institutos de direito que analisa, levando-se em conta sua natureza e constituição.

É nesse contexto histórico da análise dos mais diversos modelos de Estado que surgiu em 1988 a constituição da República para dar nova interpretação aos diplomas infraconstitucionais e, no presente estudo o Código de Processo Penal de 1941. Este, como instrumento à serviço do Estado que ainda carrega o ranço do autoritarismo, deve ceder ao processo penal constitucional porquanto inadmissível o tratamento ainda hoje dispensado ao investigado/acusado como se fosse mero objeto de investigação e não sujeito de direitos.

Viabilizou mais segurança ao indivíduo contra o arbítrio estatal de passado absolutista tirânico, incorporando os direitos fundamentais no ponto mais alto do ordenamento jurídico dos países regidos pelo direito e pela democracia. Todavia, há que se fazer uma ponderação para exigir a efetiva aplicação desses sublimes direitos já positivados em nossa Constituição Federal, se está cumprindo seu papel na correta exegese que dessa categoria normativa correspondente aos princípios de ordem constitucional nela inseridos.

Sustenta Paulo Bonavides, sobre como devem ser interpretados os direitos individuais que:

A hermenêutica dos direitos fundamentais requer vias de investigação que transcendem os caminhos abertos pelo emprego dos métodos interpretativos da escola clássica de Savigny. Isso deriva da

²⁴⁸ STRECK, Lênio Luiz, **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais-Sociais no Brasil. *Novos Estudos Jurídicos* - Volume 8 - Nº 2 - p.257-301, maio/ago. 2003. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/336/280>, Acesso em 01/03/2019, p. 285.

²⁴⁹ Idem, p. 285.

peculiaridade mesma imanente à estrutura normativa desses direitos fundamentais, que exigem, segundo Koch, decisões de prioridade ou primazia, tais como entre sua pretensão de tutela (*Schutzanspruch*) e as interferências legislativas ou entre direitos fundamentais conflitantes, isto é, posições constitucionais cuja harmonia deve ser levada a cabo por via do legislado.²⁵⁰

Defende J. J. Gomes Canotilho que:

Fundamentando originariamente direitos a prestações, não é legítimo dizer-se que as normas consagradoras destes direitos são *leges imperfectae*, sem qualquer conteúdo jurídico-constitucional antes da sua concretização legislativa.²⁵¹

Até porque, fosse verdade, reforçaria a necessidade da eficácia positiva dessas normas, sobretudo, para impor instrumentos sancionadores, em caso de inobservância de tais direitos, como sustenta Flávia Piovesan:

[...] ensejaria a responsabilização dos poderes públicos, quando estes se mostrassem indiferentes, omissos e negligentemente impedissem o cumprimento das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais.²⁵²

Há quem possa sustentar que o processo penal brasileiro ainda não é um instrumento para efetivação das garantias constitucionais e que defenda, por sua vez, que o tempo razoável do processo penal deveria dar maior atenção ao princípio da celeridade, como conferido ao direito processual civil.

Colocando nesse plano de discussão, em que os critérios hermenêuticos são conhecidos do Estado-investigação/acusação, já não faz sentido a existência de procedimentos investigativos sem o respeito às garantias constitucionais, que dirá no processo judicial, sob o crivo do contraditório, em que o juiz garantidor da correta aplicação da lei e da norma fundamental, deve se impor rumo ao equilíbrio das atuações para a construção do processo penal justo e eficiente.

²⁵⁰ BONAVIDES, Paulo. **A Constituição Aberta**. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1993 / 1999, p. 545.

²⁵¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador – contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra: Coimbra Edital, Limitada, 1982, p. 379.

²⁵² PIOVESAN, Flávia C. **Constituição e transformação social: a eficácia das normas constitucionais programáticas e a concretização dos direitos e garantias fundamentais**. São Paulo: Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, junho 1992, n. 37, p. 72.

Até porque considerando a diferença substancial entre os direitos materiais que os processos (civil e penal) instrumentalizam, parece não indicar que se dispense idêntico tratamento que no passado. Isso porque a gravidade e as consequências incomparáveis havidas pelo resultado do provimento jurisdicional final decorrentes desses instrumentos são distintas e inconciliáveis, justamente, pela necessidade de se sobreporem as garantias fundamentais do indivíduo processado.

O processo penal deve estar em perfeito alinhamento com os direitos fundamentais do indivíduo e o juiz é responsável em propiciar a efetivação desses direitos e das garantias asseguradas constitucionalmente, qualquer que possa ser o viés do debate jurídico em torno da infração penal em suas mais complexas acepções jurídicas, por mais grave que seja o comportamento delitivo. Ele é o representante do Estado que deve garantir ao indivíduo frente ao Estado-acusação que seja contemplado por tais garantias positivadas, uma vez que é ele (Estado-juiz) quem detém o monopólio do poder punitivo e o réu a parte mais vulnerável na relação jurídico-processual.

Ou seja, o processo penal para ser constitucional, deve abandonar as práticas e interpretações que priorizem o interesse público como no passado para se tronar, de fato, um instrumento de garantias constitucionais do indivíduo e não apenas ferramenta para imposição da sanção criminal prevista pelo direito material penal.

Por tais circunstâncias é que o direito processual atrela-se à Constituição (depois de passar pelo filtro da constitucionalidade) que, por sua vez, vincula-se à ideia de lei fundamental como instrumento formal e processual de garantia. Encontram-se na Carta Magna os princípios que informam a elaboração da norma processual, o procedimento, ainda, que norteiam o processo propriamente dito.²⁵³

Gustavo Henrique Badaró e Aury Lopes Júnior ponderam em relação ao tempo de duração que o processo precisa levar para atingir a maturidade e possibilitar a conciliação necessária para a efetivação dos direitos fundamentais:

O processo nasceu para retardar o próprio tempo da reação. Mas, ao lado dessa regra basilar devemos (também) considerar que o processo que se prolonga indevidamente, conduz a uma *distorção de suas regras de funcionamento*, e as restrições processuais dos direitos do imputado, que sempre são precárias e provisórias, já não estão mais legitimadas, na medida em que adquirem contornos de sobre-custo da pena processual, algo intolerável em um Estado Democrático de Direito.

²⁵³ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1996, p. 95.

Contudo, não se pode cair no outro extremo, no qual a duração do processo é abreviada (aceleração antigarantista) não para assegurar esses direitos, senão para violá-los.²⁵⁴

Juízes sumários, como os experimentos que foram citados nesta pesquisa, em que três diferentes juízes criminais, em estados da federação e jurisdição distintas (estadual e federal), numa audiência de custódia proferiram sentença de mérito (condenatória), sob os mais diversos pretextos como sinônimo de celeridade processual e eficiência jurídica, não demonstram que a iniciativa pretendia respeitar os direitos fundamentais do indiciado que numa única audiência de sua vida, foi transformado de indiciado à réu/condenado a um só tempo, mesmo porque “o processo penal reclama tempo suficiente para satisfação, com plenitude, de seus direitos e garantias processuais.”²⁵⁵

Assegurar o processo penal constitucional ao acusado é advertência registrada por Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias:

[...] a restrição a quaisquer das garantias processuais, sob a canhestra e antidemocrática justificativa de agilizar ou tornar célere o procedimento, com o objetivo de proferir decisão jurisdicional em prazo razoável, é estimular o arbítrio, fomentar a insegurança jurídica e escarnecer da garantia fundamental do povo ao devido processo legal, em suma, deslavada agressão ao princípio constitucional do Estado Democrático de Direito.²⁵⁶

O processo deve ser efetivo durante seu itinerário, não apenas quando da prolação do provimento final.

Se o magistrado condutor do processo penal observa os trâmites legais, dentro da interpretação constitucional do devido processo legal, garantindo ao acusado em seu tempo e com equilíbrio providenciar as refutações que julgar necessárias à sua defesa, por uma lado e, exigir rigorosamente do órgão acusador uma conduta absolutamente incorrigível no aspecto probatório, é possível se alcançar, observando a prática dos atos dentro de um tempo adequado de duração, a efetiva prestação da tutela jurisdicional.

Para Aury Lopes Júnior não basta a observância da regra, da norma escrita, apenas, do ponto de vista formal como se estivessem sendo rigorosamente cumpridas:

²⁵⁴ LOPES Jr, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável**. Rio de Janeiro: Editora Lumem Juris, 2009.p.131.

²⁵⁵ Idem, p. 132.

²⁵⁶ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004,p. 117.

[...] não basta qualquer processo, ou mera legalidade, senão que somente um processo penal que esteja conforme as regras constitucionais do jogo (devido processo) na dimensão formal, mas, principalmente, substancial, resiste à filtragem constitucional imposta. [...] o processo penal deve ser lido à luz da Constituição e da CADH e não ao contrário. Os dispositivos do Código de Processo Penal é que devem ser objeto de uma releitura mais acorde aos postulados democráticos e garantistas na nossa atual Carta, sem que os direitos fundamentais nele insculpidos sejam interpretados de forma restritiva para se encaixar nos limites autoritários do Código de Processo Penal de 1941.²⁵⁷

Basicamente, a mudança na compreensão requer uma inversão da ordem de interpretação dos textos envolvidos para o atingimento dos fins democráticos para alcançar um processo penal garantista, célere e eficiente, a partir deles e não o inverso.

Carmem Silva de Moraes Barros esclarece que isso pode se tornar realidade, desde que se cumpra o que decidiu a própria Constituição Federal de 1988:

As leis mais vinculantes quanto mais vinculantes estejam nos níveis normativos superiores que, por sua vez, quanto mais imperativos negativos contiverem, menos deixarão expostos os níveis inferiores – o legislativo em relação ao constitucional, o judicial em relação ao legislativo. Portanto, um sistema será mais garantista, quanto mais vinculações ou imperativos negativos prescrever ao legislador e ao juiz – quando e como não castigar, não proibir, não julgar -, princípios relativos à inviolabilidade dos direitos e liberdades fundamentais, à igualdade dos cidadãos e ao respeito à pessoa.²⁵⁸

A política criminal do Estado deve obediência à Constituição Federal de 1988, sob pena de se perder em seus propósitos, já que é dela que se origina o preceito fundamental da igualdade, não pode compactuar o Legislativo, o Executivo e o Judiciário com as desigualdades tão expressivas.

Faz sentido a observação de Patrícia Bandeira de Melo quando afirma que:

A desigualdade jurídica dos indivíduos é evidente no Brasil e, de certa forma, facilita o descumprimento das leis por parcela da população bem-posicionada socialmente. Não cumprir as normas, em algumas circunstâncias, chega a ser sinônimo de status e poder. Muitas vezes a aplicação da legislação pode ser implacável para os que não estão nas classes mais altas, mas é relativizada para os que detêm poder. O perfil do criminoso desenhado pelos policiais em sua atuação na rua é de que os infratores são de status econômico baixo. A

²⁵⁷ LOPES Jr, Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. 2.ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2016.p.36.

²⁵⁸ BARROS, Carmem Silva de Moraes. **A individualização da pena na Execução Penal**. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2001.p.110.

igualdade prevista na Constituição fica esvaziada, uma vez que os pobres são os alvos preferidos da repressão policial.²⁵⁹

Diante dessa assertiva é preciso ponderar que alguns órgãos de repressão encarregados da repressão e investigação das condutas penais elitizaram suas incursões para atingir camadas mais altas da sociedade. Todavia, a reflexão que se deve fazer é a igualdade no tratamento dispensado ao ‘rico’ ou ao ‘pobre’ deve ser nivelada com a equiparação de todas as violações perpetrada pelo Estado contra o indivíduo menos favorecido, ou se a ordem constitucional deve ser observada a ambos com todas as garantias constitucionais previstas?

Esse é um debate importante para se aprofundar oportunamente.

É possível inferir que a postura do Poder Judiciário na concretização dos preceitos fundamentais inseridos na Constituição Federal de 1988 tem relação intrínseca com o papel da hermenêutica sobre diversos aspectos a que devemos pontuar e analisar, a fim de que possamos realmente compreender se, de fato, o que o constituinte de 1988 estabeleceu como norma fundamental tem sido verificada nos mais diversos casos julgados desde o primeiro momento em que a demanda é aforada até o trânsito em julgado da sentença.

Aury Lopes Júnior, com assertividade, defende um judiciário afinado com as garantias constitucionais para fazer valer cada qual sua respectiva independência funcional no exercício de suas atividades:

Além da independência, só um juiz consciente de seu papel de garantidor e que, acima de tudo, tenha a *dúvida como hábito profissional e com estilo intelectual* é merecedor do poder que lhe é conferido [...] o juiz que assume ‘uma cultura subjacente’, de forte conotação de defesa social, incrementada pela ação persistente dos meios de comunicação, reclamando menos impunidade e maior rigor penal, derivada, por sua vez, de uma cultura geral de política autoritária, como herdada nos países latino-americanos, que afeta o juiz (enquanto homem político e social), impõe uma concepção de processo menos dialética e igualitária para as partes [...] aquele juiz que absorve esse discurso de *limpeza social* e assim passa a atuar, colocando-se no papel de defensor da lei e da ordem, verdadeiro guardião da segurança pública e da paz social. A situação é grave, na medida em que tudo isso se reflete no ato decisório, pois a sentença é reflexo da eleição de uma das teses a ele submetidas (acusação e defesa), bem como de um juízo axiológico da prova e da lei aplicável ao caso.²⁶⁰

²⁵⁹ MELO, Patrícia Bandeira de. **Histórias que a mídia conta: o discurso sobre o crime violento e o trauma cultura do medo**. Recife: Editora Universitária da UFPE, 2010.p.148.

²⁶⁰ LOPES Jr, Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.p.163

Não raramente, tomamos conhecimento de manifestações com esse viés ideológico, que partem dos próprios membros do Poder Judiciário e que se difundem na velocidade com que as redes sociais se encarregam de dar conta, à depender da notícia acrítica circulada pela multidão de seguidores desprovida de qualquer pudor.

Gustavo Henrique Badaró, vai na contramão dessa triste realidade, insistindo na observância aos tratados internacionais e no respeito ao direito fundamental interno para se sair desse estágio de inoperância intelectual ou mesmo a ausência de raciocínio:

Na atuação concreta do julgador, a independência judicial tem sido definida como a sujeição do juiz somente à lei e a Constituição. Mesmo nos sistemas que assim não o preveem, a submissão do juiz somente à lei decorre da própria separação dos poderes.

As declarações e tratados internacionais de direitos humanos, de uma forma geral, relacionam duas características, assegurando a todos os acusados o direito de serem julgados por um tribunal independente e imparcial.²⁶¹

Nessa lógica basilar, não bastasse o debate acerca da duração razoável do processo penal que só pode ser eficiente na medida que assegure as garantias constitucionais preconizadas, a independência e isenção dos juízes e Tribunais deve ser, igualmente, efetivada para que se permita o acesso do acusado à justiça.

Eugenio Pacelli de Oliveira, impulsionado pela obra do italiano Luigi Ferrajoli (Direito e Razão – teoria do garantismo penal), aborda o assunto sob a ótica do intervencionismo estatal como deve acontecer no Estado Democrático de Direito:

[...] o *garantismo penal* oferece sólidos elementos para um arcabouço de filosofia do Direito Penal e do Processo Penal. Partindo do modelo do Estado de Direito, particularmente no que respeita à gestão das relações entre o Poder Público e o particular, Ferrajoli procura estabelecer limites mais ou menos objetivos para a contenção da nascente e crescente liberdade judiciária, do ponto de vista específico do Direito Penal e do Processo Penal [...] as decisões judiciais em matéria criminal, mais que em quaisquer outras (administrativas e políticas), devem demonstrar o amplo conhecimento sobre a matéria decidida. E de tal maneira que toda condenação criminal seja fruto exclusivo do saber (conhecimento), e não mera manifestação de poder (de autoridade). Conhecidas as inúmeras dificuldades de todo conhecimento (afirmação de certeza), a solução de um caso penal somente poderá obter legitimidade quando fundadas em procedimento judicial no qual se permita o mais amplo conhecimento dos fatos e a mais ampla possibilidade de argumentação jurídica.²⁶²

²⁶¹BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 4.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.p.42.

²⁶² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 17.ed., rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2013.p.33.

O processo penal na democracia diz respeito à efetivação de todas as garantias constitucionais, sem exceção, já que não pode atuar a discricionariedade de selecionar esta ou aquela mais importantes, uma vez que todas são fundamentais.

A obediência às regras processuais já estabelecidas, interpretadas à luz dos diplomas internacionais e permeada pelos postulados mandamentais, tem grandes chances de caminhar na direção da evolução do indivíduo em relação ao Estado e que haja igualdade de condições no tratamento processual. Falta adequar a aplicação da lei processual penal, com celeridade, porém, atento aos interesses maiores e ditames insculpidos na Constituição Federal de 1988, a fim de se garantir a efetividade da jurisdição dentro de um tempo razoável e sem dilações indevidas.

CONCLUSÃO

A proposta inicial dessa pesquisa, foi enfatizar a importância da posição de destaque que os princípios ocupam e como se sistematizam no âmbito da Constituição Federal de 1988 e dos demais diplomas internacionais históricos, atuando como base de interpretação hermenêutica, que emana sua força e efeitos vinculantes para todo o sistema normativo, em auxílio à melhor exegese de como devem ser aplicados os dispositivos do Código de Processo Penal de 1941, ainda vigente em pleno Estado Democrático de Direito.

O resultado do estudo da principiologia jurídica e o debate a respeito dos critérios que designam as diferenças (ou não) entre regras e princípios, em especial, sob o ponto de vista da distinção das normas jurídicas fez todo sentido, devido ao apego semântico-interpretativo de que um texto bem escrito poderia resolver todos os problemas.

Concluimos que regras e princípios são normas, mas, resta saber que tipo de normas elas são e, se as distinções seriam apenas de ordem quantitativa ou qualitativa ou as duas formas, a fim de se evitar decisões com acentuada carga de discricionariedade, ou, orientações de cunho político e argumentações estranhas ao direito que geram instabilidade jurídica.

O Direito Processual Penal deve ser a disciplina de instrumentalização das garantias constitucionais e não apenas servir como um meio de imposição da pena criminal pelo Estado. À propósito, deve ser rejeitada toda a natureza inquisitorial originária e o ranço autoritário ainda remanescente em alguns dispositivos do Código de Processo Penal de 1941, para incorporação dos valores inerentes ao Estado Democrático de Direito que é o ambiente propício para a solidificação dos direitos fundamentais individuais.

Essa mudança na mentalidade jurídica dos operadores do direito, tão necessária quanto devida, ainda não aconteceu em definitivo e, encontra resistência significativa por meio de discursos, nem sempre jurídicos, tampouco sustentáveis, contudo, haverá de impulsionar as mudanças na postura do Estado até que, paulatinamente, sejam alcançados os fins colimados pelo constituinte originário de 1988, em relação à efetivação do princípio da igualdade entre as partes litigantes, por obra de um processo penal justo, eficaz e dentro da razoabilidade de duração que foi inserido pela Emenda Constitucional n.º 45/2004.

Essa emenda constitucional foi um importante passo dado para construção de um Judiciário mais célere, transparente e moderno. No entanto, compreender as suas limitações é reconhecer que ainda há muito que se fazer, sobretudo, para a efetivação da jurisdição que represente a garantia do acesso à justiça do cidadão e o respeito aos direitos fundamentais do indivíduo, como modelo democrático estabelecido a partir de 1988.

Côncios do importante papel de representatividade, o Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito, entendido como justiça constitucional, que não mais pode manter uma postura passiva em relação à sociedade e ao réu, em especial e, como intérprete da lei, deve assumir o seu papel de protagonista e assumir a responsabilidade de elaborar a norma no decorrer do processo de concretização do direito. Isso não quer dizer o estabelecimento do estado de discricionariedade nas mãos dos juízes, tampouco autoriza estes a decidirem com a carga subjetiva que abusivamente decidem, mas devem agir de acordo com o seu senso de justiça, nos termos da relevante função de condutores imparciais do processo, a fim de que seja garantida a isonomia substancial entre os sujeitos da relação processual em superação a mera igualdade formal.

A cláusula do *due process of law* não está ligada, apenas, ao princípio da ampla defesa e do contraditório, pois o direito ao julgamento em prazo razoável, também, dele decorre, aliado à qualidade da entrega da prestação jurisdicional que irá ou não comprometer os direitos fundamentais do indivíduo, justamente, porque se cuida da violação aos mais basilares princípios do direito de defesa e do desenvolvimento regular do processo.

Foi possível identificar que, sem a taxativa delimitação legal de um prazo fixo, além da vagueza do termo “duração razoável”, não é recomendável que essa responsabilidade seja atribuída à jurisprudência e à doutrina especializada que trata tanto do tema e oscila em demasia, a depender das circunstâncias do sujeito e da repercussão dos fatos, mesmo porque assim não optou o próprio legislador pátrio.

O fato da Constituição Federal de 1988 ter adotado a doutrina do não-prazo, deu azo à decisões judiciais com intensa carga de subjetividade para concluir pela incidência ou não de dilação indevida do processo, acarretando insegurança jurídica.

Com esse quadro de indefinição, apesar de parte da doutrina defender essa incumbência estar afeta ao magistrado, no que discordamos, o mesmo deve, pelo menos, buscar os critérios que foram construídos nos diplomas estrangeiros e aplicados pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos - CIDH, a fim de balizar a aplicação do direito instrumental, à concluir pelo excesso de prazo na formação da pretensa culpa do indivíduo e, sobretudo, daquele que se encontra preso preventivamente.

A definição de tempo razoável para quem se encontra encarcerado, vai depender o quão embasado nesses critérios de necessidade, adequação e proporcionalidade da modalidade prisional imposta a decisão justificar seu cabimento e a sua correspondente manutenção, já que a Constituição Federal de 1988 consagra o direito de liberdade como regra. Mas, não basta a fixação, por si só, dos limites razoáveis estabelecidos pelo legislador pátrio, desacompanhados

de critérios objetivos para nortear situações abstratas, mas, que poderão ser aplicadas sem margem para subjetivismo ou discricionariedade, caso a caso.

Ocorre, lamentavelmente, que o encarceramento provisório e sem fundamentação é prática comum e corriqueira nas primeiras e segundas instâncias de jurisdição. Tanto que as Cortes Superiores revelam a ausência de motivação concreta denunciada, como se pôde constatar com a colação de algumas jurisprudências dos posicionamentos majoritários.

Sujeito de direitos e não objeto de investigação, o réu, tem assegurada a garantia da motivação das decisões, não por mero capricho, mas, porque o constituinte fez questão de inserir no texto constitucional esta e outras garantias fundamentais a fim de sejam respeitadas. E foi visto que a massificação do processo, propicia a massificação de decisões judiciais sem conteúdo e, apenas forma aparente de legalidade, sobretudo, quando deixam de apreciar as teses apresentadas pelas partes (Defesa), ao optar pelo emprego de terminologias genéricas.

O processo penal, por sua vez, não pode e nem deve ser instantâneo porque contraria a essência da própria palavra (processo), que não é capaz de se desenvolver com todas as garantias asseguradas ao sujeito, quando se realiza em apenas um só, aliás, como foi o exemplo declinado neste trabalho que ocorreu o julgamento de três indivíduos, todos, presos em flagrante delito por crimes diversos e que, na audiência de custódia já foi decidido o mérito da causa com a proclamação das sentenças condenatórias.

Quanto ao princípio da eficiência, verifica-se que está, umbilicalmente, relacionado ao princípio da duração razoável do processo. Importa saber se esse valor eficiência segue os mesmos padrões de medida, de definição e compreensão que os designadores da administração, economia, sociologia, vez que alçado ao patamar de garantia constitucional.

Celeridade processual extremada, como visto, é sinônimo de violação dos direitos fundamentais.

O conceito de eficiência demanda reconstrução e ressignificação sob o prisma do garantismo constitucional, ou seja, o novo conceito no universo do processo penal deve nascer, necessariamente, harmonizando eficiência-celeridade e garantismo. Há que se observar a ponderação entre os valores envolvidos (celeridade x garantismo processual penal), encontre-se uma 'fórmula' intermediária, sempre buscando a primazia das decisões fundamentadas para se chegar à um conceito próprio de eficiência do processo penal no Estado Democrático de Direito.

Não obstante, o acerto de ter sido inserido no rol de garantias fundamentais o princípio da duração razoável, o Código de Processo Penal de 1941 dentre muitas observações que podem ser deduzidas, sofreu alterações substanciais com a promulgação das leis n.º 11.689 (altera

procedimentos do Tribunal do Júri), 11.690 (que trata das provas) e 11.719 (cuida dos procedimentos penais), promulgadas em junho de 2008. Dentre as novidades trazidas pelos novos legislativos, ainda que de maneira pontual, foi o de alinhar os procedimentos penais e a produção da prova com o texto constitucional e, por sua vez, tornar o processo penal mais célere e eficiente, sem desconsiderar que o tempo do processo penal para ser razoável deve levar em conta o tempo subjetivo dos sujeitos processuais, no caso, o acusado.

As mudanças nesses procedimentos, importa salientar, para transformar a instrução criminal em um único ato processual para reunir a oitiva das testemunhas arroladas pela Acusação e Defesa, seguindo-se o interrogatório do Acusado e, logo após os debates orais o juiz decidir a causa, longe de atender o direito do acusado à ampla defesa e o contraditório judicial, determina uma situação de risco ao seu exercício, na medida em que pelo implemento procedimental, os debates orais são realizados em audiência e dispensado às partes vinte minutos, prorrogáveis por mais dez, não se pode concordar que os postulados mandamentais estão sendo cumpridos à contento.

Na lida forense, o acúmulo de audiências instrutórias designadas para o mesmo dia, dificulta e, às vezes, inviabiliza a oitiva dos envolvidos com as cautelas que se deve ter em relação ao tempo de duração dos depoimentos para, ao final, o acusado ainda apresentar sua versão aos fatos.

Não se pode deslembrar os percalços para a elaboração de uma defesa (debates orais) eficiente ao término da audiência o defensor munido com seu *notebook*, mas sem auxílio da *internet*, pois é vedada a utilização ao profissional, terá poucos minutos para ajustar toda a prova colhida em audiência e deduzir sua pretensão ao juiz enquanto este elabora a decisão em dez minutos.

Existem varas criminais que não permitem ao defensor sequer a entrega do “*pen drive*”, contendo uma estrutura mínima da defesa do réu que será incorporada aos Debates Oraís (material esse, previamente preparado, antes da audiência, já em consequência da mitigação do direito à ampla defesa ante a exiguidade do tempo), sob a alegação de que o sistema operacional do Poder Judiciário já teria sido infectado por “*vírus*”, em razão desta prática!?

O que resta a fazer pelo defensor do réu? A leitura do que já tinha preparado previamente e foi concluído após o encerramento da instrução criminal, ou, falar de improviso pelo tempo legal que lhe é conferido, apenas!

Esse modelo comprimido de manifestação em audiência, se trata de uma das maiores violações ao direito fundamental do indivíduo pela mitigação inexorável ao direito absoluto à ampla defesa e o contraditório no processo penal democrático e que almeja eficiência. E nem

seria um prolongamento demasiado, caso fosse tornado obrigatório oferecer as alegações finais escritas, posteriormente, nos termos do já existente § 3º, do art. 403 do Código de Processo Penal (Memoriais).

Esse dispositivo, via de regra, é aplicado dentro da conveniência e do arbítrio do juiz e, quase sempre à pedido do representante do Órgão da Acusação, raramente, atendendo à pedido do advogado do réu.

A defesa no processo penal que se impõe a necessária filtragem constitucional é mitigada (também) pela falta de fundamentação das decisões judiciais, em razão da subtração das razões que deveriam ser registradas e que foram determinantes para a tomada desta decisão e não daquela noutra direção, justamente, porque não se sabe, não se conhece o raciocínio intelectual do juiz que deveria estar afinada com os termos da lei e da Constituição Federal de 1988 . Ao optar pela utilização de terminologias vagas e expressões genéricas sem correspondência com os fatos, violou a garantia em comento e afastou de vez a possibilidade de garantir ao acusado acesso à justiça.

Dar ênfase ao princípio da eficiência no âmbito das relações com o Poder Judiciário trata-se primeiramente de interpretar o Código de Processo Penal como um importante instrumento ao jurisdicionado de controle e exigência para a prestação jurisdicional qualitativa e fundamentada. Assim, o campo de aplicação do direito na dialética processual igualitária proporcionada pelo juiz garantidor e não inquisidor propiciará, em contrapartida, a o efetivo acesso à justiça, também, conhecido como princípio da inafastabilidade da apreciação judicial.

No âmbito, portanto, do inquérito policial, apesar de alguns avanços pontuais como a oportunidade do contraditório mitigado ao preso em flagrante e a previsão da investigação defensiva, o advogado está longe de ter respeitada as prerrogativas da função que exerce, tampouco, o direito de participação efetiva na reconstrução dos fatos para uma leitura em condições de igualdade.

As consequências da dinâmica desses atropelos às garantias constitucionais, em um país que tem resquícios autoritários em seu sistema jurídico, provocam danos irreversíveis ao indivíduo. E, depois da divulgação dos fatos pelo açodamento midiático que ganha notoriedade e proporções inimagináveis, com comprometimento na produção da prova em solo policial e judicial, ainda tem o poder devastador de interferir na valoração das provas pelo juiz da causa (ou nos juízes do fato, nos casos afetos ao Tribunal do Júri), que tem a obrigação de manter a imparcialidade e neutralidade para a efetivação da jurisdição.

Inúmeros são os fatores, para além dos acima mencionados, que concorrem para alongar o tempo de duração do processo, como a ausência de formação profissional específica do juiz

para lidar com a burocracia administrativa de recursos humanos e provisionamento de material para o funcionamento eficiente dos escritórios criminais estaduais da jurisdição comum – para restringir a abordagem – a fim de agilizar o atendimento de todas as demandas inerentes aos serviços públicos prestados pelos cartórios ao público em geral e a todos que se relacionam com as atividades do Poder Judiciário.

A preparação do juiz é para julgar demandas, não para administrar cartórios, salvo raríssimas exceções. E ainda que, para tanto, tenha pessoal de sua confiança para desempenhar tais funções, mesmo assim será o responsável pela determinação e supervisão dos trabalhos executados e pelas tarefas que terá o dever de prestar contas ao Estado. De modo que, o acúmulo dessas atividades alheias às de julgamento e de sentenciar, fundamentadamente, não ajudam em nada na estrita observância da duração razoável do processo, que não é um dilema exclusivo do Brasil, mas, universal.

Não se ousa apresentar uma fórmula administrativo-judicial para solucionar a grandiosidade desse problema, contudo, não se pode descartar a necessária mudança nessa estrutura administrativa e organizacional do Poder Judiciário, até para melhor reestruturá-la com segmentação de funções visando a uma prestação jurisdicional eficiente e célere, entretanto, sem deixar de ser garantista ao acusado

A eficiência jurídica como meta a ser alcançada na prestação do serviço público jurisdicional, mormente, pelo cumprimento da conjugação das expressões duração razoável do processo, observando a celeridade processual, entretanto, sem descuidar de efetivar as garantias constitucionais ao réu, como o direito à ampla defesa e o contraditório é próprio do Estado Democrático de Direito. Para tanto, o amadurecimento jurídico e o ganho de consciência cultural da sociedade, dos operadores do direito e de todos os demais envolvidos, é fundamental para as mudanças que se anseia.

Se as reformas pontuais trouxeram algum avanço ao processo penal como um todo, isso é inegável, mas, enquanto o pensamento jurídico não for atingido pelas mudanças programadas pela Constituição Federal de 1988 e o processo penal democrático assumir a sua posição de proeminência, casos de violação aos direitos serão identificados com alguma facilidade.

Quiçá, breve, muito breve, poderemos ter processos judiciais eletrônicos e com todos os recursos dos avanços tecnológicos da informática à disposição do acusado, com vistas à garantir o seu efetivo acesso à justiça, com a resolução da controvérsia penal no menor tempo possível, todavia, sem imposição de sacrifícios aos direitos fundamentais envolvidos, a fim de não dar azo à violações de toda ordem ao direito de defesa cada vez mais mitigado pela supressão das garantias constitucionais a ele inerentes numa sociedade que tem pressa.

Enquanto essas mudanças significativas não acontecem de fato, ao juiz garantidor do devido processo legal, importa observar as reais condições em que a defesa do acusado é e deve ser exercida no protagonismo da defesa técnica e autodefesa, interpretando a lei processual penal em todas as suas manifestações, em conformidade com a Constituição Federal de 1988. A partir desse atendimento básico, já teremos enorme avanço nesse atuar com independência e decidindo fundamentadamente, ainda que não lhe seja defeso adotar um modelo padronizado de decidir, desde que não olvide da abordagem do conteúdo da causa e do processo propriamente dito.

REFERÊNCIAS

ABREU, Gabrielle Cristina Machado. **A duração razoável do processo como elemento constitutivo do acesso à justiça**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

ADAMS, Luís Inácio Lucena. Os dados do Conselho Nacional de Justiça – CNJ e a influência da execução fiscal nas taxas de congestionamento do Poder Judiciário. *In: DEUSDARÁ, Ingrid Caroline Cavalcante de Oliveira; SANTOS, Herta Rani Teles; LACERDA, Sara de França (coord.). Execução fiscal: um tema atual sob diferentes olhares*. Brasília: Consulex, 2011. pp. 317-324.

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. Reforma do Judiciário e efetividade da prestação jurisdicional. *In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. Reforma do Judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005. pp.27-48.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Trad. Luiz Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ALEXY, Robert. Sistema jurídico, principio jurídicos y razón practica. *In: Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*. n. 5, 1988, p. 139-151. Disponível em <<http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcm3353>>, Acesso em: 19 abr. 2019.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva, 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.

ANZURES GURRÍA, José Juan. La eficacia horizontal de los derechos fundamentales. **Revista Mexicana de Direito Constitucional**. n. 22, enero-junho 2010. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx>>, acessado em 03 set 2019.

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 8.ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

ARENDT, Hannah. **As Origens do Totalitarismo**. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 1989.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Trad. Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2007.

ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 1999.

ARRUDA ALVIM, José Manoel de. Comentários aos arts.102 e 103 da CF/88: norma constitucional, sua aplicação direta, afastando em determinados casos o direito ordinário. *In: Constituição Federal – avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro*. Coord. Ives Gandra da Silva Martins e Francisco Rezek. São Paulo: RT.

ARRUDA ALVIM, José Manoel de. Apontamentos sobre o papel do juiz e dos Tribunais na ordem constitucional vigente: enfoque comparativo entre a jurisprudência e os sistemas de precedentes. *In: Direito Constitucional Contemporâneo. Estudo em homenagem ao professor Michel Temer*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, coord. Newton de Lucca; Samantha Ribeiro Meyer-Pflug; Mariana Barboza Baeta Neves, p. 680-688.

ARRUDA ALVIM, José Manoel de. A EC n. 45 e o instituto da repercussão geral. *In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). Reforma do Judiciário – Primeiras Reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 63-100.

ASSIER-ANDRIEU, Louis. **O Direito nas Sociedades Humanas**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2000.

ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. **Sobre princípios e regras**. PANOPTICA (em reformulação), [S.l.], v. 4, n. 3, p. 49-68, dez. 2009. ISSN 1980-7775. Disponível em: <http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/Op_4.3_2009_49-68>. Acesso em: 14 Abr. 2019.

ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a re-definição do dever de proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo**. v. 215, p. 151-179. Rio de Janeiro: Renovar, jan./mar. 1999.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 16.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ÁVILA, Humberto Bergmann. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em 17 jun. 2018.

AURELLI, Arlete Inês. Função social da jurisdição e do processo. *In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (org.). 40 anos de teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro*. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. pp.124-146.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 4.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery; SMORTO, Guido. **Os desafios dos direitos humanos fundamentais na América Latina e na Europa**. Joaçaba: Editora Unoesc, 2012.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O futuro da justiça: alguns mitos. *In: Revista de Processo*. n.º. 99. São Paulo: RT, 2000. pp.141-150.

BARROS, Carmem Silva de Moraes. **A individualização da pena na Execução Penal**. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2001.

BARROS, Flaviane de Magalhães. A fundamentação das decisões a partir do modelo constitucional de processo. *In: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. vol. 1, n. 6. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2008. p. 131-148.

BARROSO, Luís Roberto. **A Nova Interpretação Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. **Editora Revista dos Tribunais**. Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política. 23. 1998.

BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do direito**. (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil) Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n° 09, março/abril/maio, disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em 05 set. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009. p. 326 e 327.

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

BAUMAN, Zygmund. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

BAUMAN, Zygmund. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998.

BECCARIA Cesare, Bonesana Marchesidi. **Dos delitos e das penas**. [1738-1794]. Tradução Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

BECK, Ulrich, GIDDEN, Anthony e LASH, Scott. **Modernização Reflexiva**. São Paulo: Editora da UNESP, 1997.

BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade**. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

BERGSON, Henry. **Duração e Simultaneidade**. Trad. Cláudia Berliner. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2006.

BERTUOL JÚNIOR, Altecir. Sobre princípios e regras: uma crítica à teoria dos princípios de Humberto Ávila. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 16, n. 63, jan./mar. 2016, p. 239-259.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 13. ed. Rio de Janeiro: Editora Elsevier. 1992.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e Sociedade**. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1997.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Trad. Fernando Pavan Batista. 2. ed. rev. São Paulo: Editora EDIPRO, 2003.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10a ed. Brasília: UnB, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **A Constituição Aberta**. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1993.

BORDIEU, Pierre. **Os usos sociais da ciência: por uma sociologia clínica do campo científico**. Trad. Denice Barbara Catani. São Paulo: UNESP, 2004.

BOTELHO, Guilherme. Direito ao processo qualificado: o processo civil na perspectiva do Estado constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. Brasil. Supremo Tribunal Federal (STF). **A Constituição e o Supremo Tribunal Federal**. 4. ed. Brasília: Secretaria de Documentação, 2011.

BRAGA, Sérgio Pereira; CARISTINA, Jean Eduardo Aguiar. Repensando a eficiência da justiça: um olhar sobre as fragilidades e perspectivas do operador do direito. *In*: DEMELO, Luiz Carlos Figueira; GOMES CALDAS, Roberto da Silva. MURTA, Antônio Carlos Diniz (Org). **Direito e Administração Pública**. Encontro Nacional do CONPEDI (Uberlândia/MG), Anais do XX Encontro Nacional do CONDEPI. Disponível em <www.publicadireito.com.br>, acessado em 02 ago. 2019.

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

BRASIL. **Análise da gestão e funcionamento dos cartórios judiciais**. 1. ed. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário, 2007.

BRASIL. **I Pacto por um Judiciário mais rápido e republicano**. Disponível em <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={BB93AF25-26C9-4EB2-A4CC-0E5F80657034}>>. Acesso em 26 maio 2019.

BRASIL. **II Pacto republicano de Estado por um sistema de justiça mais acessível, ágil e efetivo**. Disponível em <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?Team=%7B9A56778D-A643-473E-BDF9-DF8BC1781767%7D>>. Acesso em 2 maio 2019.

BRITO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA, Aurélio. **Novo dicionário Aurélio**. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 2001.

BUSTAMANTE, Thomaz, **Princípios, regras e conflitos normativos: um modelo para a justificação das decisões *contra legem* a partir da teoria jurídica de Robert Alexy**. Fortaleza: Pensar, v. 15, n. 2, p. 603-628, julho/dezembro. 2010. p. 606. Disponível em: <<https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/2143>>, acesso em 29 abr. 2019.

CALHAO, Antônio Ernani Pedroso. **Justiça célere e eficiente: uma questão de governança judicial**. São Paulo: LTr, 2010.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 8ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

CAMARGO, Antônio Luiz Chaves. **Culpabilidade e reprovação penal**. São Paulo: Sugestões Literárias. 1994.

CAMUS, Albert. **O Homem Revoltado**. Rio de Janeiro: Editora Record, 1999.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional de Direitos Humanos**. Vol. I. 2. ed. Porto Alegre: Editora Fabris. 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador – contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra: Coimbra Edital, Limitada, 1982.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**, 4ed., Coimbra, Almedina, 1986.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **O Ônus da Prova na Jurisdição das Liberdades. Estudos sobre Direitos Fundamentais**. São Paulo: RT, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra – Portugal: Livraria Almedina, 2003.

CAPPELETTI, Mauro. **Juízes Irresponsáveis?** Traduzido por Carlos Aberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1989.

CAPPELETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Traduzido por Carlos Aberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1999.

CAPPELETTI, Mauro. **Processo, ideologias e sociedade**. V. I. Traduzido por Elicio de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2011.

CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris Editora, 1988.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Sentença Mal Fundamentada e Sentença Não Fundamentada - conceitos – nulidade. *In: Revista Jurídica*. n.º 216, outubro de 1995.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. 3ª ed. Leme: Edjur, 2015.

CAVALCANTI, Felipe Locke e COSTA, Adriene Domingues. A competência constitucional do Conselho Nacional de Justiça e seu poder correicional. *In: Direito Constitucional Contemporâneo. Estudo em Homenagem ao Professor Michel Temer*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, coord. Newton de Lucca; Samantha Ribeiro Meyer-Pflug; Mariana Barboza Baeta Neves, p.787-795.

- CENEVIVA, Walter. Afastamento entre Judiciário e o povo: uma reavaliação. *In*: TEIXEIRA, Fábio de Figueiredo (Coordenador). **O Judiciário e a Constituição**. São Paulo: Editora Saraiva, 1994.
- CHIAVENATO, Idalberto. **Recursos Humanos**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de processo penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial**. 6.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.
- CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1999.
- COELHO, Luiz Claudio Araújo; DE SOUSA MARQUES, Ionéia. Análise de Fatores Constituintes da Morosidade na Prestação Jurisdicional: Cultura, Direitos e Estrutura. **Revista Independente do Ministério Público do Ceará**. v. II, p. 1, 2013; Disponível em <<http://www.mp.ce.gov.br/esmp/publicacoes/Edital>> acesso 24 abr. 2019.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- CORNELIUS, Eduardo Gutierrez. **O pior dos dois mundos? A construção legítima da punição de adolescentes no Superior Tribunal de Justiça**. São Paulo: IBCCRIM, 2018.
- COUTO, Mônica Bonetti; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Poder Judiciário, Justiça e Eficiência: Caminhos e Descaminhos Rumo à Justiça Efetiva? *In*: SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; MEZZARROBA, Orides; COUTO, Mônica Bonetti Couto; NASPOLINI SANCHES, Samyra Haydee Dal Farra (Coordenadores). **Justiça e o Paradigma da Eficiência: Celeridade Processual e Efetividade dos Direitos**. Coleção: Justiça, Empresa e Sustentabilidade [vol. 3]. Curitiba: Editora Clássica, 2013, pp. 133-148. Disponível em <http://portaluninove.s3.amazonaws.com/app/uploads/2015/11/1446579280-obra_colecao_justica_vol_3.pdf>, acesso em 19 abr. 2019.
- CRUET, Jean. **A vida do direito e a inutilidade das leis**. Lisboa: José Bastos & Cia. Livraria Editora, 1908.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Regras e Princípios: Por uma distinção normoteorética**. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Biblioteca Digital de Periódicos, 2006, Disponível em <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/8746/6063>, Acesso em 05 abr. 2019.
- CUNHA, Sergio Sérvulo da. **Princípios Constitucionais**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Estado de Direito e Direitos Fundamentais. *In*: ALMEIDA FILHO, Agassiz de; CRUZ, Danielle da Rocha (coord.). **Estado de Direitos Fundamentais: homenagem ao jurista Mário Moacyr Porto**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DAMÁSIO, Antônio R. **E o cérebro criou o homem**. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed., São Paulo, Editora Malheiros, 2005.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Trad. Hermínio A. Carvalho. 5. ed. - São Paulo: Editora Martins Fontes, 2014.

DE MELO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1998. (princípio da eficiência / atualizar edição)

DE MELO, Patrícia Bandeira. **“Histórias Que a Mídia Conta: O Discurso Sobre o Crime Violento e o Trauma Cultural do Medo”**. (Tese de Doutorado). Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2010.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Os grandes sistemas de política criminal**. Trad. Denise Radanovic Vieira, 1941, Barueri: Manole, 2004.

DELMAS-MARTY. Mireille. **Por um Direito Comum**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2004.

DELMAS-MARTY. Mireille. **Processo penal e direitos do homem: rumo à consciência européia**. Trad. Fernando de Freitas Franco. Barueri: Manole, 2004.

DIAS, Paulo Thiago Fernandes. **A decisão de pronuncia baseada no *in dubio pro societate*: um estudo crítico sobre a valoração da prova no processo penal constitucional**. Florianópolis: Editora EMais, 2018.

DIAS, Felipe da Veiga. **Criminologia Crítica e a Insustentabilidade da Criminologia Midiática: Reflexos Invertidos Para Compreensão da Criminalidade no Brasil**. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA. Disponível em: <<https://portalseer.ufba.br/index.php/rppgd/index>>. Acesso em 05 set. 2019.

DIAS, R. **Administração da Justiça: a gestão pela qualidade total**. Campinas: Millennium, 2004.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DIAS JÚNIOR, José Armando Pontes. **Princípios, regras e proporcionalidade: Análise e síntese das críticas às teorias de Ronald Dworkin e de Robert Alexy**. Nomos - Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC, vol. 27, 2007. Disponível em <http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/20425>, Acesso em 14 abr. 2019

DIDIER, Fredie Jr. **Sobre a fundamentação da decisão judicial**. Disponível em <<https://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/02/sobre-a-fundamentacao-da-decisao-judicial.pdf>>, acesso em 03 set. 2019.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 4ª ed., São Paulo: Editora Malheiros. 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. vol. IV, 4, ed. Editora Malheiros. 2004.

DINALLI, A; ABEID, M. Beatriz N. Bergamo. Do acesso à Justiça: o direito de cidadania e a eficiência do Judiciário. Justiça e [o paradigma da] eficiência. **Coleção: Justiça, Empresa e Sustentabilidade**. vol. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DOMINGOS, Sérgio. A eficácia dos direitos fundamentais. **Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**. Brasília: Ano 10, Volume 19, p. 191–216, jan./jun. 2002.

DUARTE, Ricardo Quass. **O tempo inimigo do processo civil brasileiro**. São Paulo: Editora LTr, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luíz Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.272-331.

EBERHARDT, Marcos. **Provas no processo penal: análise crítica, doutrinária e jurisprudencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

ELIAS, Norbert. **Sobre o Tempo**. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 1998.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYC, Carlos Eduardo. Direitos Fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In SARLET, Ingo Wolfgang. (org.) **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

FARAGO, France. **Justiça: A justiça como terceiro elemento indispensável para afastar o espírito de vingança**. Trad. Maria José Pontieri, Barueri: Manole, 2004.

FARIA, José Eduardo. **O Poder Judiciário no Brasil: paradoxos, desafios e alternativas**. Brasília: Conselho da Justiça Federal. 1995.

FARIA, José Eduardo. A crise do Judiciário no Brasil: notas para discussão. In: SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). **Jurisdição e direitos fundamentais: anuário 2004/2005**. vol. I. tomo I. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. pp;15-48.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão - Teoria do Garantismo Penal**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

FINKIELKRAUT, Alain. **A Humanidade Perdida**. São Paulo: Editora Ática, 1998.

FIORAVANTI, Maurício. **Los Derechos Fundamentales. Apuntes de Historia de las Constituciones**. Trad. de Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 1996.

FOUCAULT, Michel. **Em Defesa da Sociedade**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1999.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Trad. Raquel Ramalhete. 41. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2013.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 5. ed. São Paulo: Editora Malheiros Editores, 2010.

FREITAS, Juarez. **A hermenêutica jurídica e a ciência do cérebro: como lidar com os automatismos mentais**. Revista da AJURIS - v. 40 - n. 130 - Junho/2013.

GABARDO, Emerson. Princípio da eficiência. **Enciclopédia Jurídica da PUCSP**, tomo II (recurso eletrônico): direito administrativo e constitucional / coord. Vidal Serrano Nunes Jr. [et al.] –São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/principio-da-eficiencia,-o_58edc663b888b.pdf>, acesso em 27/04/2019.

GAMA, Roberto Vasconcelos da. O processo penal brasileiro: Uma ficção jurídica. **Direito penal, processo penal e constituição I**. organização CONPEDI. Coordenadores: Giovanni Olsson, Valdira Barros – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. **Tratados internacionais de direitos humanos e Constituição brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 249-336.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)**. 8. ed., refundida do Ensaio e discurso sobre a interpretação / aplicação do direito. São Paulo: Editora Malheiros, 2017.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil**. 2º vol. 14ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Deformalização do processo e deformalização das controvérsias. In: **Revista de Informação Legislativa**. nº. 97, ano 25. Acervo da Biblioteca digital do Senado Federal. Brasília: 1988. pp.191-218. Disponível em <www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181826/000435279.pdf?sequence=1>. acesso em 22 ago 2014.

GUERRA, G. R. **Efetividade e pensamento crítico no direito**. Teresina, 2000.

GUIMARÃES, Mário. **O Juiz e a função jurisdicional**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1958.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**. São Paulo: Editora Loyola, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia – entre a facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Editora Tempo Brasileiro, 1997.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997, p.11-55.

HASSEMER, Winfried. **Direito Penal Libertário**. Tradução de Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

HOBBS, Thomas. **Leviatã, ou Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Trad. Rosina D'Angina. 2.ed., São Paulo: Martin Claret, 2012.

HOFFMAN, Paulo. O direito à duração razoável do processo e a experiência italiana. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. **Reforma do Judiciário**. São Paulo: Editora RT, 2005.

HONNETH, Axel. A textura da justiça – sobre os limites do procedimentalismo contemporâneo. *In*: Civitas – **Revista de Ciências Sociais**. v.9, n. 3. Porto Alegre: EDIPUCRS, set-dez/2009.

HUME, David. **Investigação sobre o entendimento humano**. Trad. André Campos Mesquita. 2 ed. São Paulo: Escala.

IACOVIELLO, Francesco Mauro. **La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione**. Milano: Editora Giuffrè, 1997.

JOBIM, Marco Félix. **Cultura, escolas e fases do processo**. 3. ed. rev. atual. de acordo com o novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

JOBIM, Marco Félix. **O direito à duração razoável do processo: responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempestividade processual**. 2. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

JORGE, André Guilherme Lemos; RIBEIRO, Daniela Menengoti. A nova perspectiva de Desenvolvimento e o IDH: considerações para além do econômico. **Revista Brasileira de Direitos Humanos**. Ano IV, n. 14, (Julho/Setembro 2015). Porto Alegre: Editora Magister, 2015.

JORGE, André Guilherme Lemos. **A efetividade dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa no inquérito civil**. 2007. 105 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.

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

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar: duas formas de pensar**. Trad. Cássio Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Trad. Lucimar A. Coghi Anselmi; Fulvio Lubisco. Martin Claret, 2009. (Coleção Obra Prima de cada autor), 2013.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Versão Eletrônica. Trad. J. Rodrigues de Meregé. Editora Saraiva, 2013.

KANT, Immanuel. **Doutrina do Direito**. Trad. Edson Bini. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Ícone, 2013.

KNIJNIK, Danilo. **Os “standards” do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle**. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/>>. Acesso em 05 set. 2019.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 1998.

LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais**. Barueri. Editora Manole, 2005.

LEAL, Fernando, Propostas para uma abordagem teórico-mercadológica do dever constitucional de eficiência. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Eletrônico**. n.º 15, ago., set., out., Salvador/BA: 2008 p. 7. Disponível em <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/24278/Propostas_para_uma_abordagem_teorico-met.pdf>. Acesso em 27 abr. 2019.

LIMBERGER, Têmis; KOSSMANN, Edson Luis. O princípio constitucional da eficiência ante o Estado (in) suficiente. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 273, p. 287-311, set./dez. 2016. Disponível em <[file:///C:/Users/Dell/Downloads/66664-141423-1-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Dell/Downloads/66664-141423-1-PB%20(1).pdf)>, Consulta em 27 abr. 2019.

LOPES Jr, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável**. Rio de Janeiro: Editora Lumem Juris, 2009.

LOPES Jr, Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

LOPES Jr, Aury. **Direito Processual Penal**. 15. ed. São Paulo: Editora Saraiva Educação, 2018.

LOPES Jr, Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. 2.ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

LUCAS, Marcus Vinicius Pereira. **Breves considerações sobre a (crise de) fundamentação das decisões judiciais**. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em:<www.univali.br/direitoepolitica>. Acesso em 05 set. 2019.

LUCCA, Newton de; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro; NEVES, Mariana Barboza Baeta (coord.). **Direito constitucional Contemporâneo. Homenagem ao Professor Michel Temer**. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2012.

LUCIANO, Pablo Bezerra. **Dever constitucional obriga juiz a fundamentar decisões**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-jun-11/pablo-bezerra-dever-constitucional-obriga-juiz-fundamentar-decisoes>>, acesso em 29 abr. 2019.

LYOTARD, Jean-François. **O pós-moderno**. Trad. Ricardo Corrêa Barbosa. Rio de Janeiro: José Olympio, 1986.

MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de Processo Penal**. 5. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

MAFFESOLI, Michel. **O instante eterno: o retorno trágico nas sociedades pós-modernas**. Trad. Rogério de Almeida, Alexandre Dias. São Paulo: Editora Zouk, 2003.

MAFFESOLI, Michel. **O Ritmo da Vida: Variações Sobre o Imaginário Pós-Moderno**. Trad. Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Editora Record, 2007.

MANCUSO, Rodolfo. **Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas**. São Paulo: RT, 2011.

MANZANO, Luís Fernando de Moraes. **Curso de Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

MARCELINO JÚNIOR, Júlio César. **Novas Linhas do Processo Civil**. 3 ed. São Paulo: Editora RT, 2004, p.255

MARCELINO JÚNIOR, Júlio César. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa: (des) encontros entre economia e direito**. Florianópolis: Habitus Editora, 2009

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARIQUITO, Carla da Silva. **Fundamentação das decisões judiciais: sua importância para o processo justo e seu “desprezo” numa sociedade que tem pressa**. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume VIII. Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. v. 8, n. 8. 2011. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/20337/15094>>, Acesso em 04 set. 2019.

MARINS, James. Processos instantâneos versus processo razoável: a dualidade temporal da garantia constitucional. *In: Revista Novos Estudos Jurídicos*. vol.16. Itajaí: UNIVALI, 2011. pp.188-206. Disponível em <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3280/2063>>. Acesso em 29 mar. 2019.

MARMELSTREIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **O Poder judiciário na perspectiva da sociedade democrática: O juiz Cidadão**. São Paulo: Revista ANAMATRA n. 21. 1994.

MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos Fundamentais: conceito, função e tipos**. São Paulo: RT, 2003.

MESSUTI, Ana. **O tempo como pena**. Trad. Tadeu Antônio Dix Silva e Maria Clara Veronesi de Toledo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 20ª ed., São Paulo: Malheiros, 1995.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELO, Patrícia Bandeira de. **Histórias que a mídia conta: o discurso sobre o crime violento e o trauma cultura do medo**. Recife: Editora Universitária da UFPE, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social**. São Paulo: Revista de Direito Público, janeiro-junho 1981, n. 57-58.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Editora IBDC, 2002, p. 73-87.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de Expressão e Discurso de Ódio**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MIRABETTI, Julio Fabbrini. **Processo penal**. São Paulo: Atlas. 2004.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**. v. 2 e 4. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

MLODINOW, Leonard. **Subliminar: como o inconsciente influencia nossas vidas**. Trad. Cláudio Carina. 1 ed. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2014.

MONTEIRO, Marcelo Affonso. **Sociedade de Consumo e Massificação**. Disponível em: <file:///C:/Users/Dell/Downloads/567-737-1-PB.pdf>. Acesso em 05 set. 2019.

MONTESQUIEU, Charles Louis de. **O Espírito das Leis**. Trad. Pedro Vieira Mota. 9. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2002.
MORAES, Ed da Silva. **Princípio constitucional da eficiência na administração pública: indicadores possíveis**. Dissertação Universidade de Caxias do Sul. Repositório Institucional, 2014. Disponível em: <<https://repositorio.ucs.br/handle/11338/247>>. Acesso em 19 abr. 2019.

MORIN, Edgar. **Educação e Complexidade: os sete sabores e outros ensaios**. Trad. Edgard de Assis Carvalho. 6 ed. São Paulo: Cortez, 2013.

MORIN, Edgar. **Introdução ao Pensamento Complexo**. Trad. Eliane Lisboa. 4 ed. Porto Alegre: Sulina, 2011.

MORIN, Edgar. **Para sair do século XX**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

MORIN, Edgar. **Rumo ao Abismo? Ensaio Sobre o Destino da Humanidade**. Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil, 2011. (Trad. Edgard de Assis Carvalho e Marisa Perassi Bosco).

MOTA, Marcel Moraes. **Pós-positivismo e restrições de direitos fundamentais**. Fortaleza: Omni, 2006.

NALINI, José Renato. **Há esperança de justiça eficiente?** *In*: SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; MEZZARROBA, Orides (coord.). *Justiça e [o paradigma] eficiência*. Coleção *Justiça, Empresa e Sustentabilidade*. Vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

NALINI, José Renato. **Ética Geral e Profissional**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

NEVES, Isabela Dias. **O processo e o Estado Democrático de Direito**. *Meritum – Belo Horizonte – v. 1 – n. 1 – p. 209-234 – jul./dez. 2006*

NICOLITT, André. **A duração razoável do processo**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **Vontade de Poder**. Rio de Janeiro: Editora Contraponto, 2008.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **Para além do bem e do mal**. Trad. Alex Marins. São Paulo: Editora Martin Claret, 2011.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **Assim falou Zaratustra**. Trad. Carlos Duarte e Anna Duarte. São Paulo: Editora Martin Claret, 2012.

NOHARA, Irene Patrícia. **Reforma administrativa e burocracia: impacto da eficiência na configuração do direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. **Acesso à justiça democrático**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 17. ed., rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2013.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Por uma teoria dos princípios: O princípio constitucional da razoabilidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumes Juris, 2007.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Expressão pós-positivismo necessita passar por uma limpeza semântica. **Revista Consultor Jurídico**, 9 de agosto de 2014, Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2014-ago-09/diario-classe-expressao-pos-positivismo-necessita-passar-limpeza-semantic>>, Acesso em 30 mar. 2019.

OST, François. **O tempo do direito**. Tradução Élcio Fernandes. Bauru: Ed da Universidade do Sagrado Coração, 2005.

OST, François. **Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico**. Trad. Paulo Neves. São Leopoldo: Unisinos, 2005.

PALACIOS, Pelyo Moreno (Org.); SOUZA NETO, Francisco Benjamin; NOVAES, Moacyr; *et al...* **Tempo e Razão: 1600 anos das confissões de Agostinho**. São Paulo: Editora Loyola, 2002.

PASTOR, Daniel R. **El Plazo Razonable en El Proceso del Estado de Derecho: una investigación acerca de la excesiva duracion del Proceso Penal y sus posibles soluciones**. Buenos Aires: Ad Hoc, 2002.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **História do Direito Processual Brasileiro: das origens lusas à escola crítica do processo**. São Paulo: Manole, 2002.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. Reforma do Poder Judiciário e celeridade processual sob a perspectiva da tridimensionalidade do processo. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues; FISCHER, Octavio Campos; *et al...* **Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n.45/2004**. São Paulo: RT, 2005.

PAULA RAMOS, Vitor de. Direito Fundamental à Prova. *In*: **Revista de Processo**. Ano 38, v. 224, outubro de 2013. São Paulo: RT, 2013

PECZENIK, Aleksander. **Salto y lógica em el derecho: ¿Qué se puede esperar de los modelos lógicos de la argumentación jurídica?** *In*: PECZENIK, Aleksander. *Derecho y razón*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. México: Fontamara, 2000.

PELLEGRINI GRINOVER, Ada; SCARANCE FERNANDES, Antônio e GOMES FILHO, Antônio Magalhaes. **As nulidades no processo penal**. 6.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PEREIRA, Daniel Siqueira. **A concepção do tempo em Bergson e sua relação com a teoria da relatividade de Einstein**. Dissertação 150 folhas. Universidade do Rio de Janeiro, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, 2008.

PICÓ I JUNOY, Joan. **O juiz e a prova: estudo da errônea recepção do brocardo “iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum Conscientiam” e sua**

repercussão geral. Trad. Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito administrativo.** 29. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

PIOVESAN, Flávia C. **Constituição e transformação social: a eficácia das normas constitucionais programáticas e a concretização dos direitos e garantias fundamentais.** São Paulo: Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, junho 1992, n. 37.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2006.

PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença.** 4.ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

PULIDO, Carlos Bernal. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales.** Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

QUEIROZ, C. **Interpretação e Poder Judicial – sobre a epistemologia da construção constitucional.** Coimbra: Coimbra, 2000.

QUINTANA, V II. Linares. **Tratado de Interpretación Constitucional.** Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional.** 3.ed. São Paulo: Saraiva. 2013.

RAWLS, John. **Justiça como Equidade: uma reformulação.** Trad. Cláudia Berliner. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003.

REALE, Miguel. **Conceito de cultura - Seus temas fundamentais. In: Paradigmas da Cultura Contemporânea.** 2.ed., São Paulo: Saraiva.2005. p.1-23.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito.** 25.ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2001.

RIBEIRO, Antônio de Pádua. **Das Nulidades.** Artigo publicado na Revista Jurídica n.º 201, julho de 1994.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública.** Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

ROCHA, Cesar Asfor. **A luta pela efetividade da jurisdição.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

ROSAS, Roberto. Reforma do Poder Judiciário: acertos e desacertos. *In: Coletânea de Estudos jurídicos.* Coordenadoras: Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha e Zilah Maria Callado Fadul Peterson; colaboradora: Samantha Ribeiro Meyer-Pflug. Brasília: Superior Tribunal Militar, 2008.

ROSA, Alexandre Morais da; MARCELINO Jr., Julio Cesar. Os direitos fundamentais na perspectiva de custos e o seu rebaixamento à categoria de direitos patrimoniais: uma leitura crítica. *Constituição Economia e Desenvolvimento: Revista Academia Brasileira de Direito Constitucional*. n. 1, Curitiba: (Agosto-Dezembro, 2009).

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2013.

SADEK, Maria Tereza. **Judiciário: Mudanças e Reformas**. São Paulo: Estudos Avançados. Universidade de São Paulo, v. 18, n. 51, maio/agosto, 2004.

SADEK, Maria Teresa. Efetividade de direitos e acesso à justiça. *In*: RENAULT, Sérgio Rabello Tamm; BOTTINI, Pierpaolo. **Reforma do Judiciário: comentários à emenda constitucional n.45/2004**. São Paulo: Saraiva, 2005.

SADEK, Maria Teresa. **Judiciário: mudanças e reformas**. Estudos Avançados n.º.51. São Paulo: USP, 2004. pp.79-101. Disponível em <<http://www.revistas.usp.br/eav/issue/view/740>>. Acesso em 23 mar. 2014.

SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. **O princípio constitucional da eficiência e a minirreforma do código de processo penal**. Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC. 2008. Disponível em: <http://periodicos.ufc.br/nomos/article/download/6433/4684/>, Acesso em 05 set. 2019.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 1º vol. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Trad. Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 15. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

SANTAELLA, Lúcia. **Linguagens Líquidas na Era da Modernidade**. São Paulo: Editora Paulus, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988**. *In*: SARLET, I. (Org.) *O Direito Público em Tempos de Crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; Mitidiero, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SCARANCA FERNANDES, Antônio. **Processo penal constitucional**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SERRANO, Nicolás Gonzalez-Cuéllar. **Legalidad y Defensa. Garantías Constitucionales del Derecho e la Justicia Penal**. La legitimación de la decisión judicial en el diálogo procesal. Madri: Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, 2015.

- SILVA, Felipe Alves da. A Revolução Copernicana Na Filosofia De Kant: Breves Considerações a partir do prefácio da segunda edição da Crítica da Razão Pura. **Revista Enciclopédia de Filosofia da Universidade Federal de Pelotas**. Pelotas: Verão 2016. Disponível em <<https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/Enciclopedia/article/view/9591>>, Consulta em 14 abr. 2019.
- SILVA, Moacyr Motta da. O princípio da razoabilidade, como expressão do princípio de justiça, e a esfera de poderes jurisdicionais do juiz. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Ano V, n. 8, Abril de 1999.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- SILVA, Paulo Eduardo Alves da. **Gerenciamento de processos judiciais**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. São Paulo: In: Revista dos Tribunais. Ano 91, Vol. 798. Abril de 2002.
- SILVEIRA, Vladimir Oliveira de. **Estudos e Debates em Direitos Humanos**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.
- SILVEIRA, Vladimir Oliveira de; ROCASOLANO, Maria Mendez. **Direitos Humanos: conceitos, significados e funções**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.
- SOKAL, Alan; BRICMONT, Jean. **Imposturas Intelectuais**. Trad. Max Alman, Alexandre Tort. 1. ed. Rio de Janeiro: Best Bolso, 2014.
- SOUZA, Ricardo Timm de. **O tempo e a máquina do tempo**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1998.
- SOUZA, Rodrigo Telles de. **A distinção entre regras e princípios e a derrotabilidade das normas de direitos fundamentais**. Brasília: Boletim Científico ESMPU ano 10, n. 34, p. 11-35 – janeiro/junho 2011. p. 13. Disponível em <file:///C:/Users/Pc/Downloads/BC34_Artigo_Rodrigo%20Telles%20de%20Souza.pdf>, Acessado em 04 abr. 2019.
- SOUZA, Felipe Oliveira de. **O raciocínio jurídico entre princípios e regras**. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas Senado Federal, ano 48, nº 192, outubro/dezembro, 2011.p. 95-124.
- SOUZA, Marlene Marlei. **A efetividade da jurisdição**. Academia Brasileira de Direito Processual Civil Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/A%20Efetividade%20daJurisd%C3%A7%C3%A3o-%2004%2012%202009.pdf>>. Acesso em: 04 set. 2019.
- SPENGLER, Fabiana Marion. **Tempo, direito e constituição: reflexos na prestação jurisdicional do Estado**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2008.

STRECK, Lênio Luiz. **Compreender direito: desvelando as obviedades do discurso jurídico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

STRECK, Lênio Luiz. A atualidade do debate da crise paradigmática do direito e a resistência positivista ao neoconstitucionalismo. *In: Direito, Estado e Democracia: entre a (in)efetividade e o imaginário social*. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Vol.1, n. 4. Porto Alegre: 2006.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e (m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 8. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

STRECK, Lênio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e possibilidades de concretização dos Direitos Fundamentais no Brasil. **Novos Estudos Jurídicos** - Volume 8 - nº 2 - p.257-301, maio/ago. 2003. Disponível em <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/336/280>>, Acesso em 03 set. 2019.

STRECK, Lênio Luiz. **O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?** Consultor Jurídico. Coluna Senso Incomum. Junho de 2013. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>>. Acessado em 25 fev. 2015.

STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto? O ativismo judicial em números**. Consultor Jurídico. Coluna Senso Incomum. Outubro de 2013. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2013-out-26/observatorio-constitucional-isto-ativismo-judicial-numeros>>; Acesso em 25 fev. 2015.

SUANNES, Adauto. **Os fundamentos éticos do devido processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade. O juiz e a construção dos Fatos**. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TAVARES, André Ramos. **Reforma do Judiciário no Brasil pós-88: (des) estruturando a Justiça**. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direito processual constitucional**. Revista 108 de Direito Civil e Processual Civil, nº 55, São Paulo: Sellouc. 2008. p. 66-78.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. As nulidades no Código de Processo Civil. *In: Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. nº 01 – SET-OUT/1999, p. 136.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. Vol. 1. 32.ed. rev. atual., São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

TRIBE, Laurence; e DORF, Michael. **Hermenêutica Constitucional**. Trad. Amarílis de Souza Birchal. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

TUCCI, Rogerio Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 2. ed. São Paulo: RT, 2004.

USERA, Raúl Canosa. **Interpretacion constitucional y formula política**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

VANOYE, Francis. **Usos da linguagem: problemas e técnicas na produção oral e escrita**. coord. edição brasileira Haqira Osakabe. Tradução Clarice Madureira Saboia ...[et al.]. 11.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Para conhecer os Direitos Humanos**. Revista USP, São Paulo, n. 51, p. 210-217, setembro/novembro 2001.

WALD, Arnaldo. Princípios Constitucionais fundamentais. Estudos em homenagem ao professor Ives Gandra da Silva Martins. **O princípio fundamental da segurança jurídica**. Coord. Antônio Carlos Rodrigues do Amaral. São Paulo: Lex Editora. 2009

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à Justiça e sociedade Moderna. Participação e processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.

WATANABE, Kazuo. Cultura da Sentença e Cultura da Pacificação. *In: Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover* (org.) Flávio Luiz Yarchell e Maurício Zanoide de Moraes, São Paulo: DPJ, 2005.

WHITROW, G.J. **O que é o tempo? Uma visão clássica sobre a natureza do tempo**. Trad. Maria Ignez Duque Estrada. Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 2005.

ZIMBARDO, Philip; BOYD, John. **O paradoxo do tempo. Você vive preso ao passado, viciado no presente ou refém do futuro?** Trad. Saulo Adriano. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.