

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

PEDRO PAULO MENDES MARTINS

A “EFICIÊNCIA” CONTIDA NAS RECENTES REFORMAS PARCIAIS DO CPP
(LEI 11.690/08 E LEI 11.719/08): BREVE DIÁLOGO ENTRE
NEOLIBERALISMO E PROCESSO PENAL

CURITIBA
2009

PEDRO PAULO MENDES MARTINS

A “EFICIÊNCIA” CONTIDA NAS RECENTES REFORMAS PARCIAIS DO CPP
(LEI 11.690/08 E LEI 11.719/08): BREVE DIÁLOGO ENTRE
NEOLIBERALISMO E PROCESSO PENAL

Monografia apresentada como requisito
parcial à conclusão do curso de Direito,
Setor de Ciências Jurídicas, da
Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Jacinto Nelson de
Miranda Coutinho

CURITIBA
2009

Aos escolhidos que mais sofrem com o processo penal e àqueles que estudam e trabalham para que se possa alcançar algo mais civilizado.

Dedico.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, pela orientação efetiva e pela oportunidade de aprender a sério o Direito Processual Penal. O viés crítico e comprometido imprimido à disciplina que ministrou é inteiramente motivador da existência deste trabalho.

Ao Dr. Peter Andreas Ferenczy, pela compreensão do tempo dedicado aos interesses acadêmicos, bem como pelo estímulo em viver conjuntamente as alegrias e agruras da Defensoria Pública do Estado do Paraná.

Ao Andre Ribeiro Giamberardino, pelos sempre bem-vindos conselhos de amigo e pelo incentivo na pesquisa.

RESUMO

O neoliberalismo provoca novas expectativas acerca do processo penal. Ao promover, por suas opções, aumento da desigualdade social, procura mecanismos que possam de alguma maneira sustentar a ordem. Dentre eles, figura o tratamento penal. Esta escolha produz efeitos na estrutura processual penal, pois é por ela que se aplica a pena. A reforma do processo penal, para se tentar atingir aquilo que se quer desde antes, é guiada pela marca neoliberal, que consiste na “eficiência”. Ao investigar este fundamento epistêmico da teoria neoliberal, percebeu-se que se trata mesmo de uma nova maneira de enxergar a razão humana, desprezando-a. Esta “eficiência” faz as atenções se voltarem somente aos “meios” de se obter os resultados, em nada (ou pouco) importando os “fins”. Quando aplicada à estrutura processual penal, tal racionalidade provoca um reformismo orientado aos melhores meios de se obter mais exclusão social e da maneira mais célere possível, ao cabo de limites éticos. Pôde-se observar que tal fenômeno global está presente nas recentes reformas parciais do Código de Processo Penal brasileiro, especificamente nas Leis 11.690/08 e 11.719/08.

Palavras-chave: Neoliberalismo. Eficiência. Tratamento penal. Reforma processual penal. Celeridade processual.

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| INTRODUÇÃO..... | 01 |
| CAPÍTULO 1 – A IDEIA NEOLIBERAL DE “EFICIÊNCIA”: FUNDAMENTO EPISTÊMICO..... | 02 |
| 1.1) O discurso neoliberal revisitado..... | 02 |
| 1.2) Câmbio epistemológico..... | 12 |
| 1.3) Reflexos da “eficiência” nas políticas penais e processuais penais..... | 19 |
| | |
| CAPÍTULO 2 – CELERIDADE PROCESSUAL EFICIENTISTA NAS LEIS 11.690/2008 E 11.719/2008..... | 37 |
| 2.1 - Potencialização da inquisitorialidade..... | 39 |
| 2.2 - Provas ilícitas..... | 49 |
| 2.3) Simplificação/sumarização procedimental..... | 54 |
| 2.3.1 - Procedimento ordinário..... | 55 |
| 2.3.2 - Procedimento sumário..... | 62 |
| | |
| CONCLUSÃO..... | 66 |
| REFERÊNCIAS..... | 72 |

INTRODUÇÃO

Procurar-se-á, neste trabalho, investigar o fundamento epistêmico da teoria neoliberal com o objetivo de indicar de que forma ele pode influenciar os anseios de *celeridade processual e punitivismo*, tão presentes atualmente. Estudar-se-á o tema num (breve) diálogo com a economia, procurando compreender a base do pensamento neoliberal, porque se acredita que é sempre possível uma melhor compreensão sobre o direito (e sobre o processo penal) em uma perspectiva interdisciplinar.

O primeiro capítulo do trabalho consiste na análise do princípio da eficiência, inerente à teoria neoliberal, sendo talvez sua maior marca. Visitar-se-á, em primeiro lugar, o discurso neoliberal iniciado na metade do século passado para, em um segundo momento, investigar o fundamento epistêmico do neoliberalismo e tentar compreender o porquê da adesão à *ação eficiente* em oposição à clássica relação *causa-efeito*. Neste capítulo, ainda, tem-se como objetivo analisar de que forma esta (nova) racionalidade influencia as políticas penais e processuais penais.

No segundo capítulo, com o intuito de concretização e exemplificação do tema, tentar-se-á indicar eventuais reflexos da racionalidade eficientista nas recentes reformas parciais do Código de Processo Penal brasileiro, especificamente nas Leis n.º 11.690/2008 e 11.719/2008. Algumas alterações trazidas por estas leis, por que imbuídas da racionalidade eficientista, parecem indicar uma prevalência do plano *econômico* sobre o *jurídico* (ou ético).

Tem-se o objetivo de tecer conclusões desde um ponto de vista constitucional, ou seja, a partir de uma postura democrática de defesa de direitos fundamentais e garantias do cidadão; obviamente sem pretensão alguma de oferecer a melhor resposta para a construção de um processo penal democrático.

CAPÍTULO 1

A IDEIA NEOLIBERAL DE “EFICIÊNCIA” – FUNDAMENTO EPISTÊMICO

“Eficiência é o ponto central; é a marca epistêmica do pensamento neoliberal”.
(Jacinto Nelson de Miranda Coutinho)

1.1 - O discurso neoliberal revisitado

“Como os donos do mundo piraram, eles já são carrascos e vítimas do próprio mecanismo que criaram”. (Raul Seixas)

Para tratar da análise do princípio da eficiência, criado pela teoria neoliberal, antes se faz necessária uma leitura histórica do surgimento desta doutrina político-econômica, já que é nas teorias fundantes do neoliberalismo que se pode melhor compreender a dimensão e o alcance do plano ideológico deste movimento, pois é lá que se consolidam os mitos dos teoremas econômicos e da racionalidade mercadológica, bem como, onde se engendra o giro discursivo que manipula os significantes eficiência e efetividade¹. Com Anderson² sabemos que o neoliberalismo consiste numa corrente de pensamento político-econômica surgida no segundo pós-guerra com o objetivo de combater o Estado de Bem-Estar, trazendo consigo uma visão da economia baseada na liberdade econômica, no individualismo e na contenção da intervenção estatal.

Segundo Marcellino Junior³, o marco doutrinário é a obra de Friedrich August Von Hayek, denominada *O Caminho da Servidão*, lançada em 1944. Poucos anos depois este teórico, representante da Escola Austríaca, organizou, na Suíça, um encontro de estudiosos que concordavam com suas idéias para formar o que se chamou de *Sociedade de Mont Pèlerin*. Esta era composta por Milton Friedman (principal representante da Escola de Chicago); Karl Popper; Ludwig Von Mises; Michael Polanyi, entre outros, tendo como intuito a estruturação das bases de um novo tipo de capitalismo que se afastasse de quaisquer idéias coletivistas e intervencionistas.

¹ MARCELLINO JR., Julio Cesar. *Princípio constitucional da eficiência administrativa: (des)encontros entre economia e direito*. Florianópolis: Habitus Editora, 2009. p.12.

² ANDERSON, Perry. *Balanço do neoliberalismo*. In: Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o estado democrático. SADER, Emir; GENTILLI, Pablo. (Orgs.). 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003, p.9.

³ MARCELLINO JR., Julio Cesar. *Princípio constitucional...op.cit.*, p.112.

Paralelo a isso nascia também a *Banca de Bretton Woods*, uma organização formada pelos Estados Unidos da América – que conseguiu mobilizar 44 países – cujo principal objetivo era transmitir as novas orientações e diretrizes político-econômicas. Em verdade, lançavam-se naquele momento (fim da segunda guerra mundial) as bases do neoliberalismo global e se legitimava a criação do Banco Mundial e do FMI, instituições que tiveram vital importância na expansão global do “novo liberalismo”. A esta etapa de elaboração do corpo sistemático-doutrinário Ezcurra⁴ chama de *etapa fundacional*. A *etapa estatal* corresponde ao momento histórico em que o neoliberalismo começou de fato a ser implantado, ou seja, em meados da década de 1970. Em virtude da crise pela qual passava o Estado de Bem-Estar a frente neoliberal encontrou terreno fértil para avançar e “salvar” os países do Sul através de ajustes estruturais e financeiros. As décadas seguintes presenciaram o avanço do modelo neoliberal, tendo os países centrais incrementado um novo processo de colonização através de empréstimos e financiamentos usurários, que perdura até hoje.

Hayek pretende com a obra *Direito, Legislação e Liberdade*⁵ atacar as doutrinas e teorias construtivistas, para elevar o lugar da economia de Mercado. A ideologia nefasta que conduz sua construção é clara ao definir aquilo que para ele significa a expressão coletivismo⁶. O autor pretende uma revisão da busca de uma justiça social igualitarista, considerando-a utópica, bem como, uma releitura da própria democracia. O objetivo é estabelecer as bases da economia de Mercado que privilegia a liberdade e a igualdade, pois só assim os desenvolvimentos das capacidades individuais poderiam triunfar.

Nesta ideia, o Estado não deve estar voltado à satisfação das necessidades do indivíduo – muito porque ele não teria capacidade de prever estas necessidades, já que Hayek dá um lugar de total desprezo à razão humana e ao *construtivismo*,

⁴ EZCURRA, Ana María. *Qué es el neoliberalismo? Evolución y límites de un modelo excluyente*. Buenos Aires: Lugar, 2002, p. 14-18.

⁵ HAYEK, Friedrich August von. *Direito, legislação e liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política – A miragem da justiça social*. Trad. Ana Maria Capovilla e José Italo Stelle. São Paulo: Visão, 1985, v.1; HAYEK, Friedrich August von. *Direito, legislação e liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política – A miragem da justiça social*. Trad. Maria Luiza Borges. São Paulo: Visão, 1985, v.2; HAYEK, Friedrich August von. *Direito, legislação e liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política – A ordem política de um povo livre*. Trad. Maria Luiza Borges. São Paulo: Visão, 1985. v.3.

⁶ Hayek: “O significado do termo tornar-se-á mais preciso se deixarmos claro que por ele entendemos a espécie de planejamento necessário à realização de qualquer ideal distributivo” (HAYEK, Friedrich August von. *O caminho da servidão*. Trad. Ana Maria Capovilla, José Ítalo Stelle, e Liane de Moraes Ribeiro. 5.ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990. p. 57).

conforme se verá adiante – devendo tão somente garantir a preservação de uma ordem espontânea que permitisse aos indivíduos buscarem a satisfação das suas necessidades da maneira que melhor lhes aprouvesse.

Esta construção hayekiana combativa do construtivismo que exalta a falibilidade humana na previsão de resultados faz com que os *meios* devam prevalecer sobre os *fins*. Segundo Marcellino Junior, este “constitui o ponto nodal de sua construção doutrinária, e que provocará o *giro epistemológico* de nossos tempos”⁷. Em virtude da impossibilidade de se acordar fins perseguíveis, Hayek diz que se deve buscar um consenso a respeito dos meios⁸. Essa análise também deveria servir para a análise das normas de conduta, por onde o autor ataca o Direito e sua característica *construção* racional direcionada a propósitos conhecidos. Defende que cabe ao Direito somente estar a serviço de uma ordem espontânea social⁹.

A idéia de justiça social tampouco passou ilesa, tendo Hayek defendido que ela é um mito, responsável por provocar uma inversão nos conceitos de *interesse coletivo* e *interesse geral*¹⁰. Além disso, é causadora da quebra do princípio liberal clássico da igualdade, pois o intento distributivista causa grave discriminação aos ricos.

Hayek sustenta grande parte de sua tese de resgate ao liberalismo clássico com base num evolucionismo de ordem Darwinista, pois defende que a ordem social e as instituições culturais não teriam sido criadas racionalmente pelo homem, mas sim o que houve foi uma “preponderância das instituições mais eficientes num processo de concorrência”¹¹. É por este motivo que Hayek sustenta a ordem espontânea do Mercado como algo intocável, pois ao interferir nesta o Estado estaria atrapalhando um processo natural de evolução. Qualquer ingerência estatal prejudicaria a livre determinação dos sujeitos na busca de seus propósitos, furtando deles suas iniciativas.

⁷ MARCELLINO JR., Julio Cesar. *Princípio constitucional...* op. cit., p.117.

⁸ Hayek: “O que possibilita o consenso e a paz em tal sociedade é que não se exige dos indivíduos consenso quanto a fins, mas somente quanto aos meios capazes de servir a uma grande variedade de propósitos, meios que cada um espera o auxiliem na busca de seus objetivos”. (HAYEK, Friedrich August von. *Direito, legislação e liberdade...*, v.2, op.cit, p.4).

⁹ HAYEK, Friedrich August von. Id.,ibid., p. 6.

¹⁰ HAYEK, Friedrich August von. Id., ibid., p. 7.

¹¹ Idem, *Direito, legislação e liberdade...*, v.3, op. cit, p. 162.

Fica claro que essa construção faz a ordem social-econômica parecer como um verdadeiro *jogo*, e isto o autor não nega¹². Neste jogo não se pode exigir justiça de tratamento, já que nem sempre há honestidade ou bondade nas relações¹³. É óbvio que nesse contexto de jogo o Mercado se torna a-ético ou amoral, mas Hayek rechaça esta visão, pois defende que é impossível uma criação racional de uma “moral” ou de uma “ética”¹⁴.

Nessa economia de Mercado onde somente importam os *meios*, não há preocupação com os *fins*. O importante é estabelecer como vai funcionar a guerra, nada importa seus resultados, que, entretanto, sabemos: exclusão social e miséria. É espantoso como Hayek enxerga isso de forma tão natural, ou *espontânea*¹⁵.

Com Marcellino Junior¹⁶ vemos que Hayek acredita que somente esta ordem espontânea do Mercado é capaz de incentivar a competição e a concorrência, bem como proporcionar o desenvolvimento social, fomentando a eficiência na prestação de serviços e na produção.

Milton Friedman é outro importante autor da doutrina neoliberal, sendo considerado por alguns o maior divulgador da teoria de Hayek. Em sua obra *Capitalismo e Liberdade* resgata os princípios básicos do liberalismo com o objetivo de destruir a concepção coletivista-social e de enaltecer o individualismo, bem como a liberdade de Mercado¹⁷. O autor confere maior atenção ao Estado em seu texto se comparado com Hayek, ensinando que este é necessário e útil para a preservação da liberdade. Porém, esta é encarada somente em seu aspecto formal, uma vez que para ele o Estado não tem caráter promocional. A idéia que Friedman tem do Estado, ou do governo, é de um verdadeiro *aliado* na proteção dos interesses do Mercado¹⁸.

¹² Idem, *Direito, legislação e liberdade*, v.2, p. 89-90.

¹³ Idem, *ibid.*, p. 148.

¹⁴ Idem: “a ética não é uma questão de escolha. Não a inventamos e não somos capazes de inventá-la”. Mais adiante: “as sucessivas modificações da moral não constituíram, por conseguinte, uma deterioração, ainda que muitas vezes tenham ferido sentimentos herdados, mas, ao contrário, uma condição necessária da ascensão da sociedade aberta de homens livres” (HAYEK, Friedrich August von. *Direito, legislação e liberdade...*, v.3, op. Cit., p. 179).

¹⁵ Com o autor: “Mesmo num jogo com oportunidades iguais para todos os participantes, haverá alguns vencedores e alguns perdedores. Num tal jogo, em que os resultados alcançados pelos indivíduos dependem em parte da sorte e de sua habilidade, evidentemente não tem sentido qualificar o resultado de justo ou injusto” (id., *ibid.*, p. 151).

¹⁶ MARCELLINO JR., Julio Cesar, *op.cit.*, p. 125.

¹⁷ Idem, *ibid.*, p. 126.

¹⁸ Diz o autor: “Um governo que mantenha a lei e a ordem; defina os direitos de propriedades; sirva de meio para a modificação de direitos de propriedade e de outras regras do jogo econômico; julgue disputas sobre a interpretação das regras; reforce contratos; promova a competição; forneça uma estrutura monetária; envolva-se em atividades para evitar monopólio técnico e evite os efeitos laterais considerados como suficientemente importantes para justificar a intervenção do governo; suplemente a

O papel deste “sócio” seria basicamente o de fazer valer as regras do jogo econômico, obrigando a sociedade a concordar com as condições e regramentos determinados pelo Mercado, ou seja, concordar com os *meios*.

Friedman diz que muitas das intervenções estatais são em verdade atos de violação de direitos individuais. Para ele somente através de uma cooperação voluntária entre os membros da sociedade é que se podem alcançar os objetivos individuais livremente, devendo esta cooperação partir de uma unanimidade, a qual somente o Mercado seria hábil a permitir¹⁹. A idolatria ao Mercado e ao capitalismo competitivo é tão grande que o autor chega a afirmar que este modo de produção social tem uma importância libertária no mundo, pois é responsável pela diminuição da discriminação, já que o que é realmente levado em consideração é a eficiência econômica do indivíduo e não suas características pessoais²⁰. Friedman também afirma que o capitalismo competitivo consiste no melhor método para preservar os interesses de minorias²¹.

Assim como Hayek defende uma leitura acerca da *justiça social* que seja compatível com sua teoria, Friedman propõe outra visão para o tema *responsabilidade social*, tão exigida, com razão, a respeito do empresariado e dos capitalistas. Para o autor este conceito é completamente anacrônico e incompatível na ordem do Mercado livre e espontâneo, pois só haveria uma responsabilidade por parte dos capitalistas. Esta consiste na *responsabilidade social do capital*²², direcionada tão somente à maximização dos lucros.

caridade privada e a família na proteção do irresponsável, quer se trate de um insano ou de uma criança; um tal governo teria, evidentemente, importantes funções a desempenhar” (FRIEDMAN, Milton. *Capitalismo e liberdade*. Trad. Luciana Carli. São Paulo: Abril Cultural, 1984. p. 39).

¹⁹ Idem, *ibid.*, p. 29.

²⁰ Conforme MARCELLINO JR., *op. cit.*, p. 129.

²¹ Com o autor: “um dos paradoxos da experiência consiste no fato de os grupos minoritários, apesar da evidência histórica, fornecerem, com frequência, os partidários mais entusiastas e convictos de alterações fundamentais na sociedade capitalista. Têm a tendência de atribuir ao capitalismo a responsabilidade pelas restrições que sofrem – em vez de reconhecerem que o mercado livre tem sido o fator mais importante na redução dessas restrições” (FRIEDMAN, Milton. *Capitalismo e liberdade*, *op.cit.*, p. 101-102).

²² Para Friedman a responsabilidade social do capital consiste em “usar seus recursos e dedicar-se a atividades destinadas a aumentar seus lucros (id., *ibid.*, p. 122). Mais adiante: “Há poucas coisas capazes de minar tão profundamente as bases de nossa sociedade livre do que a aceitação por parte dos dirigentes das empresas de uma responsabilidade social que não a de fazer tanto dinheiro quanto possível para seus acionistas” (id., *ibid.*, p. 123). Para entender a repugnante ideologia da matriz neoliberal deve-se abdicar dos conceitos tradicionais de responsabilidade ou bem-estar social, porque “de fato, a cristalização de um regime político liberal-paternalista – que pratica o *laissez-faire et laissez-passer* em relação ao topo da estrutura de classes, no nível dos mecanismos de produção das desigualdades, e o paternalismo punitivo na base, no nível de suas implicações sociais e espaciais – exige que a definição tradicional do “bem-estar social” seja abandonada (WACQUANT, Lóïc. *Punir os*

A respeito do intervencionismo a posição de Friedman não difere da de Hayek, pois o repudia com força, dizendo que ele vilipendia o direito à liberdade individual. Para o autor iniciativas de redistribuição coercitiva de renda só servem para desequilibrar o Mercado e não cabe ao Estado procurar mecanismos de redução da pobreza, pois esse é um problema a ser resolvido mediante caridade privada²³. Há uma grande contradição entre os neoliberais em atacar a razão humana e recorrer à caridade para a solução dos problemas criados em grande parte por eles, pois esta depende rigorosamente daquela, como já alertou alguém²⁴.

Partindo para uma aproximação maior do que representa a teoria neoliberal para o Direito, tem-se que para Hayek o direito constitucional não representa um conjunto de normas de conduta justa. Por esta razão ele jamais poderia se aventurar em pretensões materiais ou positivas²⁵. Este é o fundamento para que os neoliberais rejeitem sumariamente qualquer pretensão dirigista e estejam sempre desqualificando a Constituição da República e o próprio Direito, fazendo este aparecer como um verdadeiro empecilho à concretização da sociedade global.

Hayek e sua racionalidade evolucionista atacam diretamente o positivismo jurídico, já que este é fruto da *racionalidade construtivista*, que interfere maleficamente na espontaneidade do Mercado. Para a ascensão da espontaneidade livre do Mercado, Hayek defende que o constitucionalismo deve se limitar a regras gerais e abstratas²⁶. Portanto, ele as toma como meras “normas de identificação”, ficando claro por que se deve mexer na Constituição sempre que ela defende o cidadão e atrapalha as ideias neoliberais²⁷.

Uma das principais diferenças entre o liberalismo clássico e o neoliberalismo reside exatamente neste desprezo pelo Direito e pelas estruturas de justiça, o que justifica, segundo Coutinho, o prefixo *neo*²⁸. Tal tentativa do neoliberalismo de ligar sua nova ideologia aos preceitos basilares e democráticos do liberalismo clássico,

pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A Onda Punitiva]. Rio de Janeiro: Revan, 2007, 3ª edição, p.47).

²³ FRIEDMAN, Milton. *Capitalismo e liberdade...op.cit.*, p. 173.

²⁴ Trata-se de ninguém menos que Francesco Carnelutti: “Se não nos fosse a razão, não teríamos a caridade”. (CARNELUTTI, Francesco. *As Misérias do Processo Penal*. Campinas: Conan, 1995. p.76).

²⁵ Segundo Hayek: “o direito constitucional teria de ser classificado junto com o direito no sentido puramente formal, e não com o direito no sentido material” (HAYEK, Friedrich August von. *Direito, legislação e liberdade*, v.1, *op.cit.*, p.159).

²⁶ Idem, *ibid.*, p. 52.

²⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Princípio Constitucional da Eficiência...op.cit.* (prefácio). p.25.

²⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Jurisdição, psicanálise e o mundo neoliberal*. In: *Direito e neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar*. Curitiba: Edibej, 1996, p.67.

através de puro golpe de marketing, não passou despercebida por todos²⁹. Outro que aponta a imensa diferença entre os discursos é Marques Neto:

Mas debrucemo-nos antes, por um momento, sobre a própria palavra neoliberalismo. Há nela, ao mesmo tempo, uma idéia de continuidade e uma idéia de ruptura. Trata-se, afinal, de liberalismo, de algo que permanece, ou de algo ao qual se volta. Por outro lado esse liberalismo é neo, é novo com o que se diz implicitamente que algo do liberalismo clássico não mais subsiste nele (...) No terreno político, princípios e conceitos cruciais, como os de democracia, Estado, Nação, soberania e cidadania, fundados no princípio ético da dignidade da pessoa humana, vão se transfigurando e mesmo, num sentido limite, se dissolvendo.³⁰

Claro está, portanto, que liberalismo e neoliberalismo são coisas distintas. A noção de liberdade³¹ e de democracia diverge entre os dois modelos. Para Hayek a democracia não passa de mero procedimento ou método, devendo sempre sucumbir ao econômico e ao Mercado, chegando o autor a afirmar que ela “constitui um obstáculo à supressão da liberdade exigida pelo dirigismo econômico”³². Nesta levada, o Direito não pode ser poupado e de fato não é. O padrão de garantias conquistadas - a duras penas, diga-se de passagem - e fixadas em nível constitucional é cada vez mais atacado e relativizado³³, beirando a absurdos. A estratégia dos neoliberais, segundo Marcellino Junior, é atribuir ao Direito uma enorme sobrecarga de descrédito frente à sociedade, assim como contra o próprio Poder Judiciário. Este ataque ao Poder Judiciário é necessário porque ele é o *garante*

²⁹ Grau explica: “Nessa versão, o discurso neoliberal se afasta inteiramente, e mesmo o confronta, do discurso liberal, que viabilizou o acesso da generalidade dos homens não apenas a direitos e garantias sociais, mas também aos direitos e garantias individuais. É contra as liberdades formais, no extremo, que, em tal versão, o discurso neoliberal investe”. Cf. GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996, p.91.

³⁰ MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *Neoliberalismo: o direito na infância*. In: Anais do Congresso Internacional de Psicanálise e suas conexões: Trata-se de uma criança. Rio de Janeiro: Escola Lacaniana de Psicanálise do Rio de Janeiro, v.2, 1999, p.231.

³¹ “El neoliberalismo se parece y se diferencia del viejo liberalismo. Se parece en que ambos usan la misma prestigiosa palabra – “libertad”. Pero se diferencian en que aquél la usaba para referirse a todas las manifestaciones de la vida humana, la libertad de propiedad en primer plano, claro. Mientras que el cachorro contemporáneo lo usa exclusivamente para hablar del comercio y la circulación ampliada del capital”. (CORREAS, Oscar. *El neoliberalismo en el imaginario jurídico*. In: Direito e Neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar. Curitiba: EDIBEJ, 1996. p.7).

³² HAYEK, Friedrich August von. *O caminho da servidão*, op. cit., p. 84.

³³ Com Coutinho: “Ademais, sempre foi princípio elementar, na modernidade, a impossibilidade de regresso ao *status quo ante*, quando a matéria em pauta fosse *conquistas constitucionais*. Até pouco tempo atrás, por sinal, ninguém arriscaria fazer um discurso de tal porte, sob pena de escárnio público, como sucedia com os conhecidos ditadores de plantão. Agora, não obstante, é o discurso da ribalta; e sequer se ruborizam. Estupefato, o mundo assiste aos neoliberais engolirem as chamadas *conquistas da humanidade*, nos países periféricos (veja-se o que se está fazendo com a Constituição do Brasil)” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Jurisdição, Psicanálise...*, op. cit., p. 69).

da Constituição (a mesma que para Hayek não tem normas justas), que tanto atrapalha os propósitos neoliberais quando arrola direitos e garantias do cidadão.

É preciso que o Poder Judiciário tenha presente que nesse quadro onde se pretende excluir a ética e onde o Estado é visto como estorvo porque cria, executa e garante direitos, ele (e o próprio Direito) vão ser atacados. Por isso Coutinho ensina que uma resistência do Poder Judiciário é necessária, sabendo desde já que

(...) a eficiência não superou – e não pode superar – a legalidade, ainda lá instalada (no art. 37, *caput*, CR) para nortear as ações estatais, se for o caso contra a própria *eficiência*. Afinal, persiste a máxima ética de que os fins não justificam os meios, embora já se faça necessário glosar o furor com que se venha usando a razoabilidade/proporcionalidade em favor da eficiência e contra a legalidade, não raro para justificar o injustificável, máxime a sonegação dos direitos e garantias individuais.³⁴

Para aumentar este ataque usa-se dos meios de comunicação em massa para fazer com que a população encare o Direito e o Judiciário como algo superado e obsoleto, algo pré-histórico³⁵. Segundo Coutinho, “no neoliberalismo há um evidente desprezo pelo direito”³⁶. Esse ataque é necessário pois o Poder Judiciário é o lugar onde se pode dizer não ao desmonte do Estado e sim ao cidadão excluído que mais precisa dele³⁷, razão pela qual a achincalhação do Direito deve ser cotidiana, já que ameaças à ideologia neoliberal *ainda* existem no ordenamento jurídico pátrio. Basta se perquirir os próprios fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro, positivados no art. 3º da Constituição da República.

Outro recurso muito utilizado pelos neoliberais para o alastramento de suas idéias é o discurso da “via única”. No início da década de 1990 (especialmente após a queda do Muro de Berlim), os neoliberais tinham em mãos um excelente momento para preencher o “vazio” ideológico. O comunismo parecia enfim derrotado, junto com qualquer outra possibilidade de sociedade alternativa. Eis que surge o argumento da

³⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O devido processo legal (penal) e o poder judiciário*. In: Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal. Antonio José Avelãs Nunes e Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (orgs.) Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.294.

³⁵ MARCELLINO JR., Julio Cesar, *op. cit.*, p. 139.

³⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Jurisdição, psicanálise...op.cit*, p.69.

³⁷ Com Coutinho: “A racionalidade neoliberal despreza o homem, mas assim o faz não só porque tende a admitir desprezadamente os excluídos, mas porque, operando um desmonte do Estado, furta-lhe a possibilidade de exercer a função paterna, apondo aí o seu próprio “eu”, ou seja, o mercado. E assim o faz por uma questão à qual já me referi, qual seja, o fato de que o Estado de Direito vira Estado Providência, Social, Mãe, Provedor. Há um nítido deslocamento de lugar; e o que tende a restar, para o que sobrar do Estado, são atribuições menores, poucas para relevantemente impor o imprescindível limite”. (idem, *ibid.*, p.68).

“via única”, que acaba transformando o “Mercado ideal” em um “Mercado real”³⁸ totalizante, sendo este um sistema mais total e ilimitado do que aquele que os neoliberais pretendiam combater. Segundo Rosa³⁹, os neoliberais utilizaram-se do mito da ausência de opções para mascarar o propósito dominador, autoritário e excludente de sua teoria.

Sobre esse pretense ‘fim das ideologias’⁴⁰, Oscar Correias ensina que se trata verdadeiramente de uma tentativa de fazer com que todos concordem com a teoria neoliberal, aceitando que “não há nada a fazer”⁴¹ contra o discurso autorizado, pois ele seria ‘invencível’. Tem razão o autor em atacar essa visão, pois há sim como resistir, já que o neoliberalismo é decisão de alguns (muito poucos) ‘homens de negócios’, de todos os tipos. E um dos lugares para que haja essa resistência é exatamente o campo acadêmico⁴², ainda que as teorias ali desenvolvidas não sejam capazes de dar conta de tudo, o que lhes não tira os méritos. Hinkelammert⁴³ é outro que alerta para o perigo de tal manobra, pois afirma que este capitalismo sem alternativa se impõe como um capitalismo sem limites.

Mas talvez o que mais assusta é a naturalidade com que tal discurso foi recebido pela sociedade e especialmente pelos juristas, que acabam por difundir-lo no âmbito do Poder Judiciário. Uma das razões apontadas como causa desse fenômeno é a manipulação de linguagem, segundo Marques Neto. Este ainda ensina que o aspecto mais maléfico de tal “unanimidade” é o fato de o neoliberalismo não precisar mais se justificar, tal como o liberalismo clássico precisou fazer⁴⁴.

Não se pode olvidar que a globalização também é outro fenômeno que ajuda radicalmente a expansão deste assédio neoliberal e que, mais do que pouco (ou

³⁸ ARRUDA JR., Edmundo Lima de. *Direito, marxismo e liberalismo: ensaios para uma sociologia crítica do Direito*. Florianópolis: CESUSC, 2001. p. 53.

³⁹ ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão Penal: a bricolage de significantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 213.

⁴⁰ Com Correias: “Entre los motivos más insólitos de esta ideología, está el de haber decretado el fin de las ideologías”. (CORREAS, Oscar. *El neoliberalismo en el imaginario...op.cit.*, p.3)

⁴¹ “Existe, en efecto, entre los liberales, una ideología del cansancio: “no hay nada que hacer”. Pero no es así. Y la victoria inmediata no tiene por qué ser el objetivo”. (Idem, *ibid.*, p.7.)

⁴² “Hay muchas formas de resistencia. Y la teoría es una de ellas, aunque no sea la más efectiva. Y el campo académico, es uno de los terrenos, aunque no sea el decisivo”. (Idem, *ibid.*, p.9).

⁴³ HINKELAMMERT, Franj J. *Pensar em alternativas: capitalismo, socialismo e a possibilidade de outro mundo*. In: Por um mundo diferente: alternativas para o Mercado Global. PIXLEY, Jorge. (org.). Petrópolis: Vozes, 2003, p. 10.

⁴⁴ MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *Neoliberalismo...op.cit.* p. 235.

nada) se importar com os países pobres que sofrem seus efeitos⁴⁵, obriga que estes mesmos Estados passem a funcionar como “empresas”. Esse aspecto da globalização nos modelos perpetrados pelo neoliberalismo também é outro ponto que indica a grande distinção dele com o liberalismo clássico. Coutinho diz que

[...] é espantoso como o cenário da globalização investe maciçamente contra a estrutura de um Estado fundado na base da postura liberal. Por tal viés, o neoliberalismo demonstra desde logo sua face diferente do próprio liberalismo, confirmando o acerto do prefixo *neo*.⁴⁶

Na dificuldade (ou falta de vontade)⁴⁷ em se enfrentar as verdadeiras razões que provocam os efeitos maléficos inerentes ao modelo político-econômico adotado, procura-se mascarar as verdadeiras causas do subdesenvolvimento e se defende que o “caminho da salvação” para os países pobres é eles agirem com *eficiência*, nos mesmos moldes da que é reclamada na iniciativa privada, ou seja, deve-se evitar ao máximo os prejuízos. Nesta toada os gastos públicos e o respeito aos direitos fundamentais passam a ser vistos numa perspectiva de custos, por mais absurdo que possa parecer. Esquece-se que o Direito é uma “ciência” da área humana (e que aqui, portanto, há vidas por detrás das lides e dos casos penais) e calculam-se direitos com a frieza e indiferença inerentes a questões de ciências exatas.

Essa perspectiva ganha muito fôlego após o nascimento da Teoria dos Custos do Direito, através da obra *The Cost of Rights* de Holmes e Sustain (1999). Estes autores negam a divisão clássica entre direitos fundamentais negativos e positivos, defendendo que todos os direitos geram custo ao erário. Lançam assim a idéia de que as normas que garantem direitos fundamentais devem ser interpretadas a partir de uma relação custo-benefício. Essa racionalidade econômica trata de inviabilizar a

⁴⁵ Com Coutinho: “O mundo neoliberal, ajustado a uma *economia de mercado* sem limites, insiste em não acertar suas contas com os *diferentes* e a *diferença*”. (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Jurisdição, psicanálise...op.cit.* p.56).

⁴⁶ Idem, *ibid.*, p.67.

⁴⁷ A dificuldade está em como resolver os problemas de um modelo político-econômico no qual eles nunca foram motivo de preocupação, já que a atenção sempre esteve voltada aos meios, nunca aos fins ou efeitos (desemprego, miséria, concentração de renda etc.). É preciso enfrentar seriamente o problema e com contribuição filosófica para melhor compreendê-lo. O princípio da eficiência é ontológico no neoliberalismo (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Apresentação ao *Princípio constitucional...op.cit.*, p.26), dele derivando princípios lógicos (consumo da ética; competição) e teleológicos (produtividade; aumento de lucros etc.), razão pela qual não poderíamos esperar deste sistema algo diferente da barbárie cotidiana. Para uma análise mais profunda sobre o tema do princípio ontológico, ver: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, ano 30, n.30, p.163-4, 1998).

garantia de direitos fundamentais, pois torna inefetivas as normas constitucionais⁴⁸. O que espanta muito é que justamente aonde deveria haver um posicionamento de fortalecimento do Estado Democrático de Direito, ou seja, no Poder Judiciário (pois é o juiz que garante o cidadão, devendo garantir ainda mais em países periféricos), não é raro ver decisões baseadas nesse modelo, utilizando-se de princípios vazios como o da “reserva do possível”, da “proporcionalidade” e da “razoabilidade” para descumprir a Constituição da República e negar ao cidadão as promessas da modernidade.

1.2- Câmbio Epistemológico

“O homem agiu antes de pensar, e não entendeu antes de agir”. (Friedrich August Von Hayek)

Para que a doutrina neoliberal alcançasse seus objetivos necessário se fez a construção de um novo paradigma epistemológico, uma verdadeira nova forma de pensar ou de tratar a razão humana. É assim que o câmbio epistemológico produzido pelo neoliberalismo substitui a relação *causa-efeito* pela *ação eficiente*, fazendo confusão entre *efetividade* (que visa fins) e *eficiência* (que está ligada a meios)⁴⁹. Alexandre Rosa ensina que os neoliberais grudaram falsamente os significantes efetividade e eficiência, com o objetivo de legitimar o discurso de erosão do ordenamento jurídico e da estrutura estatal⁵⁰.

O nascimento desse câmbio epistemológico está na teorização de Hayek, sendo que *a intenção era a de combater o construtivismo e as instituições criadas por meio da razão* (para ele o homem não pensa primeiro e depois age). Tal guinada epistemológica era necessária para basear a prevalência das ordens naturais espontâneas, pois aqui é proibido se pensar em *fins*, importando tão somente os *meios*.

É preciso perceber este câmbio epistemológico e compreendê-lo, pois aqui está “o busílis da compreensão do *neoliberalismo*”⁵¹. Em síntese, larga-se a clássica

⁴⁸ Tal inefetividade é ainda mais aguçada pela construção do discurso de normas programáticas (não-vinculantes), infelizmente tão comum na doutrina constitucional brasileira.

⁴⁹ Cf. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel da jurisdição constitucional na realização do estado social*. In: Revista de Estudos Criminais. Porto Alegre: ITEC, v. 3, n. 10, p. 54.

⁵⁰ ROSA, *Decisão Penal...op.cit.* p. 214.

⁵¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Princípio Constitucional da Eficiência...* (prefácio), p.27.

relação “causa-efeito” e opta-se pela “ação eficiente”. A lição de Enrique GARZA é elucidativa:

Hayek, por sua vez, centra suas baterias contra o construtivismo, isto é, as instituições deliberadamente criadas, opondo-lhes o naturalismo do mercado, mercado que funciona, mas que não é previsível, restando para os atores apenas a tentativa e erro. A sociedade estaria então regida por ordens naturais espontâneas, cujas normas naturais não seriam cognoscíveis; bastaria que os atores reagissem praticamente frente a elas, e a posteriori, o mercado decidira quais delas seriam eficientes. Hayek contrapõe ao racionalismo clássico outro de caráter eficiente em seu sentido puramente empírico; o conhecimento nunca será suficiente para prever o resultado da ação. Nem sequer a ciência poderia prever, porque os fatos são infinitos e submetidos a infinitos fatores. Daí ele propor, finalmente, substituir a noção epistemológica de causa-efeito pela de ação eficiente.⁵²

Nesse câmbio epistemológico que menospreza a razão humana para dar lugar à racionalidade econômico-eficientista desapareceram os limites, pois quando se privilegiam os meios em detrimento dos fins aqueles se tornam a-éticos e amorais. Esta opção é responsável pela criação de um mundo de competição e selvageria onde predomina a barbárie e isto não foi indesejado pelos neoliberais. Este lugar de desordem, bem como a falta de um referencial (antes Deus ou a razão humana) faz com que os sujeitos internalizem cada vez mais a necessidade de competição, que passa a ser mesmo uma questão de sobrevivência⁵³. Para manter essa racionalidade reproduz-se cotidianamente um grande projeto de alienação do povo (onde transcende a importância dos meios de comunicação), pois é necessário que ele não *pense*, somente *haja*.

No paradigma da ação eficiente os funcionários públicos são um dos principais alvos, já que ela matematiza a atividade do serviço público. Não importam mais os fins que um serviço público poderia alcançar, mas sim a produtividade numérica e menos “custosa” que se puder obter. Coutinho define bem o impacto de tal paradigma sob o serviço público, a partir da leitura de Dahrendorf: “O efeito mais grave do triunfo dos valores ligados à flexibilidade, à eficiência, à produtividade, à competitividade e à utilidade é a destruição dos serviços públicos”⁵⁴.

Transformam-se as unidades administrativas e jurisdicionais para dar cada vez mais rapidez às demandas – é isto principalmente que se busca com as constantes reformas na legislação processual no país –, num modelo de inspiração taylorista que

⁵² GARZA TOLEDO, Enrique de la. *Neoliberalismo e estado*. In: LAURELL, Asa Cristina (Org.). Estado e políticas sociais no neoliberalismo. Trad. Rodrigo Leon Contrera. São Paulo: Cortez, 1995, p.78-79.

⁵³ MARCELLINO JR., Julio Cesar. *Princípio constitucional da eficiência...op.cit.* p. 190-4.

⁵⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Jurisdição, psicanálise...op.cit.* p.62.

enaltece a celeridade e a produtividade⁵⁵. O sonho de expansão do eficientismo está sendo concretizado, para o deleite de alguns⁵⁶.

O principal problema é que a maior parte da sociedade não se atentou a esse verdadeiro *golpe de cena*⁵⁷ e pensa em *efetividade estatal* quando se fala sobre *eficiência*. Porém, o propósito neoliberal é exatamente o contrário; é legar um Estado extremamente reduzido; dar cabo de direitos e garantias. Marcellino aponta este como sendo o mais nefasto efeito social do golpe de cena, pois a *eficiência* passa a ser o paradigma a partir do qual toda a atuação estatal deve estar pautada, revestindo-se de caráter ético. Faz-se dela uma verdadeira espécie de panaceia para os problemas do país⁵⁸.

O princípio da eficiência carrega consigo também uma função ideológica que auxilia o levante neoliberal na manipulação do Direito, fazendo este funcionar a seus propósitos. Isto se deve em grande parte ao que Cárcova denominou de *opacidade do Direito*⁵⁹, que significa um desconhecimento que grande parte do corpo judiciário e dos cidadãos tem a respeito do alcance do Direito. Assim, muitos seguem repetindo e praticando o discurso eficientista sem se darem conta do que realmente se trata e, segundo Marcellino,

(...) essa é uma das formas que o Direito serve ao liberalismo extremado: é utilizado como técnica social de controle e sistematização das relações humanas, fazendo com que a maioria, sempre em fila, reproduza os ritos ditados em nome da eficiência, de modo absolutamente irrefletido.⁶⁰

Nesse sentido os funcionários públicos e operadores do Direito crêem estarem sendo “bons” na realização de suas tarefas quando obedecem ao paradigma eficientista e aplicam a lei que lhes é ditada, sem se darem conta das repercussões de sua prática. Basta se ver, como exemplo, o que muitos pensam hoje acerca dos juízes de direito (e até alguns deles mesmos): o juiz bom é aquele que profere o maior número de sentenças em determinado período, independentemente da qualidade ou justiça das decisões. A ideologia eficientista está tão presente neste

⁵⁵ MARCELLINO JR., Julio Cesar. *Princípio constitucional da eficácia...op.cit.* p.195.

⁵⁶ Taylor acreditava que o eficientismo não deveria ficar restrito somente ao âmbito privado, devendo ser estendido: “na direção de nossos lares, na administração de igrejas, de institutos filantrópicos, de universidades e de serviços públicos” (TAYLOR, Frederick Winslow. *Princípios da administração científica*. Trad. Arlindo Vieira Ramos. 8ªed. São Paulo: Atlas, 1990. p. 23).

⁵⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Efetividade do processo penal e golpe de cena: um problema às reformas processuais*. In: Escritos de direito e processo penal em homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

⁵⁸ MARCELLINO JR., Julio Cesar. *Princípio constitucional...op.cit.* p.188.

⁵⁹ CÁRCOVA, Carlos María. *La opacidad del derecho*. Madrid: Trotta, 1998.

⁶⁰ MARCELLINO JR., Julio Cesar. *Princípio constitucional...op.cit.*, p.203.

ponto que umas de suas principais premissas – produtividade/atingimento de metas estatísticas – chega a ser valorada como critério de promoção de magistrados dentro do quadro de carreira. A busca por essa maior produtividade no número de decisões também é o que pauta as constantes reformas na legislação processual brasileira. Apenas com isso em mente não é tão espantoso ver que a atividade do Poder Judiciário seja objeto de ISOs atualmente, tão característicos do paradigma da eficiência e da produtividade.

Acerca desta pretensão mítico-libertadora que foi emprestada ao princípio da eficiência, diz Marcellino Junior que

(...) o discurso economicista “vende” – através da mídia, e de seus cooptados – o princípio constitucional da eficiência como uma norma salvadora, uma *lei que liberta*, na oportuna expressão de Ost. *Lei que liberta*, porque é livremente assumida por todos. Este é o jogo. Faz-se a todos pensarem que através da ação eficiente, como um milagre messiânico, os problemas da administração pública e do poder judiciário estariam resolvidos, e por consequência - libertando-se do “burocrático” e “obsoleto” Estado e entregando-se ao “bondoso” Mercado -, todos seriam mais livres e mais felizes. Lembrando Lyra Filho, slogans dessa ordem como “lei que liberta”, “Mercado que liberta”, são tão fraudulentos quanto aquele “Nacional-Socialismo” que se “colou” sobre o nazismo.⁶¹

O autor fala em princípio constitucional da eficiência porque se refere à Emenda Constitucional 19/98 que incluiu no art. 37 da Constituição da República (que trata dos princípios atinentes à administração pública) o princípio da eficiência, o que auxiliou muito na sedimentação do paradigma efficientista, pois desde então *está na lei* (como eles gostam de dizer). O ideário neoliberal sacraliza a lei, procurando fazer com que todos a amem e a obedeçam acriticamente. A legitimidade e a validade da lei são vistas apenas a partir do aspecto formal, razão pela qual desde a positivação da sua marca epistêmica no ordenamento jurídico brasileiro os neoliberais ganharam um argumento de peso. O problema está em não perceber que o golpe de cena e o giro discursivo causam uma verdadeira cegueira nos agentes públicos e operadores do Direito (com exceções, é claro), pois impedem que eles enxerguem as verdadeiras causas dos males que assolam a administração pública e o poder judiciário brasileiros.

Contra essa visão incompleta de reconhecimento da lei, mais uma vez Correias é preciso em atacar a pretensa objetividade do direito desejada pelos neoliberais, pois a análise de qualquer norma (e seu juízo de validade e legitimidade) é sempre

⁶¹ MARCELLINO JR., Julio Cesar. *Princípio constitucional...op.cit.*, p.212.

carregada de bases ideológicas e políticas. Esse “juízo” acerca da validade da norma interfere no poder, não havendo nenhuma maneira de se estabelecer de forma neutra a existência de uma norma. Segundo Correias “no hay ninguna manera de establecer “objetivamente” la existencia de una norma. Hacerlo significa, siempre, intervenir en el fenómeno del poder”⁶². Esta é uma das principais razões pelas quais o autor defende que o ambiente acadêmico seja um lugar de resistência, dentre eles principalmente o do Direito, já que pela natureza de seu objeto lida com o poder.

No atual estágio civilizatório é impensável considerar a jurisdição longe dessa ideia. Da mesma forma que esta pode vir com a atribuição de legitimidade a determinado ato, também pode ser exercida para afastá-la. É preciso que se tenha presente que o exercício da jurisdição é de fato um poder para que se tenha dimensão do real alcance do direito (Cárcova) e da importância de um senso crítico na formação dos juristas. A jurisdição se constitui basicamente de três pontos: é um *poder*, destina-se a aplicação da lei aos casos concretos e tem a possibilidade de alcançar a coisa julgada a alguns de seus atos. Exatamente no ponto que parece ser o mais importante (ser um poder), muito pouco (ou quase nada) se fala, contribuindo para a sua alienação burocratizante e conseqüente manutenção do *status quo*, o que de todo auxilia o levante neoliberal na vitória da racionalidade economicista. No entanto, concorda-se com Coutinho⁶³ em acreditar no Poder Judiciário como um lugar de resistência e defesa do cidadão, sabendo que para tanto a jurisdição deve se libertar daquela racionalidade e olhar para a realidade com a contribuição da *ética da alteridade* (Dussel)⁶⁴, pois somente assim não será alienada. Se a jurisdição é essencialmente *poder*, pode-se imaginar o que ela pode fazer em prol do cidadão⁶⁵.

⁶² CORREAS, Oscar. *El neoliberalismo en el imaginario...op.cit.*, p. 11.

⁶³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Jurisdição, psicanálise...op.cit.*, p. 70-76.

⁶⁴ Não há como negar que a realidade latino-americana não comporta a ideal ética do discurso (Habermas), em virtude da enorme falta de igualdade que permeia seus cidadãos, o que impede a igualdade entre os falantes. Esta é a razão pela qual parece acertada a prevalência da visão dusseliana, pois permite uma melhor compreensão do *outro* (que, no caso dos países periféricos, é *necessariamente excluído*). Sobre a necessidade desse posicionamento, a lição de Rosa é importante: “De fato, a discussão teórico-prática encontra-se inserida no contexto da ação e, portanto, permeada indissociavelmente pelos valores. A demissão (in)consciente desse habitus de fazer ciência e direito é condição de possibilidade para compreensão, não necessariamente completa, da realidade que nos circunda” (ROSA, Alexandre Morais da. *Rumo à praia dos juizados especiais criminais: sem garantias, nem pudor*. In: Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais. Alexandre Wunderlich e Salo de Carvalho (orgs.) Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p.61-62).

⁶⁵ Com Coutinho: “Ouso sustentar, assim, que a jurisdição tem condições – e legitimidade – para, escapando da comodidade do lugar-comum, continuar respondendo como um centro de *poder* capaz de auxiliar no resgate de valores dos quais não se pode abdicar e que estão sub-repticiamente nos tomando”. (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Jurisdição, psicanálise...op.cit.*, p.76).

No processo de convencimento ideológico outro artifício muito usado pelos neoliberais é o uso de cálculos, teoremas e estatísticas econômicas. Estes funcionam como um argumento de autoridade, onde não se busca a compreensão, mas tão somente o reconhecimento, conforme ensina Bernard Maris. O aspecto mais nefasto é que os números transparecem uma natural neutralidade, que os revestem de uma cientificidade intocável, sendo poucos aqueles que os ousam questionar. Quem ousa questionar uma reforma processual que proporcione a realização de cinquenta ou mais sentenças judiciais por dia? Elas sempre nos parecem ótimas, pois vêm sempre junto com números e estatísticas que comprovam ser mais “*eficientes*” que a lei antiga. Pode-se dizer que há até certa espécie de medo em atacar a ciência dos números e das estatísticas, um verdadeiro receio em duvidar da obviedade. Esse temor reverencial que a estatística produz é bem definido por Maris⁶⁶. Esta estratégia das estatísticas econômicas ajuda muito o levante neoliberal a não demonstrar o que teoriza, apenas fortalecendo suas fixações e crenças dogmáticas. O caráter deprimente disso é resumido por Marcellino Junior: “a ação eficiente passa a se legitimar em toda essa racionalidade alimentada pelas fantasias e crenças de que se tratou anteriormente”⁶⁷.

A Análise Econômica do Direito (também conhecida como *Law and Economics*), é outra teoria que pretende organizar a vitória do plano econômico sobre o jurídico, colocando o paradigma da eficiência no centro de operacionalização do Direito. Surge no âmbito acadêmico norte-americano a partir da década de 1960 e seus principais nomes são: Richard Posner; Ronald Coase, Guido Calabresi e Gary Becker. Inicialmente vinculada ao âmbito do direito comercial, acabou se estendendo para o Direito como um todo, objetivando sustentar a aplicação de princípios econômicos à própria interpretação do Direito (que resulta necessariamente em aplicação dele, conforme ensina Eros Grau⁶⁸).

⁶⁶ Com o autor: “A ‘neutralidade’ do número remete à autoridade científica, ao discurso ‘competente’. O discurso de autoridade não é feito para ser compreendido e sim para obter reconhecimento. Para meter medo”. Mais adiante: “(...) as fantasias estatísticas têm a qualidade de parecer científicas. É impressionante o fato de não se poder dispensar os números e neles acreditar: é esse o caráter religioso da economia e da estatística”. (MARIS, Bernard. *Carta aberta aos gurus da economia que nos julgam imbecis*. Trad. Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000. p. 113 e 116).

⁶⁷ MARCELLINO JR., Julio Cesar. *Princípio constitucional...op.cit.*, p. 218.

⁶⁸ Com Grau: “Interpretar/aplicar é dar concreção (= concretizar) ao direito. Neste sentido, a interpretação/aplicação opera a inserção do direito na realidade; [...] opera a sua inserção na vida.” (GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros. p.55.).

Segundo Marcellino o critério de justiça da Análise Econômica do Direito é a *eficiência*, onde justo é aquilo que permite uma maior desoneração das relações humanas e impulsionamento na majoração da riqueza. Assim, a teleologia da AED pode ser definida da seguinte forma: “alocação de recursos que melhor atenda à maximização da riqueza, não importando o custo social daí advindo”⁶⁹.

A jurisdição é uma das funções estatais mais atacadas pela Análise Econômica do Direito, sendo rotineiramente taxada de ineficiente, porque atua com base em preceitos e garantias constitucionais de ordem valorativa, objetivando a implementação de um Estado de Bem-Estar. O ataque aqui é tão grande que Posner chega a propor uma nova leitura do ‘devido processo legal’, emprestando-lhe uma interpretação essencialmente econômica. Com Marcellino:

Posner diz que o sistema do *Due Process of Law* foi distorcido ao longo dos anos, e traiu o próprio liberalismo moderno. Haveria, segundo o autor, a necessidade de um sistema processual que fosse implementado não com garantias voltadas para a proteção dos hipossuficientes e minorias (que, para ele, seria discriminatória); mas sim que respeitasse e garantisse a *liberdade de contrato* de modo amplo e irrestrito. O autor arremata: “Economic analysis suggests that the assertion of such a power by the Supreme Court would change the nature of the democratic political process fundamentally (POSNER, *Economic Analysis of Law*. 6.ed. New York: Aspen Publishers, 2003. p. 657 e segs.)⁷⁰.”

Para essa corrente as normas constitucionais devem sempre estar balizadas por princípios econômicos e pelo parâmetro custo-benefício, prevalecendo a interpretação que busque a eficiência.

Ballesteros é outro que denuncia a insuficiência da AED, mormente porque está baseada em um reducionismo economicista. Segundo o autor ela provoca uma visão distorcida acerca das instituições jurídicas, cuja natureza e função não é de caráter econômico ou mercantil. A equiparação entre justiça e eficiência acaba por reduzir o sistema jurídico a um mero instrumento técnico, uma engenharia social, além de ocasionar um sério problema ético⁷¹.

⁶⁹ MARCELLINO JR., Julio Cesar. *Princípio constitucional...op.cit.*, p.222.

⁷⁰ Idem, *ibid.*, p.223.

⁷¹ A solução para os conflitos humanos não consiste na equiparação entre justiça e eficiência e sim em “una prudente tarea de mediar y armonizar principios y valores encontrados, para la cual resulta insuficiente e inadecuado el planteamiento economicista que atiende el Derecho como un sistema de reglas técnicas al servicio de la eficiencia económica. El adecuado planteamiento y solución de dichos conflictos exige previamente ver en los mismos, no un problema puramente técnico sino, fundamentalmente, un problema ético” (MONTORO BALLESTEROS, Alberto. Incidencia del analisis economica del derecho em la teoria jurídica: la reducción del derecho a regla técnica. *Persona y Derecho Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos – Estudios em homenaje al Prof. Javier Hervada (I)*, Pamplona, n.40, 1999, p.425-444.).

Alexandre Morais da Rosa ensina que

(...) essa busca, ou melhor, compulsão por *eficiência* faz com que exista a pretensão de melhoria na *qualidade (total)* dos processos em nome do consumidor, transformando unidades jurisdicionais em objeto de “ISOs” e outros mecanismos articulados para dar rapidez às demandas.⁷²

Infelizmente, há ainda quem premie esse tipo de iniciativa, imbuídas da racionalidade efficientista, como é o caso do Prêmio Innovare⁷³.

Assim como Marcellino Junior, defende-se o absoluto descabimento da teoria da Análise Econômica do Direito, principalmente em um país de realidade periférica como o Brasil, pois a equiparação entre justiça e eficiência somente amplia o grave quadro social de exclusão e miséria que nos assola⁷⁴, já que “esta postura efficientista” impede o fortalecimento do Estado Democrático de Direito⁷⁵.

Ainda, a eleição do paradigma efficientista em nível constitucional vilipendia a cláusula de não retrocesso social⁷⁶. Concorda-se com Marcellino ao acreditar que talvez o passo mais importante na postura de resistência ao paradigma efficientista é exatamente o “desmascaramento” do giro discursivo em torno da ‘eficiência’. Fala-se nela pensando se falar em efetividade, coisas completamente distintas⁷⁷. Acredita-se que tal postura se faz necessária porque o Direito deve ser lido como um fenômeno social determinado e direcionado em face dos modelos político-econômico adotados (dentre eles, o desolador contexto neoliberal). Só assim ele pode se prestar a servir de apoio à concretização dos Direitos Fundamentais e garantias do cidadão.

1.3 - Reflexos da “eficiência” nas políticas penais e processuais penais

“Quando se aliam tempo e eficiência nas reformas processuais não poderia sobrar outra coisa que não a supressão de direitos e garantias”. (Jacinto Nelson de Miranda Coutinho)

⁷² ROSA, Alexandre Morais da. *Rumo à praia dos juizados especiais criminais: sem garantias, nem pudor*. In: Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais. Alexandre Wunderlich e Salo de Carvalho (orgs.) Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 64.

⁷³ Na página eletrônica que veicula o Prêmio, vêem-se os critérios para a seleção das práticas premiadas: “*eficiência, celeridade, qualidade, criatividade, exportabilidade, satisfação do usuário, alcance social e desburocratização*”. Disponível em <http://www.premioinnovare.com.br/>. Acessado em junho de 2009.

⁷⁴ MARCELLINO JR., Julio Cesar. *Princípio constitucional...op.cit.*, p.227.

⁷⁵ Idem, *ibid.*, p.237.

⁷⁶ Idem, *ibid.*, p.251.

⁷⁷ Idem, *ibid.*, p.251.

“A pobreza do Estado social sobre o fundo da desregulamentação suscita e necessita da grandeza do Estado penal”. (Lôic Wacquant)

Já que o direito não passa imune ao ideário neoliberal, parte-se agora para uma análise mais aprofundada dos impactos que tal racionalidade causa nele⁷⁸, mais especificamente no campo processual penal, objeto deste trabalho. O princípio da *eficiência* pode ser resumido da seguinte maneira no processo penal: *celeridade processual*.

Sabe-se que o neoliberalismo enxerga o processo e até mesmo o direito como lento/burocrático; e as razões disso já se têm presente. Para a solução da questão da demora processual, muitos pensam as respostas a partir do paradigma efficientista e do câmbio epistemológico, confundindo (por acaso ou não, lembrando Lyra Filho⁷⁹) *eficiência* com *efetividade*, procurando-se através de reformas parciais o estabelecimento de uma celeridade ao processo penal. Nunca é demais lembrar que aquela responde para com os meios, enquanto esta reclama uma análise dos fins.

Com a sua proposta de divulgar a impossibilidade humana na correta previsão dos resultados a teoria neoliberal faz com que o centro das atenções passe a ser o meio, nada importando o fim. Cobra-se que todas as ações sejam eficientes. Nesse âmbito o direito (e o processo) passam a ser acusados de burocráticos. A visão deturpada que se faz da burocracia aqui é errônea, pois o que está na base do processo é proporcionar um mecanismo de garantias ao cidadão, o qual necessita de determinado tempo para que os atores nele envolvidos melhor desempenhem seus papéis. Os efeitos desse enfoque nefasto podem ser previstos, como faz Coutinho:

Assim, menos burocracia – para ganhar-se velocidade, naturalmente – pode significar a supressão dos recursos; a superação da exigência de certas provas como, por exemplo, o exame de corpo de delito nos crimes que deixam vestígios; decisões sem motivações; e assim por diante.⁸⁰

⁷⁸ Com Rosa: “O princípio da eficiência produz um câmbio epistemológico do Direito, tornando a forma de pensar a partir de meios, reproduzindo vítimas” (ROSA, Alexandre Morais da. *Princípio Constitucional da Eficiência...* (apresentação). p.15).

⁷⁹ Roberto Lyra Filho é quem faz uma tipologia acerca dos conservadores: “Estes se dividem em três grupos principais: os cegos, que servem à dominação por burrice e ignorância; os catedráticos, que a ela servem por safadeza; e os nefelibatas, que acabam fazendo a mesma coisa, por viverem nas nuvens”. (LYRA FILHO, Roberto. *Por que estudar direito, hoje?* Brasília: Nair, 1984. p.23.)

⁸⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel do pensamento economicista no direito criminal hoje*. In: RBCCrim (32). SP: IBCCrim/RT, 2002. p.82.

Essa estrutura de garantia é assegurada ao cidadão através da legalidade e já que o Estado, desde a concepção moderna, nasceu vinculado à ela a solução encontrada pelo neoliberalismo é mitigá-lo cada vez mais, torná-lo mínimo⁸¹.

O tempo, quando se trata de reforma processual, parece ser lido de maneira completamente distinta daquela que seria necessária, constitucionalmente falando. Aury Lopes ensina que

(...) existe um tempo do direito que está completamente desvinculado do tempo da sociedade. E é esse o grande entrave: a sociedade acostumada com a velocidade da virtualidade não quer esperar pelo processo. Nesse contexto, o processo deve ser rápido e *eficiente*. Assim querem o mercado (que não pode esperar, pois tempo é dinheiro) e a sociedade (que não quer esperar).⁸²

Com Coutinho, sabe-se que quando se aliam tempo e eficiência nas reformas processuais, não poderia sobrar outra coisa que não a supressão de direitos e garantias⁸³. A ideia de celeridade processual nasce exatamente desta visão que encara o direito como um empecilho (ou estorvo).

A sociedade não quer esperar por uma tutela jurisdicional de qualidade e muito em virtude da pressão exercida pelos meios de comunicação – internalizados da racionalidade efficientista, salvo exceções – exige rapidez nos julgamentos (muitas das vezes o que há mesmo é antecipação de condenação) em confronto com um necessário tempo e “recolhimento”⁸⁴ do qual necessitam os atores processuais. Sobre essa “pressão” exercida pelos meios de comunicação que encampam a ideologia da eficiência para dar efetividade antecipada a uma hipotética condenação, com Coutinho (valendo-se da psicanálise) tem-se que há dois grupos nesta situação: o dos conscientes, que aceitam que a “verdade toda” lhes seja introjetada quase que a fórceps e encampam a bandeira alheia como se sua fosse e o dos inconscientes, onde reside a maior dificuldade de argumentação, pois estes projetam a solução de seus problemas pessoais na desgraça alheia⁸⁵. O discurso exacerbado de punição de

⁸¹ “A premissa neoliberal de Estado mínimo também se reflete no campo processual, na medida em que a intervenção jurisdicional também deve ser mínima (na justiça negociada o Estado se afasta do conflito), tanto no fator tempo (duração do processo), como também na ausência de um comprometimento maior por parte do julgador, que passa a desempenhar um papel meramente burocrático”. (LOPES JR., Aury. *Justiça negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista*. p.4. Disponível em <http://www.aurylopes.com.br/art0008.html>, acessado em 25/08/2008).

⁸² Idem, *ibid.*, p.5.

⁸³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Efetividade do processo penal e golpe de cena...op.cit.*, p. 145.

⁸⁴ No sentido proposto por Francesco Carnelutti em “As Misérias do Processo Penal”, obra já citada.

⁸⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Efetividade do processo penal...op.cit.*, p.146.

alguns jornalistas só pode ser explicado por aqui: tem-se buscado condenar antes da sentença, pouco importando as injustiças praticadas. Procura-se com isso a satisfação de interesses pessoais, porque se não pode aceitar que a sociedade tenha como interesse a possível condenação de inocentes. Talvez o motivo para essas atitudes esteja em um desejo de castigo àquele que não enfrentou (por que muitas vezes não pôde) o mercado de trabalho para sobreviver, já que os que enfrentam sabem as agruras ali reservadas. Mais uma vez vêem-se as conseqüências malélicas do neoliberalismo, que ao estimular a competitividade exacerbada, transforma as pessoas em máquinas ou em seres embrutecidos, transmitindo um desejo de punição aos que não se entregam à “ordem”, sendo que quanto mais rápido (e barato!) estes forem punidos, melhor.

Não se pretende aqui negar os males que assolam o poder judiciário brasileiro, dentre eles principalmente o fato de um processo levar anos para terminar⁸⁶, tampouco se divulga uma falta de punição para aqueles que devem ser punidos, porém o que se não pode é querer resolver os problemas a partir de premissas erradas. Tentar resolvê-los através de uma aceleração absurda do processo penal, com enormes simplificações de procedimentos, redução de prazos e atos concentrados apenas contribui para o atropelamento de garantias do acusado, em nada contribuindo (senão, piorando) as reais causas da excessiva demora na prestação jurisdicional brasileira. É preciso enfrentar as verdadeiras causas deste problema, pois a experiência tem mostrado resultados extremamente negativos na produção de panaceias a partir de reformas processuais (sempre parciais). Aquelas não são muito debatidas, entretanto sabe-se. Segundo Aury, “existe uma clara relação entre o aumento do número de processos com a duração que eles acabarão tendo”⁸⁷, sabendo-se que esse aumento do número de processos é algo que está fora do processo penal, tendo assento na maximização do direito penal e no abandono do Estado tão desejado pelo neoliberalismo.

⁸⁶ É claro que a partir do momento em que o Estado proibiu a autotutela (tipificando como crime o exercício das próprias razões) e assumiu a obrigação de exercer a jurisdição deve fazê-lo de forma adequada, bem como, solucionar em tempo razoável os casos penais que são levados ao seu conhecimento. O que se pretende é contribuir na investigação das reais causas que geram tal demora, ou, ao menos, mostrar como tais causas não podem ser imputadas a um processo penal democrático.

⁸⁷ LOPES JR., Aury. *Direito ao processo penal no prazo razoável (ou quando os juristas acertam contas com Einstein)*. In: *Política Criminal Contemporânea – Criminologia, Direito Penal e Direito Processual Penal*. Alexandre Wunderlich (coord.) Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 258.

O quadro é desolador, já que no neoliberalismo pretende-se um estado mínimo, ao cabo de direitos sociais e fundamentais. Nele não poderia crescer outra coisa que não a violência e ao invés do Estado atuar efetivamente para reduzi-la, faz o que lhe é mais cômodo (e mais barato, afinal é mais 'eficiente'): tratamento penal.

Como o direito penal não é auto-aplicável, havendo uma relação de complementaridade funcional (Figueiredo Dias) com o processo penal, crescem o número de processos e atulham-se as varas penais. Com falta de condições materiais e pessoais para suportar o aumento do volume de processos criminais (lembre-se que o estado deve ser mínimo, não há interesse em manter um Poder Judiciário forte e aparelhado), o quadro apenas piora. Junto com Aury, entende-se que "incumbe sim ao Estado organizar-se de modo a fazer frente a demanda de tutela e jamais legitimar o 'anormal' funcionamento do Poder Judiciário"⁸⁸. Porém, na falta de se querer enfrentar este problema seriamente, procura-se alterar o processo penal para que ele seja mais rápido e 'eficiente', como se a demora na solução dos casos penais, a impunidade e o aumento da violência crescessem cotidianamente por culpa dele, já que há quem acredite que existem muitas garantias ao acusado que impedem as devidas respostas à sociedade no combate à criminalidade. Assim, em nome da celeridade processual eficientista sacrificam-se direitos fundamentais e garantias, passando longe de um desejado equilíbrio.

O processo que se prolonga infinitamente conduz a uma distorção de suas funções, porém, não se pode cair no outro extremo, que é a duração do processo extremamente abreviada a partir da demanda de celeridade⁸⁹, que nos moldes atuais vem sempre junto com a eliminação de direitos e garantias fundamentais. Esse tempo é necessário para assegurar os direitos do acusado e rechaçar reações imediatas. Aury ensina que "o processo nasceu para retardar e dilatar o próprio tempo da reação"⁹⁰.

Na busca desse equilíbrio algo que deve ser o máximo evitado são os procedimentos sumários ou sumariíssimos, porque eles impedem que o acusado exerça efetivamente todas as garantias de um processo penal democrático. Neles

⁸⁸ Idem, *ibid.*, p.245.

⁸⁹ "Interessa-nos o difícil equilíbrio entre os dois extremos: de um lado o processo demasiadamente expedito, em que se atropelam os direitos e garantias fundamentais, e, de outro, aquele que se arrasta, equiparando-se à negação da (tutela da) justiça e agravando todo o conjunto de penas processuais ínsitas ao processo penal". (idem, *ibid.*, p.236).

⁹⁰ Idem, *ibid.*, p.257.

não há um tempo razoável para que a defesa seja exercida com efetividade, conforme ensina Aury:

Não existe nada mais demonstrativo da arbitrariedade de um procedimento que os juízos sumários ou sumariíssimos em matéria penal, pois eles impedem que o imputado possa exercer todas as faculdades próprias de um processo penal adequado a Constituição democrática. Isso nos remete a um primeiro ponto de partida, que é analisar o problema a partir da perspectiva dos direitos do imputado. O processo penal reclama tempo suficiente para satisfação, com plenitude, de seus direitos e garantias processuais.⁹¹

Ora, não há dúvida que certa aceleração do tempo do processo é necessária (o tempo atual não é mais o tempo da década de 1940), mas essa aceleração não deve ser feita nos moldes efficientistas como tem sido feita, através da supressão de atos e padronização do procedimento sumário, atropelando as garantias processuais. A aceleração deve se concentrar na diminuição de tempo burocrático (otimização de atos cartorários e judiciais), bem como, deve-se repensar os fins e os limites do próprio direito penal, cada vez maior e mais inchado. Ou seja, deve-se enfrentar o problema a partir de suas verdadeiras causas.

O cidadão tem direito a ser julgado num prazo razoável, sob pena do próprio processo se tornar uma pena, porém não se pode acelerar tudo a ponto de atropelar suas garantias. Concorda-se com Aury Lopes Júnior que a dificuldade do tema reside exatamente na busca desse equilíbrio⁹², porém o estabelecimento desse limite pode ser facilitado a partir da função que se atribui ao processo penal. Caso se defenda que ele tem uma instrumentalidade garantista (voltada ao acusado, portanto) e que serve tão somente para a reconstrução de um fato pretérito (acertamento do caso penal), os fundamentos que sustentam uma célere (e garantista) tramitação do processo

(...) estão calcados no respeito a dignidade do acusado, no interesse probatório, no interesse coletivo no correto funcionamento das instituições, e na própria confiança na capacidade da justiça de resolver os assuntos que a ela são levados.⁹³

Há de se estabelecer um padrão mínimo de respeito às garantias, sabendo-se desde já que esse limite é impossível de ser estabelecido pelas leis mercadológicas,

⁹¹ Idem, *ibid.*, p.257.

⁹² “Vimos assim, os dois extremos da questão ‘tempo’ no processo penal: aceleração antigarantista e dilação indevida. Em ambos, temos a negação da jurisdição, pois não basta qualquer juiz e qualquer julgamento, a garantia da tutela jurisdicional exige qualidade e, neste tema, ela está no equilíbrio do *direito a ser julgado num prazo razoável*, enquanto recusa aos dois extremos”. (Idem, *ibid.*, p.258).

⁹³ Idem, *ibid.*, p. 239.

visto que são totalmente aéticas. O próprio Hayek disse ser impossível o estabelecimento de uma “ética”, conforme se viu.

Com Aury⁹⁴ pode-se avançar um pouco mais naquilo que representa a *eficiência* no processo penal. Já que é impossível uma certeza na previsão de seus resultados, ela faz com que a atenção se volte para os meios, para se chegar ao melhor resultado. Esse melhor resultado pode ser visto sob dois aspectos: o da exclusão social e o do tempo (ou custo do processo para o Estado). Sob este aspecto (duração do processo), a leitura neoliberal acerca do campo processual pretende que a intervenção jurisdicional seja cada vez menor, materializando-se tal ideia na sumarização/simplificação dos procedimentos. Cada vez mais se pretende que os processos sejam definidos de forma célere, pois a sociedade marcada pela noção de tempo/velocidade da era pós-moderna não está acostumada com a duração necessária que um processo deve levar, por razões de garantia do cidadão. Sob a visão da exclusão social, o que se pretende é atingir aquilo que se quer com o aparato penal, que se caracteriza no processo penal principalmente pela potencialização da inquisitorialidade, a qual tem por sua vez relação íntima com a produção antecipada de provas⁹⁵. Ambos os fenômenos são passíveis de verificação nas Leis. 11.690/08 e 11.719/08 que alteraram recentemente o Código de Processo Penal Brasileiro.

A tensão entre celeridade e processo penal garantista aparece na questão da sumarização do processo penal e conseqüente simplificação dos procedimentos⁹⁶. Cláudia Alberton⁹⁷ diz que há uma necessidade de ampla cognição no processo penal, razão pela qual é preciso discutir se a sumarização processual deve ser encarada como avanço ou retrocesso, alertando desde já que instrução e cognição não se harmonizam com velocidade. Segundo a autora no discurso de celeridade não está apenas a busca por uma maior “eficiência” do processo, mas também uma

⁹⁴ LOPES JR., Aury. *Justiça negociada: utilitarismo processual...op.cit.*

⁹⁵ “A aceleração dos procedimentos no processo penal pode ser verificada em vários níveis, desde a *produção antecipada de provas* até as medidas cautelares patrimoniais, que têm por escopo garantir o pagamento das custas do processo, bem como o ressarcimento dos prejuízos causados pelo delito”. (ALBERTON, Cláudia Marlise. *Tutelas de Urgência, Emergência e Evidência – A questão da sumarização frente ao processo penal garantista*. In: Leituras Constitucionais do Sistema Penal Contemporâneo. Salo de Carvalho (org.) Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p.180).

⁹⁶ Com Salo de Carvalho: “o que se nota com a superveniência legislativa é a gradual universalização e padronização do rito sumariíssimo como forma de responder as demandas de celeridade” (CARVALHO, Salo de. *Cinco teses para entender a desjudicialização material do processo penal brasileiro*. In: Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais. Alexandre Wunderlich e Salo de Carvalho (orgs.) Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p.102.).

⁹⁷ ALBERTON, Claudia. *Tutelas de Urgência, Emergência e Evidência...op.cit.*, p.177.

verdadeira pacificação dos “nervos” sociais, ou seja, a resposta judiciária ao tratar sobre o tempo no procedimento em matéria penal não é endereçada somente à vítima, mas também à sociedade⁹⁸. Nesse ponto, há que se ter presente que uma eventual demora da prestação jurisdicional na resposta ao aumento da criminalidade contribui para o desprestígio do chamado “sistema de justiça”.

O que a celeridade busca atacar é exatamente a cognição, que é a atividade mais importante do processo, pois “é por ela que o processo se guia e se desenvolve, e por ela vai se formar o juízo decisório”⁹⁹. Esse ataque à cognição faz o inquérito policial (ou a instrução preliminar) ganhar uma importância exacerbada, o que no caso brasileiro é de extremo perigo devido à sua estrutura administrativizada que é totalmente tendente à lesão de direitos. Salo de Carvalho ensina que o principal ataque à estrutura garantista do processo penal está na minimização dos procedimentos em busca da celeridade, o que faz com que as reformas transformem cada vez mais o processo em estrutura administrativizada¹⁰⁰. Não se pode negar que nesse momento não-processual¹⁰¹ como o do inquérito policial os limites ao poder de punir não são tão considerados como quando estão sob o crivo do Poder Judiciário.

De aspectos negativos do inquérito policial já basta o fato de seus elementos poderem ser tomados como parte na convicção do juiz, pois além de ser ele qualificado pela sumariedade e pela falta de exercício do contraditório e da ampla defesa, há o agravante de interferir imparcialmente na convicção deste, pois “como qualquer ser humano, os juízes tem consciência! E têm inconsciência”¹⁰².

Essa é a razão pela qual Salo defende que

⁹⁸ Idem, *ibid.*, p.179.

⁹⁹ Idem, *ibid.*, p.186.

¹⁰⁰ “Sob a argumentação de maior dinamização da política criminal, maximização da eficácia do poder judiciário, celeridade na aplicação da sanção e relegitimação da vítima, tem-se como efeito a criação de um sistema administrativizado e/ou privatizado na resolução dos casos penais, carente das históricas garantias fundamentais, além de absolutamente hipertrofiado” (CARVALHO, Salo de e CARVALHO, Amilton Bueno de. *As reformas parciais no processo penal brasileiro*. In: Reformas Penais em Debate. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 122.).

¹⁰¹ Embora ainda haja alguma discussão sobre o tema, parece notório que o inquérito policial não pode ser considerado como processo em sentido próprio, pois carece de características essenciais inerentes à atividade processual, dentre elas principalmente da existência de um contraditório amplo e efetivo. A lição de Elio Fazzalari é imprescindível: “[...] c’è processo, quando nell’iter di formazione di un atto c’è contraddittorio, cioè è consentito ai destinatari degli effetti dell’atto di partecipare alla fase di ricognizione dei suoi presupposti, sul piedi di reciproca e simmetrica parità [...]” (FAZZALARI, Elio. *L’esperienza del processo nella cultura contemporanea*. In: Rivista di diritto processuale. Padova: Cedam, 1965, vol.XX. p.27).

¹⁰² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Jurisdição, psicanálise...op.cit.*, p. 71.

(...) as alternativas reformistas de tornar o controle penal cada vez mais informal, o que em realidade implica em gradual aumento de sua estrutura administrativa, negam o avanço representado pelo direito e processo penal da modernidade.¹⁰³

De fato, elas rompem com os princípios garantidores do direito penal e processual penal. O lugar de realização do Direito Penal deve ser o do Poder Judiciário, pois nele está o único momento onde há certo controle formal e as garantias processuais são razoavelmente respeitadas. Somente a jurisdição pode atuar efetivamente como limitadora da auto-execução da pena, garantindo os direitos do acusado, sempre o pólo mais fraco da relação processual¹⁰⁴.

Alberton entende que a própria aceleração das relações sociais traz consigo a necessidade de respostas mais céleres por parte do Estado, porém deve-se tomar muito cuidado ao transplantar esse raciocínio para a esfera processual penal, pois a velocidade imprimida aqui, inclusive no que antecede ao processo, traz consigo riscos que fogem ao controle do próprio Estado¹⁰⁵. Por essa razão é que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), preocupada com o embate entre garantias e velocidade, dispõe no seu artigo 8º, item 2, c, sobre a “concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa”.

Segundo as lições de Alberton,

A ligação existente entre tempo, direito e processo penal nos exige também um estudo mais aprofundado de como se dá a cognição processual, buscando, em suas origens, o motivo pelo qual defendemos a manutenção da técnica de cognição plena em contraposição à sumária como necessária na esfera processual penal.¹⁰⁶

O termo cognição pode ser usado tanto para designar a atividade do juiz quanto o próprio processo¹⁰⁷. Porém, é possível resumí-la como sendo um ato de inteligência que consiste na consideração, análise e valoração de alegações e provas produzidas pelas partes, ou seja, uma espécie de “lógica”¹⁰⁸ que se materializa na motivação inerente a toda decisão. Quando o juiz toma uma decisão, é certo que ele afirma uma convicção inicial do que “sentiu” durante a instrução processual,

¹⁰³ CARVALHO, Salo de. *As reformas parciais...op.cit.*, p.121.

¹⁰⁴ Idem, *ibid.*, p.120.

¹⁰⁵ ALBERTON, Claudia. *Tutelas de Urgência, Emergência e Evidência...op.cit.*, p.199.

¹⁰⁶ Idem, *ibid.*, p. 206.

¹⁰⁷ Ressalva necessária deve ser feita no sentido de que se não é a favor do “juiz-instrutório-dono do processo”, o que pode ser eventualmente concluído a partir da citação anterior.

¹⁰⁸ Usa-se o termo entre aspas para pontuar que tal lógica tem “furos”, bastando um conhecimento insipiente de filosofia da linguagem e psicanálise para tal conclusão.

motivadamente. Esta motivação não serve apenas como garantia das partes, mas segundo Alberton serve também como critério de dissonância cognitiva que auxilia o magistrado a crer que a sua decisão foi a mais justa naquela situação, ou seja, que foi a ‘melhor’ decisão que aquela cognição pôde produzir¹⁰⁹. Isto nos possibilita arriscar dizer que tão melhores serão as decisões (e as motivações) quanto mais completas forem as cognições – com a ressalva de que se não está a defender as cognições feitas *pelo* juiz ou *para* ele, típicas de sistemas inquisitoriais –. Aqui está o ‘calcanhar de Aquiles’ da sumarização, pois ela afeta diretamente a qualidade e completude da cognição. Além disso, “a aceleração da *cognitio* representa, inexoravelmente, déficit de garantias”¹¹⁰.

A obrigatoriedade da motivação é conquista da modernidade que possibilita o direito de defesa, mas para que ele se efetive não basta apenas que o acusado tenha a possibilidade de se valer dos instrumentos postos à sua disposição pelo sistema processual para o exercício das suas razões, sendo preciso também que realmente o juiz tenha tempo para considerar adequadamente as alegações feitas no exercício de tal direito; além disto importa ao acusado que o juiz não possa sair atrás das provas, como na estrutura inquisitória que permeia o processo penal brasileiro.

É preciso que se tenha presente que ao devido processo legal corresponde o seu devido tempo, com toda a forma de defesa possível e razoável, razão pela qual se é contrário à simples criação de novas fórmulas que visam apenas acelerar o procedimento. Salo de Carvalho ensina que caso se tenha uma visão democrática acerca da função do processo é imperioso concluir que ele depende sim de tempo, especialmente para o amadurecimento probatório¹¹¹, no que endossa a lição de Carnelutti:

Quando ouvimos dizer que a justiça deve ser rápida, eis aqui uma fórmula que se deve tomar com o benefício de inventário: o clichê dos chamados homens do Estado: que prometem em toda discussão do balanço da justiça que esta terá um desenvolvimento rápido e seguro, coloca um problema análogo ao da quadratura do círculo. Infelizmente, a justiça, se for segura, não será rápida, e, se for rápida, não será segura. É preciso ter a coragem de dizer, pelo contrário, também do processo: quem vai devagar, vai bem e vai longe. Esta verdade transcende, inclusive, a própria palavra ‘processo’, a qual alude a um desenvolvimento gradual no tempo: proceder quer dizer, aproximadamente, dar um passo depois do outro.¹¹²

¹⁰⁹ ALBERTON, Claudia. *Tutelas de Urgência, Emergência e Evidência...op.cit.*, p.206.

¹¹⁰ CARVALHO, Salo de. *Cinco teses para entender...op.cit.*, p.103.

¹¹¹ CARVALHO, Salo de. *As reformas parciais no processo penal...op.cit.*, p. 111.

¹¹² CARNELUTTI, Francesco. *Como se faz um processo*. 2ªedição. Belo Horizonte: Líder Cultura Jurídica, 2001. p.18.

A cada vez maior velocidade que se cobra do processo, muito em virtude da hiperinflação do direito penal e do discurso de combate à criminalidade, não se ajusta com a teoria garantista que vê o processo penal como um mecanismo voltado ao réu, para o acerto de um caso penal. Ou seja, esta visão não combina com o Estado Democrático de Direito e as conquistas da modernidade, que desde então implicam na funcionalização de todos os poderes estatais em prol do cidadão, a serviço de seus direitos e garantias¹¹³. Portanto, como posição contrária ao processo de sumarização, trata-se de defender a cognição plena sem iniciativa probatória do juiz enquanto técnica a ser utilizada para a solução do caso penal, vedada a abreviação dos procedimentos, a não ser que seja favorável ao réu/indiciado¹¹⁴. Aury Lopes também compartilha dessa visão, ao ensinar que

No processo penal, o princípio da celeridade processual deve ser reinterpretado à luz da epistemologia constitucional de proteção do réu, constituindo, portanto, um *direito subjetivo processual do imputado*.¹¹⁵

Isto implica dizer que

(...) somente em segundo plano, numa dimensão secundária, a celeridade pode ser invocada para otimizar os fins sociais do processo penal, sem que isso, jamais, implique sacrifício do direito de ampla defesa e pleno contraditório para o réu.¹¹⁶

Esse discurso de combate à criminalidade caminha junto com uma inversão que vem ocorrendo naquilo que se entende por “segurança pública” e por um eventual choque entre os direitos do indivíduo e os da coletividade, se pensados em face do Estado Democrático de Direito. Segundo Salo de Carvalho, a invasão do significado “segurança pública” no processo penal é de todo ruim porque *incrementa o sistema inquisitorial*, a partir da ideia que vê o processo como uma ferramenta das políticas de segurança¹¹⁷. Sabe-se que a melhor interpretação acerca do processo penal é a que vê ele como um instrumento de garantias voltado ao cidadão onde se tem por objetivo a reconstrução de um fato pretérito e acerto de um caso penal.

O mesmo autor ensina que a Constituição da República é quem permite essa revificação da terminologia “segurança pública” através do tratamento dúplice que oferece, pois no art. 5º trata do “direito individual à segurança” e nos arts. 6º e 144

¹¹³ ALBERTON, Claudia. *Tutelas de Urgência, Emergência e Evidência...op.cit.*, p.208.

¹¹⁴ Idem, *ibid.*, p.197.

¹¹⁵ LOPES JR., Aury. *Direito ao processo penal...op.cit.*, p.240.

¹¹⁶ Idem, *ibid.*, p.241.

¹¹⁷ CARVALHO, Salo de. *Cinco teses para entender...op.cit.*, p.96.

trata do “direito social à segurança”, reforçando uma falsa dicotomia entre os direitos do indivíduo e os da coletividade, porque é impossível pensar em tutela dos direitos coletivos sem se garantir os direitos individuais. Não se pode defender hierarquia ou confronto entre direitos individuais, coletivos ou transindividuais, pois tal divisão pensada pela ideia geracional (direitos de 1ª, 2ª, 3ª e 4ª geração) é meramente fictícia, típica da racionalidade cartesiana, que só faz criar uma concepção beligerante entre os direitos e seus titulares. Essa interpretação abre um canal para a maximização do sistema repressivo, onde a tutela da segurança pública é usada como pretexto para tudo e onde os direitos individuais são sempre preteridos em relação à proteção da segurança, pois se acredita que somente desta forma seria possível dar uma resposta de repressão à criminalidade. Em modelos democráticos não há falar em contraposição entre os direitos do réu e da sociedade civil, razão pela qual “os discursos de despedaçamento devem ser desqualificados, não podendo ser balizadores de políticas públicas de segurança sob pena de desestabilizar e/ou romper com as normas que determinam as regras do jogo processual penal”¹¹⁸.

Sobre a ideologia que embasa os atuais movimentos de reforma processual, Salo de Carvalho ensina que o discurso inerente a eles tem, em verdade, os mesmos fundamentos dos da década de 1940, apenas sob outros *standards*. Segundo ele a reforma processual do século passado (Lei 3.689/41 – atual CPP), foi marcada pelo signo da eficiência da repressão penal, pois optou pela minimização dos direitos e garantias fundamentais em prol de uma maior repressão do Estado no combate à criminalidade.

A maior marca desse aparato processual penal “eficiente” é a matriz processual que se escolheu (inquisitiva), porém há outras: manutenção do inquérito policial; estrutura das provas e seu sistema judicial de gestão (ponto intimamente ligado à matriz processual inquisitiva); hipóteses muito abertas para justificar a prisão preventiva, etc.

A redução de formalismo teve como objetivo aumentar a repressão penal. A base ideológica de tal reforma processual foi a da Defesa Social, no sentido de controle social de reação e luta contra a criminalidade. No entanto, tal ideologia não ficou esquecida lá atrás e ainda sobrevive com força nos tempos atuais, com a ressalva de que na atualidade o pensamento que invoca a necessidade de aparelhos

¹¹⁸ Idem, *ibid.*, p.93.

estatais mais eficazes para o combate à impunidade/criminalidade (e que sempre minimiza as garantias do cidadão) é definido por outros signos¹¹⁹. Assim,

O discurso da *celeridade* (dromologia processual), da *informalização* (*minimização dos procedimentos*) e da criação de modelos de justiça penal consensual (privatização do processo penal), são tendências político-criminais que fundam as reformas legislativas, sendo, através de burlas de etiqueta, apresentadas como efeitos do modelo garantista acusatório, mascarando, conseqüentemente, sua potência inquisitorial.¹²⁰

Concorda-se com o autor na surpresa em ver como essa *panaceia* é vendida como se fosse conseqüência natural de uma estrutura garantista, aproximando-se do sistema acusatório. Enfim, em tempos onde é tão comum dizer uma coisa querendo outra (ou grudar falsamente os significantes), cabe evidenciar que há uma “histórica disfunção entre os discursos oficiais e a efetividade prática do sistema”¹²¹, sabendo-se desde já que se vive na época do pensamento único traçado pela economia (teoria neoliberal), sendo praticamente uma heresia ir contra a lógica da celeridade repressiva e diminuição dos formalismos.

Segundo Salo, os reformadores atuais do código de processo penal revigoram o enfoque da reforma da década de 40, ou seja, minimização das garantias processuais em nome de uma maior eficácia repressiva, olvidando-se que a eficácia das garantias depende exatamente da observação de certos procedimentos. A síntese pode ser resumida na “necessidade” de

(...) dotar o Brasil de instrumentos modernos e adequados; na ótica de um processo que deve assegurar, com *eficiência* e presteza, a aplicação da lei penal, realçando ao mesmo tempo as garantias próprias do modelo acusatório.¹²²

No entanto, esta base epistemológica efficientista não tem harmonia alguma com a teoria garantista e a estrutura do sistema acusatório, pois “viabilizados pela retórica da *ação eficiente* e pela luta contra a impunidade não são pautas político-criminais possíveis de compatibilidade. Padecem, no mínimo, de ingenuidade, os discursos que intentam congregam projetos políticos tão opostos”¹²³.

¹¹⁹ “[...] os argumentos para incrementação do inquisitorialismo são absolutamente similares apesar de potencializados por categorias diversas e por uma realidade totalmente outra”. (CARVALHO, Salo de. *As reformas parciais...op.cit.*, p.90).

¹²⁰ Idem, *ibid.*, p.92.

¹²¹ Idem, *ibid.*, p.93.

¹²² GRINOVER, Ada Pellegrini. *A reforma do código de processo penal*. In: RBCCrim (31). SP: IBCCrim/RT, 2000, p.66.

¹²³ CARVALHO, Salo de. *As reformas parciais...op.cit.*, p.106.

A criação de novas expectativas acerca do processo penal (maior eficácia no combate à criminalidade) é contemporânea àquilo que se espera do direito penal. Segundo Salo, a questão criminal contemporânea não é mais aquela clássica que estava ligada à lesão de bens jurídicos individuais ou estritamente pessoais¹²⁴. Hoje ela afeta bens jurídicos supra-individuais, muito amplos e universais, tais como: saúde pública, crimes contra a ordem financeira e econômica, etc. Na falta de vontade ou comprometimento em enfrentar as reais causas destes problemas, ampliaram-se drasticamente o direito penal e o processo penal durante o século XX (e continua-se ampliando), sendo este o fator responsável pelo comprometimento de suas capacidades, pois eles não podem (e nem devem) dar conta de tudo.

É necessário apontar, ainda que superficialmente – para não correr o risco de se tomar como conhecimento pressuposto –, as razões que levam o neoliberalismo a criar novas expectativas acerca do direito penal e da questão criminal, ou o porquê da grandeza do Estado Penal em substituição ao modelo de Estado Social.

O neoliberalismo provocou um movimento de reengenharia institucional, que pode ser resumido da seguinte forma: maximização do Estado Penal e minimização do Estado Social¹²⁵. Tal reestruturação é necessária porque à falência do Estado Social correspondem efeitos indesejados, especialmente sobre a classe despossuída que é impedida de atuar “eficientemente” no livre jogo do “Deus-mercado”. Nessa nova engenharia, o Estado além de se retirar da intervenção na ordem econômica e social (o que por si só agrava o profundo déficit de promessas da modernidade não cumpridas), ainda substitui o modelo de combate à pobreza característicos do Estado Social por um modelo de combate aos pobres e excluídos dos benefícios da economia globalizada.

Neste modelo eleito¹²⁶, o Estado faz com que o Poder Judiciário seja colonizado pelo sistema de justiça penal, atribuindo-lhe uma enorme sobrecarga de responsabilidade, já que aquele

¹²⁴ Com Salo: “A mutação na forma da criminalidade obrigaria cientistas e políticos a repensarem as técnicas de tutela e garantia (processo). A “nova questão criminal” induz a diminuição substancial das garantias”. (idem, *ibid.*, p.102).

¹²⁵ Com Vera Andrade: “Ao Estado neoliberal mínimo no campo social e da cidadania, passa a corresponder um Estado máximo, onipresente e espetacular, no campo penal” (ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A colonização da justiça pela justiça penal: potencialidades e limites do judiciário na era da globalização neoliberal*. In: Revista de Estudos Criminais. Rio Grande do Sul: ITEC, Ano IX, n.33, p.45).

¹²⁶ O modelo pode ser resumido na seguinte lição: “Os défices de dívida social e cidadania são ampla e verticalmente compensados com excessos de criminalização; os défices de terra, moradias, educação, estradas, ruas, empregos, escolas, creches e hospitais, com a multiplicação de prisões; a

(...) impossibilitado de oferecer soluções instrumentais e democráticas para a conflitividade crescente gerada pelas condições excludentes do poder econômico globalizado e agravadas por sua própria ausência, produz um espetáculo continuado de soluções simbólicas, sendo um dos meios preferidos do Estado-espetáculo a produção de leis que prometem mais direitos e soluções, notadamente penais, para solucionar a gigante criminalidade que ele próprio cria.¹²⁷

E quem é chamado para sustentar esse fenômeno de hiperinflação legislativa e função simbólica do Direito Penal – sem possibilidade de operacionalização, mas somente para gerar a ilusão de solução dos problemas – é justamente o Poder Judiciário. Segundo Vera Andrade, a sobrecarga dele tem origem formal no Poder Legislativo (hiperinflação legislativa e criminalizadora) e ela é responsável por potencializar os sintomas e as críticas de “ineficiência” e morosidade da resposta judicial, acabando por gerar um extraordinário reformismo jurídico, sempre em nome da “eficiência” perdida¹²⁸. É por isto que “vivemos um tempo de reformas em todos os campos do Direito, sob o signo da sintomatologia da crise do Judiciário”¹²⁹, bastando se pensar “em juizados especiais cíveis e criminais em nível federal e estadual, nas sucessivas reformas processuais e penitenciárias, etc.”¹³⁰.

Para construir uma resistência aos ataques que sofre o Poder Judiciário em tempos neoliberais é necessário voltar alguns séculos e perceber que desde a modernidade já se refletia nele a sua crise estrutural (já que a travessia da modernidade sempre se confundiu com o desenvolvimento do capitalismo), caracterizada pelo embate entre regulação social e emancipação humana¹³¹.

Com Vera Andrade¹³² pode-se inferir que a tentativa da modernidade é a de aliar um desenvolvimento equilibrado entre regulação social e emancipação humana. As exigências daquela apontam para o potencial do projeto no sentido de

instrumentalidade da Constituição, das Leis e direitos sociais, pelo simbolismo da Lei penal, a potencialização da cidadania pela vulnerabilidade à criminalização” (Idem, *ibid.*, p.46).

¹²⁷ Idem, *ibid.*, p.46.

¹²⁸ Idem, *ibid.*, p.47.

¹²⁹ Idem, *ibid.*, p.47.

¹³⁰ Idem, *ibid.*, p.47.

¹³¹ O rosto que se deu ao Poder Judiciário para mediar essa disputa “regulação-emancipação” é o de um poder independente e autônomo, e, acima de tudo, neutro. Para sustentar esta falácia é que se torna necessária a reprodução de uma cultura jurídica positivista, tornando o Judiciário braço-nobre da regulação social (penal). Esta matriz (que ainda é preponderante) na formação dos juristas produz um “senso comum jurídico e punitivo que não apenas se mantém, mas se encontra fortalecido em tempos de globalização neoliberal” (Idem, *ibid.*, p.43). Além disto, ao apostar na neutralidade, nega-se a seletividade do sistema de justiça penal; este que tão bem expressa e reproduz a desigualdade de classe.

¹³² Idem, *ibid.*, p.42. A autora se vale da análise interpretativa da modernidade de Boaventura da Souza Santos.

concentração e exclusão; as exigências desta apontam para as promessas emancipatórias e as racionalidades construídas (dentre elas o sistema de direito positivo, fruto da razão e, portanto, do *construtivismo*), estas ficando responsáveis pelo atingimento de certos ideais de justiça, autonomia, solidariedade, liberdade e igualdade.

O neoliberalismo, entretanto, ataca ainda mais o já frágil instrumento que é o Direito na busca destas conquistas emancipatórias, pois ao eleger a *ação eficiente* no lugar da racionalidade construtivista fortalece ainda mais a primeira parte da contradição “regulação social *versus* emancipação humana”, com a ressalva de que nele a regulação não é invocada para o lugar da economia e sim para o momento posterior (patológico) que vai receber os efeitos desta opção – porque embora a eficiência reclame somente uma análise dos *meios*, ela produz sim uma infinidade de *fins* (efeitos), de todo maléficis –, ou seja, a regulação aqui é vista apenas como “regulação penal”, instrumento de controle social. O neoliberalismo se caracteriza por desejar o Estado fora da parte “de cima” – para que os agentes da economia possam acumular tanta riqueza quanto lhes seja desejada –, e por reclamar um Estado enorme na parte “de baixo”, para que haja um controle sobre os excluídos¹³³. Eis aí a nudez do modelo.

Diz-se que o Direito é frágil – da forma como a modernidade o trouxe até nós – porque a própria modernidade já o era, pois sempre esteve vinculada ao desenvolvimento do capitalismo, embora preceda ao aparecimento dele. De fato, sempre o pretendido equilíbrio que a marca nunca foi muito alcançado, tendo invariavelmente o pólo regulatório prevalecido sobre o emancipatório¹³⁴. O que sempre nos restou é a esperança de que um dia as promessas emancipatórias da modernidade sejam alcançadas (valendo-se do Direito como um instrumento útil em tal busca). Entretanto, o neoliberalismo quer nos arrancar exatamente esse sonho e o faz muito com o ataque ao Direito¹³⁵.

¹³³ É por esta razão que Lóic Wacquant chama o estado-penal neoliberal de “liberal-paternalista”, “já que é *liberal* e permissivo no topo, em relação às corporações e às classes superiores, e *paternalista* e autoritário na base, em relação àqueles que se acham imprensados entre a reestruturação do emprego e o recuo da proteção social ou a sua conversão em instrumento de vigilância e de disciplina” (WACQUANT, Lóic. *Punir os pobres...*op.cit., p.35).

¹³⁴ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A colonização da justiça...*op.cit., p.42.

¹³⁵ O ataque não está presente apenas no Direito Penal e Processual Penal, sendo também passível de verificação em outros ramos. Veja-se, por exemplo, o enorme reclamo por flexibilização das leis trabalhistas.

O “princípio da eficiência”, portanto, potencializa esse desequilíbrio histórico, já que ao invés de diminuir o excesso de regulação (no campo penal), reforça-o ao eleger o tratamento penal como o *meio* mais eficiente dentre todos, aumentando o déficit de realização das promessas emancipatórias. Os sintomas deste incremento do pólo regulatório são herdados pelo Poder Judiciário. Porém, não lhe é perguntado se tem a capacidade de resolvê-los; apenas é enxovalhado e taxado de “ineficiente” cotidianamente em virtude do aumento da criminalidade. E aqueles que aceitam que este discurso lhes seja introjetado, produzem reformas processuais sob o signo da *eficiência* – buscando *meios* de punir mais rápido e “melhor” –, com o fito (ilusório) de atingir algo positivo.

Tais reformas são marcadas basicamente pela diminuição substancial das garantias, pois à expansão do direito penal correspondem efeitos necessários no processo penal, já que aquele não é auto-aplicável. Para que se tenha êxito (se é que há algum) naquilo que se pretende erroneamente com o direito penal, o processo penal sofre efeitos¹³⁶. Estes consistem basicamente na tendência de diminuir substancialmente as garantias processuais através da manutenção (e potencialização, como é o caso da Lei 11.690/2008) de sistemas inquisitoriais¹³⁷, ponto intimamente ligado ao critério de gestão da prova; leitura deturpada da presunção de inocência e do contraditório (que se percebe no aspecto do ônus da prova); idoneidade da prova (questão das provas ilícitas, que também recebeu um tratamento antidemocrático pela Lei 11.690/2008, porque limitou a Constituição da República); tendência de reintrodução da vítima como sujeito do processo buscando maior celeridade na reparação do dano, bem como sumarização do procedimento para a solução de grande número de casos penais. Alguns destes apontamentos serão aprofundados neste trabalho no próximo capítulo.

Frise-se que tais reformas, que atacam as estruturas de garantias do cidadão, são sempre *parciais*, porque se não procura mudar a matriz processual ou o princípio unificador que dá a feição do sistema (no Brasil, tal princípio é há muito o inquisitivo). Argumento muito usado pelos reformistas para defender as reformas parciais é a

¹³⁶ A lição de Salo é clara: “Se no direito penal a elaboração de novos tipos penais, o aumento de penas e o recrudescimento da execução são os pontos-chave das reformas, o processo penal contemporâneo padecerá de um déficit de garantismo representado por dois vieses: *informalização dos procedimentos* e *privatização dos conflitos*” (CARVALHO, Salo De. *Cinco teses para entender...op.cit.*, p.99).

¹³⁷ “Correlato à maximização do inquisitorialismo, percebe-se a clara tendência de sumarização dos procedimentos, a partir das demandas de auferir celeridade à cognição, aproximando, cada vez mais, o processo penal dos sistemas administrativizados”. (Idem, *ibid.*, p.100).

dificuldade de se fazer reformas totais, de ordem organizacional, mas principalmente política. Ora, com Mantovani¹³⁸ defende-se que “[...] a existência ou não do clima político’ necessário para a recodificação não é problema da Ciência Penal (ou Processual Penal): que o científico faça o que deve e, depois, que suceda o que tenha que suceder”, pois a existência de eventuais jogos políticos não deve ser temida pelos juristas¹³⁹.

¹³⁸ MANTOVANI, Ferrando. *Valori e principi della Codificazione Penale: le esperienze italiana, francese e spagnola a confronto*. In: *Archivio Giuridico* (Volume CCXIV, Fascicolo 3-4), 1994. p.273.

¹³⁹ Com Coutinho: “Neste diapasão, é necessário discutir imensamente antes de tentar mudar – de verdade! – a estrutura; e não há que temer as eventuais deficiências do Parlamento e os jogos políticos, muito menos fazendo de conta que eles não existem ou não tem importância porque não dizem respeito à questão. Por esta dimensão, é inescurecível discurso político aquele que avança contra uma reforma global com a ideia da dificuldade prática de se conseguir, no Parlamento, uma mudança do gênero. Mas nenhum mal há nisso, em se fazer um discurso político: muito pelo contrário. No atual estágio do direito, espaço não há para propostas neutrais e alheias às ideologias. Com isso, todavia, desloca-se o eixo do argumento, passando a ser, antes de tudo, uma opção política o modelo da reforma. E aí é preciso ter confiança na força qualitativa e técnica dos juristas, capazes (por que não?) de armar, desde premissas sólidas, uma estrutura que se não consiga mexer, quanto à substância, por interesses antidemocráticos” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Efetividade do processo penal...op.cit.*, p.141-2.).

CAPÍTULO 2

Celeridade processual efficientista nas Leis 11.690/2008 e 11.719/2008

“Eficiente para quê(m)”?

(Aury Lopes Jr.)¹⁴⁰

Como anteriormente ressaltado, crê-se que muitas alterações trazidas pela reforma do processo penal de 2008 – por meio das Leis 11.690 e 11.719 – estão marcadas pela (des)necessidade de imprimir *celeridade* ao processo penal, desde uma racionalidade *efficientista* e que, ao que parece, pode ter limitado direitos fundamentais e garantias individuais dos acusados.

Segundo Coutinho, o que se tem tentado fazer com as reformas parciais, em primeiro lugar, são “mudanças para tudo permanecer como sempre esteve”¹⁴¹. Em segundo lugar, e o que é pior, é que as reformas vêm sendo conduzidas

(...) sob a égide do discurso fácil da *celeridade* que adquire, no processo penal, feição por demais perigosa aos direitos fundamentais, restando em *ultima ratio*, por ser apenas uma *palavra sutil* no lugar de *punitivismo* e *repressão*.¹⁴²

Inúmeras comissões já tentaram mudar o nosso Código de Processo Penal, dentre elas: a do projeto Helio Tornaghi na década de 1960; a do anteprojeto de José Frederico Marques na década de 1970 e a comissão presidida por Francisco de Assis Toledo na década seguinte. Após o advento da Constituição da República, tiveram destaque duas comissões, a primeira presidida por Sálvio de Figueiredo Teixeira e depois a presidida por Ada Pellegrini Grinover. Ambas optaram por propor reformas parciais, justificando-as em razão da morosidade legislativa e da dificuldade de tramitação de um projeto global perante o Congresso Nacional¹⁴³. A última comissão referida encaminhou vários projetos ao Ministério da Justiça, dentre os quais o de número n.2.405/01 e n.2.407/01, que se transformaram nas Leis n.11.690/08 e n.11.719/08, objetos de estudo deste trabalho.

¹⁴⁰ Conforme palestra proferida na 1ª Semana Temática OAB/PR em 13 de setembro de 2008, sob o título “As atuais reformas do Código de Processo Penal”.

¹⁴¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo*. In: Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), ano 16, n.º 188, julho/08. p. 11.

¹⁴² Idem, *ibid.*, p.11.

¹⁴³ BARROS, Flaviane de Magalhães. *(Re)forma do processo penal: comentários críticos dos artigos modificados pelas leis n. 11.690/08 e n. 11.719/08*. Del Rey: Belo Horizonte, 2009. p.02.

A reforma parcial (protagonizada por estas leis), além de transformar o CPP em uma colcha de retalhos, não conseguiu retirar o seu forte conteúdo autoritário e sua base inquisitorial. Por isso, a primeira crítica que se faz é a que está justamente na base do problema, ou seja, a opção por uma reforma que modifica o Código pontualmente e que, essencialmente, *não muda nada*. O Código de Processo Penal brasileiro é inspirado em uma legislação italiana de índole fascista, o *Codice de procedura penale*, de 1930, também conhecido como *Codice Rocco*. Com o advento da *Constituzione della Repubblica Italiana*, em 1948, os italianos sofreram com o mesmo mal que assola o Brasil hoje, ou seja, a tentativa de adaptar aquele código aos preceitos constitucionais através de reformas parciais. Por lá a reforma total do Código e sua substituição por um novo demorou muito, tendo sido somente em 1988 aprovado o novo Código de Processo Penal Italiano, agora com base acusatória¹⁴⁴.

Flaviane Barros, endossando a lição de Cordero, ensina que a importante característica do sistema inquisitorial não é apenas a acumulação das funções de julgar e acusar, mas também, e principalmente, a gestão da prova feita pelo juiz¹⁴⁵. Dessa característica nosso processo penal não está livre, tanto na redação original quanto nas modificações feitas pela reforma. É por isso que se deve enfrentar o problema a partir da base. Ora, é sabido que um sistema processual se define pela *gestão da prova* e a quem ela cabe. Caso não se enfrente isso, não adianta ficar tentando adaptar o CPP de 1941 à Constituição da República de 1988, pois isso é praticamente impossível. Assim, “o remendo feito pela reforma parcial não resolve, eis que o nosso Código de Processo Penal, na sua estrutura, tinha e continua tendo matizes inquisitoriais”¹⁴⁶. Para se mudar a forma inquisitorial é preciso *manter o foco no que há de ser reformado* e reconhecer que o problema está no próprio sistema, o que se não atinge com reformas parciais¹⁴⁷. Frise-se que tal inquisitorialidade, além de não ter sido excluída do sistema processual, foi potencializada, tendo-se ainda desejado que ela se opere de forma mais *célere*.

A celeridade tratada da forma como vem sendo pensada e o conseqüente anseio por reformas que visam acelerar os procedimentos, tem dois objetivos principais no processo penal: promover maior *exclusão social*; e buscar que esta seja feita da maneira mais rápida, ou seja, que o *tempo* do processo seja cada vez menor,

¹⁴⁴ Idem, *ibid.*, p.03.

¹⁴⁵ Idem, *ibid.*, p.04.

¹⁴⁶ Idem, *ibid.*, p. 05.

¹⁴⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *As reformas parciais do CPP...op.cit.*, p.11.

pois assim o custo da prestação jurisdicional pelo Estado também é reduzido e a “sociedade” fica satisfeita mais rapidamente. Segundo Coutinho,

Falar apenas em *celeridade* como parâmetro de justificação política neste caso é mais uma reafirmação do princípio da *eficiência* que pauta os sistemas penais em tempos de neoliberalismo.¹⁴⁸

É a partir deste lugar que se pretende analisar e criticar as recentes alterações produzidas no Código de Processo Penal brasileiro¹⁴⁹.

2.1 - Potencialização da inquisitorialidade

“Perde-se um juiz e se ganha um inquisidor. Um bom negócio, sem dúvida...resta saber para quê e para quem...” (Aury Lopes Jr.)

Com o objetivo de demonstrar como a reforma feita no Código de Processo Penal brasileiro manteve e até mesmo reforçou o *sistema inquisitório*, colocam-se aqui a redação original dos artigos modificados, bem como seus textos após a reforma. Elegeu-se alguns artigos que indicam a *potencialização* da inquisitorialidade no processo penal brasileiro, dentre eles os artigos 155 e 156 – o que não exclui a presença de outros artigos que denotam a prevalência do princípio inquisitivo, tais como os artigos 196, 242, 311, 385, entre outros –, com o fito de análise mais apurada por tratarem de pontos cruciais.

As redações originais dos artigos 155 e 156 do Código de Processo Penal brasileiro eram as seguintes:

¹⁴⁸ Idem, *ibid.*, p. 13.

¹⁴⁹ Frise-se que tal movimento não é inerente ao Brasil, por óbvio, sendo possível sua verificação em vários sistemas penais ao redor do mundo. Veja-se, a exemplo, o quadro desolador apontado por Lööc Wacquant sobre a questão na França, comentando alterações legislativas por lá realizadas: “A Lei Perben 2 ampliou a definição de “crime organizado” e agravou as sanções aplicáveis a toda uma série de infrações (extorsão, corrupção de menores, fabricação de armas etc.), como já tinha acontecido nos Estados Unidos. Instituiu o procedimento de “agradar o culpado”, cópia do *plea bargaining* estadunidense, *que autoriza um condenado a trocar uma pena reduzida* (tipicamente, um ano de infrações puníveis com cinco) *por uma dispensa de processo, o que permite à Justiça economizar os custos processuais*” (WACQUANT, Lööc. *Punir os pobres...op.cit.*, p.52). Mais adiante: “Enfim, a Lei Perben 2 ampliou o controle pós-penal através da generalização da colocação em regime de semi-liberdade e sob vigilância eletrônica daqueles que saem da prisão, o que não fará cessar de aumentar o número dos que voltam a ser detidos. Normalização das medidas de exceção, *aceleração dos processos, endurecimento das penas*, extensão do perímetro de supervisão judiciária. Essa renovação do Código Penal encoraja o uso do encarceramento de forma indiscriminada, e abre caminho para uma abordagem tipo abatedouro/linha de montagem para fazer frente ao afluxo previsível de presos” (Idem, *ibid.*, p.53).

Art. 155: No juízo penal, somente quando ao estado das pessoas, serão observadas as restrições à prova estabelecidas na lei civil.

Art. 156: A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Com o advento da reforma, os textos dos referidos artigos passaram a ser os seguintes:

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”.

Parágrafo único: Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil.

Art. 156: A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Apenas com a breve leitura dos referidos dispositivos é possível perceber que se não quis mudar para melhor. Entretanto, vale a pena investigar se a reforma não trouxe um lugar *pior* do que aquele anteriormente estabelecido.

Sobre o art. 155, diz Aury Lopes Jr. que ele

(...) não teve coragem para romper com a tradição brasileira de confundir atos de prova com atos de investigação, com graves reflexos na eficácia probatória deles. [...] Bastou incluir o “exclusivamente” para sepultar qualquer esperança de que os juízes parassem de condenar os réus com base nos atos do famigerado, inquisitório e superado inquérito policial. Seguiremos assistindo sentenças que (...) buscarão no inquérito policial os elementos necessários para condenação.¹⁵⁰

Com efeito, este era um dos principais problemas do processo penal brasileiro e, infelizmente, continuará sendo. É sabido que a estrutura do inquérito policial não é construída democraticamente, impedindo o réu de exercer efetivamente seu direito de defesa. Nele, portanto, não é raro que se encontrem elementos que prejudiquem o réu, pois na maior parte das vezes só possuem *uma* versão da reconstrução do caso penal – a versão que dá embasamento à acusação, já que é somente para isso que serve (e que deveria servir) o inquérito, ou seja, reunir os elementos necessários para

¹⁵⁰ LOPES JR., Aury. *Bom para quê(m)?* In: Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), ano 16, n.º 188, julho/08. p. 09.

aferir se a perseguição penal deve ocorrer, levando-a a outro momento, qual seja o da ação –, sendo ingênuo acreditar que esta versão trazida não influenciará o julgador na condução da fase processual.

Ora, os juízes sempre usaram os elementos do inquérito para - “cotejando com as provas judiciais” - lançarem as sentenças. Com razão, Aury indaga: “Quem precisa “cotejar” e invocar o inquérito policial, quando a prova judicializada é suficiente”?¹⁵¹ Até mesmo a simples vedação de utilização dos atos de investigação já seria pouco. O ideal seria haver a exclusão física dos autos do inquérito, sendo descartados depois de cumprirem sua função (reunir elementos para o oferecimento da denúncia). Tal solução parece não ter sido sequer pensada pela reforma.

A redação dada ao art. 155 permite que o juiz, no caso de dúvida, vá ao inquérito policial e busque outros elementos para fundamentar sua decisão, como se essa fosse a solução correta em face de um dos mais importantes princípios que regem o processo penal desde a modernidade. Trata-se, por óbvio, do *in dubio pro reo*. A lição de Marcos Zilli é importante:

Pela versão aprovada, fica o juiz autorizado a buscar naqueles elementos o reforço para certas provas produzidas em contraditório, confirmando assim a veracidade de uma das teses. Mais lógico seria que o conflito resultante de provas divergentes, não superável pela possibilidade de obtenção de novas provas, levasse à absolvição do acusado e não à invocação de elementos colhidos unilateralmente.¹⁵²

Segundo Flaviane Barros, a nova redação do art. 155 deixa claro que a prova produzida no inquérito poderá ser utilizada na decisão, desde que “auxiliada” pelas demais provas produzidas em contraditório no processo¹⁵³. A reforma, ainda, para além de não evitar a utilização de provas produzidas sem o crivo do contraditório, permite, por meio de decisão judicial, que se antecipe a produção de provas mesmo antes de estar formado o processo¹⁵⁴ (com a redação dada ao art. 156). Estas serão produzidas antes do processo e de forma unilateral, ou seja, sem a participação do acusado. Se o juiz as entender irrepetíveis - quem decide de novo é ele -, poderão ser usadas posteriormente no processo.

Por isso a autora ensina que a reforma ampliou o leque de discricionariedade do juiz, já que

¹⁵¹ Idem, *ibid.*, p.10.

¹⁵² ZILLI, Marcos. *O pomar e as pragas*. In: Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), ano 16, n.º 188, julho/08. p. 02.

¹⁵³ BARROS, Flaviane de Magalhães. *(Re)forma do processo penal...op.cit.*, p.24.

¹⁵⁴ Idem, *ibid.*, p.25.

A nova lei amplia ainda mais a atuação judicial na fase pré-processual e aumenta a possibilidade da prova produzida no inquérito ser utilizada ao final do processo como embasamento único de uma sentença condenatória.¹⁵⁵

A solução apontada por Flaviane Barros é limitar ao máximo a utilização das provas produzidas no inquérito, ainda mais quando no processo só há meras provas indiciárias e são buscados no inquérito elementos para constituir materialidade e autoria¹⁵⁶. Isso é necessário, pois “o inquérito em sua origem era apenas uma peça informativa para a formação do convencimento do órgão de acusação”¹⁵⁷.

Esse seria um posicionamento adequado por que

(...) a prova para ser admitida no processo deve ser produzida em contraditório. As provas que forem produzidas antes do processo têm que ser produzidas em contraditório, não se pode esperar o processo penal iniciar para que a ampla defesa do acusado possa ser exercida.¹⁵⁸

É necessária uma construção participada, portanto. Além disso, defende-se que a exclusão física dos autos de inquérito policial também é necessária caso se queira caminhar no sentido de um processo penal democrático.

Sobre o art. 156, tampouco se mudou algo para melhor. Além de não ter suprimido a falha no tocante ao ônus da prova – que no processo penal se interpreta de maneira diversa do processo civil, embora os eternos defensores da “teoria geral” pouco caso façam sobre o tema – a reforma manteve a possibilidade de produção de provas *ex officio* pelo juiz; e, talvez o pior, permitiu que essa iniciativa probatória pelo juiz se dê no momento da investigação, ou seja, antes mesmo de estar formado o processo¹⁵⁹.

Para Flaviane Barros o art. 156 é um dos mais controvertidos da reforma do CPP¹⁶⁰. Com relação ao ônus da prova, ensina a autora que se deve respeitar a presunção de inocência, sendo irrazoável dizer que o acusado é quem tem de provar sua inocência. É a acusação quem tem de provar toda a imputação, inclusive que não

¹⁵⁵ Idem, *ibid.*, p.25

¹⁵⁶ Idem, *ibid.*, p.26.

¹⁵⁷ Idem, *ibid.*, p.25.

¹⁵⁸ Idem, *ibid.*, p.26.

¹⁵⁹ O art. 156, I contém erro de precisão terminológica - ou seria conceitual? - porque diz “mesmo antes de iniciada a *ação penal*”, quando, na verdade, deveria dizer “mesmo antes de iniciado o *processo*”.

¹⁶⁰ BARROS, Flaviane de Magalhães. *(Re)forma do processo penal...*op.cit., p.29.

estão presentes causas excludentes de ilicitude ou de culpabilidade que amparem o acusado¹⁶¹.

A autora defende que “a grande questão é que antes o juiz somente poderia determinar provas de ofício no processo, agora com a mudança ele pode também determinar provas antecipadas de ofício, ou seja, na fase preliminar investigatória”¹⁶².

Esta alteração trazida pela reforma gera uma maior abertura para a discricionariedade e para o subjetivismo do juiz, pois nem sempre na avaliação da plausibilidade do direito alegado os critérios de necessidade, proporcionalidade e adequação serão respeitados (são os critérios constantes do art. 156, inciso I). Esta é a razão pela qual “a antecipação de provas nos termos postos é o estabelecimento de um estado de polícia, em flagrante desrespeito ao Estado de Direito”¹⁶³. A única maneira de se salvar o preceito é garantir que o investigado tenha conhecimento prévio da prova que será realizada antecipadamente, assim como o princípio da ampla argumentação também deve ser respeitado, reclamando a possibilidade do requerimento para a produção de provas antecipadas por parte da defesa. Caso contrário é flagrantemente inconstitucional.

Porém, é a garantia da imparcialidade do juiz que é o ponto mais importante, pois o juiz que decide pela produção antecipada de provas em sede de inquérito pode ter sua cognição influenciada, estabelecendo uma pré-compreensão do caso antes mesmo do início do processo¹⁶⁴. Com a possibilidade de o juiz buscar, desde o inquérito, somente as provas que irão embasar aquilo que já foi compreendido (que irão dar cor às suas imagens *prima facie*), potencializou-se enormemente o caráter inquisitorial do processo penal brasileiro¹⁶⁵. Por isso, Flaviane Barros diz que “é em razão da imparcialidade que a autorização da produção antecipada é

¹⁶¹ Idem, *ibid.*, p.30.

¹⁶² Idem, *ibid.*, p.31.

¹⁶³ Idem, *ibid.*, p.32.

¹⁶⁴ Idem, *ibid.*, p.33.

¹⁶⁵ Frise-se que apenas a suspeita de quebra de imparcialidade já seria suficiente para a tomada de medidas drásticas, caso se pensasse realmente em um processo penal democrático: “Assim, se toma uma decisão (o juiz) e manda produzir prova na investigação preliminar, compromete-se com ela; com sua decisão; e com a prova introduzida no procedimento (ou pelo menos pode, irremediavelmente, comprometer-se); e só a concreta possibilidade disso acontecer já é suficiente a que se o *exclua* do processo, mormente do seu ato mais significativo, a sentença de mérito” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Apresentação ao (Re)forma do processo penal: comentários críticos dos artigos modificados pelas leis n.11.690/08 e n.11.719/08, de Flaviane Magalhães Barros*. Del Rey: Belo Horizonte, 2009. p.36).

inconstitucional”¹⁶⁶. Isto não exclui a inconstitucionalidade da produção de prova pelo juiz na fase processual também, por óbvio.

Segundo Aury Lopes Jr., o art. 156 já era um problema antes da reforma para aqueles que sonham com um sistema acusatório, porém ficou ainda pior. Diz o autor que “a nova redação, além de incorrer no erro de manter a figura do juiz-ator, foi mais longe, permitindo no inciso I que o juiz “de ofício”, ordene, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes”¹⁶⁷.

Salutar se faz neste momento, na esteira da lição citada acima, o resgate daquilo que é verdadeiramente um *sistema acusatório* para não se deixar levar pelo discurso ideologicamente comprometido com a “anti-democracia” ou que, simplesmente por falta de conhecimento, caminha junto com aquele, já que – absurdamente – há quem diga que a atual reforma aproximou o processo penal brasileiro do modelo acusatório e que trouxe maior base garantista.

Por evidente, este é um tema que só pode ser compreendido com legado filosófico, afinal está a se falar de *sistema*. Não se pode compreender um *sistema* processual sem antes saber que ele é um “conjunto de elementos sob uma idéia única”¹⁶⁸, a qual só pode ser bem compreendida através do conceito de *princípio unificador*. A diferenciação entre os tipos de sistemas processuais existentes – acusatório e inquisitório – se dá exatamente a partir de tal princípio – no sistema acusatório, princípio dispositivo; no sistema inquisitório, princípio inquisitivo –, que se determina aqui pelo critério referente à *gestão da prova*¹⁶⁹. A forma pela qual ela é realizada que identifica o princípio unificador nos sistemas processuais¹⁷⁰.

Somente sem esta noção é possível aceitar que alguns (ou muitos, basta se ver os manuais de processo penal em proliferação) digam que há “sistemas processuais mistos” a partir de “princípios mistos”, tentando sempre justificar a “constitucionalidade” do processo penal brasileiro, que contaria com duas fases, a primeira inquisitória e a segunda acusatória, sendo que nesta se superariam todas as arbitrariedades “eventualmente” praticadas naquela.

¹⁶⁶ BARROS, Flaviane de Magalhães. *(Re)forma do processo penal...*op.cit., p.33.

¹⁶⁷ LOPES JR., Aury. *Bom para quê(m)?...*op.cit., p. 10.

¹⁶⁸ KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. Trad. De Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. 4ª ed., Lisboa: Fundação Clouste Gulbenkian, 1997, p.657.

¹⁶⁹ CORDERO, Franco. *Problemi Dell’Instruzione. Ideologie del Processo Penale*. Milano: Giuffrè, 1966, pp.158-164.

¹⁷⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *As reformas parciais do CPP...*op.cit., p. 11.

Ora, “não há e nem pode haver um *“princípio misto”*, dado ser o princípio, no caso, uma *idéia única* e, portanto, indivisível”¹⁷¹. Isto não implica dizer igualmente que os sistemas são puros, pois eles sempre emprestam elementos um do outro, entretanto o fazem de forma secundária e sem mudar a *substância*¹⁷². Dito de outra forma: não importa que a segunda fase do processo penal brasileiro seja acusatória como querem alguns - baseados principalmente no argumento de que nela há partes e contraditório; argumento de todo insuficiente já que o que importa mesmo é o *critério da gestão da prova* - pois o princípio não se divide, sendo um só durante todo o processo penal brasileiro: inquisitivo. Se assim não fosse, como justificar que na fase processual o juiz pode utilizar as provas produzidas na fase preliminar investigatória?

Com efeito, “o *sistema processual penal brasileiro* é, indubitavelmente, inquisitório, porque seu *princípio unificador* é o *inquisitivo*, já que a *gestão da prova* está, primordialmente, nas mãos do juiz, senhor do processo”¹⁷³.

A principal diferença entre os dois sistemas reside na concentração de poder nas mãos do órgão julgador. No sistema inquisitório, o juiz recolhe a prova e determina sua produção¹⁷⁴. Agora, ele faz isto até antes mesmo de estar formado o processo!¹⁷⁵

Na estrutura inquisitória se nota

(...) uma fusão das funções de acusador e juiz e a conseqüente confusão entre o que seriam métodos *para acusar* e métodos *para julgar*. O juiz, senhor da prova, sai em seu encaixo guiado essencialmente pela visão que tem (ou faz) do fato, privilegiando-se o *mecanismo “natural” do pensamento*

¹⁷¹ Idem, *ibid.*, p.12.

¹⁷² Sobre esse “intercâmbio” de elementos que impede concluir que há “sistemas puros”, mas que tampouco permite inferir que existam “sistemas mistos”, a lição de Coutinho é clara: “Logo, ou o sistema é inquisitório (regido pelo *princípio inquisitivo*) ou o sistema é acusatório (regido pelo *princípio dispositivo*); sendo certo terem, todos, elementos importados daquele que não é o de regência. Assim, o *sistema processual penal brasileiro* é *inquisitório*, mas acolhe contraditório e tantos outros elementos típicos do sistema acusatório; da mesma forma que o sistema processual norte-americano, por exemplo, é acusatório, mas acolhe mecanismos típicos do sistema inquisitório” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Apresentação ao *(Re)forma do processo penal...op.cit.*, p.32).

¹⁷³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *As reformas parciais do CPP...op.cit.*, p.12.

¹⁷⁴ Idem, *ibid.*, p.12.

¹⁷⁵ Ressalva deve ser feita para pontuar que mesmo antes de haver previsão legal permitindo ao juiz a produção antecipada de provas no inquérito (trazida com a reforma), muitos juizes já usavam de tal expediente (cf. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *As reformas parciais...op.cit.*, p.12). Neste ponto, pelo menos, a reforma é honesta, pois vem legitimar uma prática *fascista* que já ocorria no Poder Judiciário brasileiro, especialmente naquelas varas especializadas contra específico tipo de crime como, por exemplo, “combate ao crime organizado”; este que, por sinal, ninguém definiu direito até hoje o que é, sendo muito mais um dos inimigos preferenciais na reprodução do direito penal simbólico em tempos de neoliberalismo – ao lado de “delinquente sexual”, “sem-teto toxicômano” e tantos outros –, do que verdadeiramente um tipo especial de crime.

da civilização ocidental que é a *lógica dedutiva*, a qual deixa ao inquisidor a escolha da *premissa maior*, razão por que *pode decidir antes e, depois, buscar, quiçá obsessivamente, a prova necessária para justificar a decisão.*¹⁷⁶

É na escolha dessa premissa maior que opera aquilo

(...) que Cordero, com genialidade, chamou de “*primato dell’ipotesi sui fatti*” (CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Roma: UTET, 1986, p.51): eis o ponto central do sistema e sem o qual não é possível compreendê-lo, muito menos para efeitos de reforma.¹⁷⁷

Negando essa confusão entre as atividades de acusar e julgar, o art. 156 conseguiu ficar pior que o preceito derogado, pois permite expressamente agora que o juiz nas duas fases da persecução ordene *ex officio* a produção de provas. E ainda quer se cobrar depois dele equidistância e equilíbrio na condução do processo e acertamento do caso penal¹⁷⁸, como se ele não fosse *humano*.

Coutinho ensina que é irrazoável se permitir que o juiz ordene a produção de prova *ex officio* na fase preliminar da persecução penal e, depois, forme a sua convicção tão só “da prova produzida em contraditório”, porque o juiz é um ser humano, sendo “incompatível – e absurdo – exigir do juiz que se comporte contra a sua natureza (para não falar do inconsciente), o que, por certo, não fará”. Para evitar essa ameaça à imparcialidade é que “o juiz deve ficar, em um processo verdadeiramente democrático, distante da colheita da prova – e da iniciativa para tanto –, para o que teve, antes, que decidir”¹⁷⁹. É óbvio que o juiz que tem iniciativa na produção da prova (seja na investigação preliminar ou na fase do processo) compromete por completo sua conduta futura¹⁸⁰. Basta que tal comprometimento da imparcialidade seja colocado em dúvida para a cidadania estar correndo risco. A reforma, entretanto, não afastou este problema, razão pela qual ajudou “a consolidar o sistema brasileiro como inquisitório”¹⁸¹.

Com Coutinho¹⁸², tem-se que a não vedação da iniciativa probatória viola o direito à imparcialidade do juiz, nos termos do artigo 6.1 do Convênio para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, de 1950: “Toda pessoa tem

¹⁷⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *As reformas parciais do CPP...op.cit.*, p. 12.

¹⁷⁷ Idem, *ibid.*, p.12.

¹⁷⁸ Idem, *ibid.*, p.12.

¹⁷⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Apresentação ao (Re)forma do processo penal...op.cit.*, p.38.

¹⁸⁰ Idem, *ibid.*, p.38.

¹⁸¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *As reformas parciais do CPP...op.cit.*, p.12.

¹⁸² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Apresentação ao (Re)forma do processo penal...op.cit.*, p.38.

direito a que sua causa seja ouvida (...) por um tribunal independente e imparcial estabelecido por lei, que decidirá (...) sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela”.

A construção de uma saída democrática para o processo penal passa necessariamente pela superação da iniciativa probatória por parte do juiz, razão pela qual se pode afirmar, com Coutinho, que as “reformas, ao invés de superar o inconstitucional sistema inquisitorial, reforçaram-no”¹⁸³, porque ampliaram a gestão da prova nas mãos do juiz. O autor acrescenta: “Quando pela lei, então, pode-se decidir antes e, depois, por conta própria, sair-se à busca da prova para legitimar a decisão antes tomada, está-se diante de um quadro de horror, para se dizer o mínimo”.¹⁸⁴

No sistema inquisitório, portanto, o juiz “decide primeiro, a partir da prova que ele constrói, e depois, no golpe de cena que se transforma o processo, formaliza essa decisão. É exatamente isso que Cordero define como o *primato dell’ipotesi sui fatti*”.¹⁸⁵

Segundo Aury Lopes, é insuficiente pensar que o sistema acusatório se funda a partir da simples separação inicial das atividades de acusar e julgar. É evidente tal insuficiência se depois o juiz assume um papel inquisitorial¹⁸⁶, como ocorre em vários momentos do processo penal brasileiro. Com efeito,

De nada basta uma separação inicial, com o Ministério Público formulando a acusação, se depois, ao longo do procedimento, permitirmos que o juiz assumira um papel ativo na busca da prova ou mesmo na prática de atos tipicamente da parte acusadora, como, por exemplo, autorizar que o juiz de ofício determine uma prisão preventiva (art. 311), uma busca e apreensão (art. 242), o seqüestro (art. 127), ouça testemunhas além das indicadas (art. 209), proceda ao reinterrogatório do réu a qualquer tempo (art. 196), determine diligências de ofício (art. 156), reconheça agravantes ainda que não tenham sido alegadas (art. 385), condene ainda que o Ministério Público tenha postulado a absolvição (art. 385), admita o chamado recurso *ex officio* (art. 574, I e II do CPP) etc.¹⁸⁷

Numa estrutura acusatória o juiz mantém uma posição de alheamento, ficando longe de atividades inerentes às partes. O juiz instrutor, longe disso, participa ativamente da instrução processual e compromete sua imparcialidade pelos diversos pré-julgamentos que realizada no curso da investigação preliminar. A reforma,

¹⁸³ Idem, *ibid.*, p.39.

¹⁸⁴ Idem, *ibid.*, p.39.

¹⁸⁵ LOPES JR., Aury. *Bom para quê(m)?...op.cit.*, p. 10. Na tradução literal: “o primado das hipóteses sobre os fatos”.

¹⁸⁶ Idem, *ibid.*, p.10.

¹⁸⁷ Idem, *ibid.*, p.10.

entretanto, consagrou o “juiz-instrutor-inquisidor”¹⁸⁸, em nada alterando a *base* do sistema processual penal brasileiro. Este, por sinal, só poderá ser realmente alterado

(...) caso se mude o princípio unificador, o que significa retirar, na medida do possível, o espaço para que o juiz desenvolva o que Cordero chamou de “quadro mental paranóico” (porque pode tomar o imaginário como real possível), não deixando que ele seja o gestor da prova.¹⁸⁹

Acrescenta o autor que as “reformas parciais não mudam o sistema porque não vão ao núcleo do problema, ou seja, no princípio inquisitivo”.¹⁹⁰ Caso se queira mudar de verdade para melhor “a solução parece estar na *superação da estrutura inquisitória*”.¹⁹¹

Os fundamentos para a potencialização da inquisitorialidade demonstrada parecem estar na necessidade de dotar o Brasil de “mecanismos mais eficazes” no combate à criminalidade, como se o incremento das punições fosse melhorar algo. Junto com isto, caminha a aposta no instrumentalismo processual e na discricionariedade do juiz para que ofereça uma melhor resposta à opinião midiática, que cobra dos poderes constituídos medidas enérgicas no restabelecimento da segurança¹⁹².

Há quem diga que “o juiz criminal é pago pelo Estado para fazer justiça nos casos concretos” e esta “sua missão de fazer justiça não pode ser limitada pela suposição de quebra de imparcialidade e vício no julgamento a ser futuramente prolatado”¹⁹³. Ora, sabe-se quão perigosa é esta ideia de juiz conformador e justiceiro (no estilo Nicolas Marshall, tão bem retratado por Alexandre Morais da Rosa), pois permite a sustentação da decisão no subjetivismo e na discricionariedade do julgador e não no discurso argumentativo das partes. Esta visão, aliada com aquela que enxerga escopos metajurídicos¹⁹⁴ no processo faz proliferar no país decisões em nome da “credibilidade do Poder Judiciário”. É preciso que se diga: um Poder Judiciário não tem crédito perante a sociedade quando enxerga escopos

¹⁸⁸ Idem, *ibid.*, p.10.

¹⁸⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *As reformas parciais do CPP...op.cit.*, p. 12.

¹⁹⁰ Idem, *ibid.*, p.12.

¹⁹¹ Idem, *ibid.*, p.12.

¹⁹² Lenio Streck ensina que “é na imbricação entre o instrumentalismo do processo e a aposta na discricionariedade que se encontra o problema fundamental” (STRECK, Lenio Luiz. Prefácio ao *Reforma do processo penal...op.cit.*, p.24), denotando o vício filosófico de origem que orientou a reforma.

¹⁹³ Conforme SILVA, Ivan Luis Marques da. *Reforma processual penal de 2008*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.65.

¹⁹⁴ A escola do instrumentalismo processual é a que exalta escopos metajurídicos no processo. No Brasil, seus mais conhecidos defensores são Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco.

metajurídicos no processo e pune indivíduos *seletivamente* (aumentando a exclusão social), mas sim quando sua *meta optata* é a realização da justiça, para a qual terá que sempre respeitar os direitos fundamentais e garantias individuais do cidadão.

A potencialização da inquisitorialidade, portanto, da forma como foi trazida pela reforma, é um ótimo *meio* para se procurar atingir os objetivos velados que realmente informaram a orientação reformadora. A partir do momento em que o projeto neoliberal necessita de instrumentos mais *eficientes* para condenar todos aqueles que deseja, necessário se torna dotar o juiz de mecanismos que o auxiliem neste objetivo. O maior depósito de discricionariedade em suas mãos – que será verificada no ponto das provas ilícitas também –, só pode ser explicado por aqui. Caso contrário, como justificar a ampliação da gestão da prova nas mãos do juiz? O discurso falsário diria que é necessário que ele possa ir atrás das provas para prolar “melhores” sentenças ou entregar uma prestação jurisdicional de maior qualidade. Porém, o que está na base mesmo é mais punição. Coitados dos jurisdicionados e dos juízes – pois mesmo os que não quiserem ter a sua imparcialidade colocada em risco necessitarão de um esforço desumano para tanto – que são obrigados a conviver com reformas processuais guiadas por tal espírito.

2.2 - Provas ilícitas

“Quando o assunto é democracia processual não há meio termo, tanto quanto não há meia tortura ou meia prova ilícita”. (Jacinto Nelson de Miranda Coutinho)

Dentro dos efeitos que sofre o processo penal em tempos de neoliberalismo e expansão do direito penal (conforme se viu), talvez um dos principais seja o da *diminuição substancial das garantias*, passível de verificação tanto nos arts. 155 e 156 e na sumarização do procedimento (tratada no próximo capítulo), mas que pode ficar ainda mais clara num ponto crucial alterado pela reforma. Trata-se do ponto das *provas ilícitas*.

A questão não era anteriormente tratada pelo Código de Processo Penal, porém a Constituição da República já trazia a garantia no seu rol de direitos e

garantias fundamentais¹⁹⁵. Da forma como era tratada na Carta Magna, não havia limitação à garantia dos acusados de não se verem prejudicados por provas ilícitas. Entretanto, a reforma trazida pela Lei. 11.690/2008 acabou por reduzir a eficácia da garantia, sendo um dos pontos – ao lado da potencialização de inquisitorialidade, já tratada, e da aceleração do procedimento – que deixa mais claro o anseio punitivo que guiou a orientação reformadora.

Da mesma forma como feito no capítulo anterior, coloca-se o texto original e o alterado pela reforma, para o fim de análise:

Art. 157: O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova.

Com o advento da Lei. 11.690/2008, o texto passou a ser o seguinte:

Art. 157: São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§1º: São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§2º: Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

§3º: Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

§4º: (*Vetado*).

Percebe-se facilmente que este foi um dos artigos mais alterados pela reforma; resta saber com qual objetivo. A modificação trazida pela reforma é ruim por dois principais motivos: limitou a garantia constitucional e trouxe a dificuldade – que pode se transformar em arbitrariedade – de definir quando haverá nexo de causalidade ou fonte independente na situação das provas ilícitas por derivação.

Sobre o art. 157, Coutinho ensina que é inconstitucional porque cria

(...) restrições onde a CR não criou e, pior, deixando a completude delas ao “critério” do juiz. Afinal, quem, de fato, dirá o que é e quando se dará uma *prova derivada de outra ilícita* em face do “*nexo de causalidade*” ou quando ela poderia ser obtida ‘*por uma fonte independente*’?

¹⁹⁵ CR, art. 5º, LVI: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Ainda, “quem dirá o que são “*trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal*”, nos termos do § 2º”?¹⁹⁶.

Com efeito, esta aposta exacerbada na discricionariedade e no subjetivismo do juiz é o que de pior há no preceito trazido com a reforma. Tal situação é também apontada por Flaviane Barros, quando comenta os critérios abertos e gerais para a não-aplicação da garantia constitucional da proibição de provas ilícitas, ampliando, ainda mais, o subjetivismo do juiz que decidirá quando se trata de fonte autônoma e quando não hánexo de causalidade¹⁹⁷. Aury Lopes Jr. é outro que ataca os critérios trazidos pela nova disposição¹⁹⁸.

Segundo Flaviane Barros, a discussão acerca das provas ilícitas obtidas por derivação tem origem no direito anglo-saxão, chegando-se à conclusão de que quando há uma desvinculação causal entre a prova ilícita e as outras provas – teoria da fonte independente ou a do *inevitable discovery* – ela poderá ser utilizada no processo¹⁹⁹.

Entretanto, esta exceção à garantia constitucional não é salutar, porque quem vai analisar se há vinculação causal ou não é exatamente o juiz, ou seja, aposta-se na discricionariedade e subjetivismo dele. É por isso que Flaviane Barros também diz – assim como Coutinho – que “o texto como foi aprovado é inconstitucional. Isso porque o legislador não pode excepcionar uma garantia constitucional ao seu alvedrio”.²⁰⁰ A exceção consiste no fato de que, antes da reforma, toda e qualquer prova considerada ilícita não poderia ser admitida no processo; agora, entretanto, elas passarão por uma “filtragem”, podendo ser admitidas ou não.

Frise-se que tal aposta na discricionariedade do juiz ainda pode ser mais maléfica caso se trate da análise de uma prova ilícita determinada antecipadamente por ordem dele, nos moldes do art. 156, I. Afinal, “se o juiz determinou a produção da prova antecipadamente ele verificou sua legalidade e analisou se tal prova referia ou não a direito ou garantia fundamental”²⁰¹, ou seja, se tal prova tinha possibilidade de ser ilícita. Dito de outra forma: o juiz manda fazer a prova na fase investigatória; compromete-se com ela, guiando toda a cognição e construindo a sua decisão com

¹⁹⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *As reformas parciais do CPP...op.cit.*, p.13.

¹⁹⁷ BARROS, Flaviane de Magalhães. *(Re)forma do processo penal...op.cit.*, p.39.

¹⁹⁸ Com Aury: “a dor de cabeça para todos é a pouco clara disposição acerca do nexo causal que define a contaminação e ainda, a chamada teoria da fonte independente” (LOPES JR., Aury. *Bom para quê(m)?...op.cit.*, p.10).

¹⁹⁹ BARROS, Flaviane de Magalhães. *(Re)forma do processo penal...op.cit.*, p.38.

²⁰⁰ Idem, *ibid.*, p.39.

²⁰¹ Idem, *ibid.*, p.40.

base nela; em momento posterior chega à conclusão de que a prova não poderia ter sido feita; vai, então, dizer que se trata de prova ilícita? É preciso ser muito ingênuo ou não perceber que o juiz é *humano* para oferecer uma resposta positiva. Apenas a possibilidade disso acontecer já mostra como o preceito, da maneira que foi trazido, é flagrantemente inconstitucional, porque afeta por completo a imparcialidade do julgador²⁰².

Ora, quando o juiz tem contato com alguma prova ilícita, sua imparcialidade já está totalmente afetada (ou se crê que o juiz pode dar um *reset* na mente, apagar a memória²⁰³ e sentenciar sem lembrar da prova ilícita?). Por esta razão, o único ponto positivo do artigo 157 era o seu § 4º, que, entretanto, foi vetado, pois ele trazia a previsão de que o juiz que tivesse contato com a prova ilícita ficaria impedido de sentenciar.

Segundo Coutinho,

O que era de bom do art. 157 foi vetado, isto é, o § 4º (...) e tudo em nome do concreto escopo das reformas, pelo menos do que se vê das “razões do veto”: “*imprimir celeridade e simplicidade ao desfecho do processo*”; mesmo que o preço para tanto seja aviltar a democracia processual-constitucional.²⁰⁴

Com efeito, uma tomada de postura democrática exigiria esforços, principalmente para a jurisdição exercida no interior do país, mas era o que deveria ter sido feito. O correto a se fazer quando o juiz tem contato com prova ilícita é *afastá-lo* do processo, *impedindo-o* de sentenciar! Era esta a previsão trazida pelo § 4º do art. 157. Entretanto, na falta de se querer construir uma democracia processual efetiva, optou-se pela solução menos custosa e mais célere. Como não se quer aparelhar materialmente o Poder Judiciário – o que daria base à substituição de um julgador por outro na hipótese de contato com a prova contaminada –, venceu a solução mais *eficiente*; tudo em nome da celeridade e do medo da morosidade²⁰⁵. Por

²⁰² Com Flaviane Barros: “com certeza, a equidistância do juiz para com as partes não será garantida e sua imparcialidade afetada já que possui uma pré-compreensão em razão do contato com a prova obtida por meio ilícito” (Idem, *ibid.*, p.40).

²⁰³ Com Coutinho: “Um ser humano normal, com todos os seus recalques e fantasmas, não apaga suas decisões da memória (salvo no caso de amnésia, mas aí já se está no campo da patologia) e, assim, não só as resgata para fundar *juízos de identificação* como, por terem sido decisões suas, vai, com elas, balizar outras, não sem antes conduzir – quase que invariavelmente – seu agir pela trilha que abriu ao antes decidir” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Apresentação ao *(Re)forma do processo penal...op.cit.*, p.37).

²⁰⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *As reformas parciais do CPP...op.cit.*, p.13.

²⁰⁵ E não seria a morosidade fruto justamente do descaso do Estado em não proporcionar condições materiais dignas para a entrega da jurisdição? Lenio Streck defende que “deveríamos construir, na

óbvio, àqueles que mais sofrerão com o impacto de tal opção não lhes foi dada a oportunidade de escolher²⁰⁶.

O afastamento do juiz quando do contato com qualquer prova ilícita também é defendido por Aury Lopes Jr., para quem os motivos que ensejaram o veto tratam-se de verdadeira “pseudo-fundamentação”²⁰⁷.

Entretanto, mesmo com o preceito permitindo a quebra da imparcialidade, Flaviane Barros diz que se demonstrado que no caso concreto não é mais possível garantir a imparcialidade do juiz, eventual decisão dele deve ser declarada nula²⁰⁸. Resta saber se os tribunais irão se posicionar neste sentido.

Percebe-se, neste ponto, que o princípio da eficiência está presente na redução da garantia de proibição da prova ilícita como um *meio* interessante para o atingimento do real escopo das políticas penais e processuais penais da era neoliberal, ou seja, excluir de forma mais *eficiente* aqueles que ele não pode incluir. É óbvio que o Estado não deveria se comportar aeticamente desta maneira, reduzindo as garantias do acusado e, em certo ponto, comportando-se como criminoso ao usar das provas ilícitas para combater a criminalidade. Porém, nada de tão extraordinário assim. Afinal, é quase despiciendo dizer que o consumo da ética vai imperar em virtude da impossibilidade da razão humana estabelecer uma “ética”, conforme se viu (p.06); mas também porque ela figura como consequência lógica do princípio da eficiência²⁰⁹.

A ampliação do leque de discricionariedade do juiz na decisão do que serão consideradas provas ilícitas, bem como, na antecipação da produção de provas e potencialização da inquisitorialidade tratadas no capítulo anterior, indica verdadeiramente um maior desejo de *exclusão social*, pois com esse *meio* é muito mais fácil de punir aqueles que já são excluídos dos “benefícios” da atual ordem econômica. E para quem ainda possa se assustar com tal posicionamento estatal, é premente compreender que na era neoliberal, infelizmente, deve-se acostumar a

jurisdição, as condições para a implementação de efetividades qualitativas e não meramente instrumentais-quantitativas” (STRECK, Lenio Luiz. Prefácio ao *(Re)forma do processo penal...op.cit.*, p.27), com o que parece se posicionar também contrário às reformas baseadas no binômio *celeridade-eficiência*.

²⁰⁶ Como, por sinal, não escolhem a maioria dos problemas que lhes afetam em tempos de neoliberalismo, especialmente a fragmentação do trabalho assalariado – quando há trabalho! – e a polarização do espaço urbano.

²⁰⁷ LOPES JR., Aury Lopes. *Bom para quê(m)?...op.cit.*, p.10.

²⁰⁸ BARROS, Flaviane de Magalhães. *(Re)forma do processo penal...op.cit.*, p.39.

²⁰⁹ Conforme nota de rodapé no p.13, tratando da ontologia do princípio da eficiência e seus derivados lógicos e teleológicos.

conviver com um Estado completamente aético e *aliado* (Friedman) do Mercado no combate aos problemas que ambos produzem.

2.3 - Simplificação/sumarização procedimental

“De forma clara, a simplificação procedimental trouxe uma pretendida celeridade, mas reduziu o contraditório e a ampla argumentação”. (Flaviane de Magalhães Barros)

No anseio da celeridade, uma das principais alterações do Código de Processo Penal trazidas com a reforma parcial foi a *simplificação procedimental*. Pode-se dizer que no tocante aos procedimentos comum (ordinário) e sumário muita coisa mudou.

De início, critica-se a modificação do critério que determinava a aplicação de um ou outro procedimento. Antes da reforma o critério era determinado pelo tipo de cumprimento das penas privativas de liberdade, ou seja, pelo binômio *reclusão-detenção*. Com o advento da reforma, o critério mudou, passando a ser o da *quantidade de pena*, que tem ligação necessária com a gravidade do delito²¹⁰. Tal escolha de critério parece errônea por dois motivos: a) sabe-se que o princípio da proporcionalidade entre o delito e as penas no Brasil não é satisfatoriamente respeitado, muito em virtude da deficiência técnica que caracteriza o Poder Legislativo e b) não se deve acreditar que um crime que tenha uma pena cominada de tamanho inferior seja de mais fácil elucidação do que outros que possuam penas maiores²¹¹.

Concorda-se com Flaviane Barros neste ponto, pois

Simplificar o procedimento em razão da gravidade do delito, como apresentado por Fernandes (2005, p.55), apenas porque o crime pode ter uma pena reduzida, ou, ainda porque a pena privativa de liberdade pode ser substituída por outra pena, é fazer uma análise utilitarista do procedimento

²¹⁰ Art. 394 do CPP: O procedimento comum será ordinário, sumário ou sumaríssimo:

I – ordinário, quando tiver por objeto crime cuja sanção máxima cominada for igual ou superior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade;

II – sumário, quando tiver por objeto crime cuja sanção máxima cominada seja inferior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade;

III – sumaríssimo, para as infrações penais de menor potencial ofensivo, na forma da lei.

²¹¹ Com Flaviane Barros: “A simplificação por meio da distinção entre procedimento ordinário, sumário e sumaríssimo, feita a partir da gravidade da infração, não pode significar que o crime que tenha uma pena prevista menor que 4 (quatro) anos seja de fácil elucidação e que, portanto, não necessite de dilação probatória” (BARROS, Flaviane de Magalhães. *(Re)forma do processo penal...op.cit*, p.144).

penal, e não uma interpretação voltada ao processo penal como garantia, pois reduz o contraditório e a ampla argumentação.²¹²

2.3.1 - Procedimento ordinário

Feita esta crítica inicial, parte-se para análise dos efeitos da reforma sobre o procedimento comum (ordinário). Sabe-se que ele, antes da reforma, era marcado basicamente pela seguinte estruturação: oferecimento da denúncia/queixa; citação do acusado; oferecimento de alegações preliminares ou defesa prévia para alguns (que de prévia não tinha nada); audiência de interrogatório; audiência de oitiva de testemunhas de acusação; audiência de oitiva de testemunhas de defesa; prazo para requerimento de diligências urgentes (art. 499); prazo para apresentação de alegações finais pelas partes (art. 500) e, finalmente, conclusão dos autos ao juiz para prolação da sentença (art. 502).

Pode-se dizer, portanto, que o rito não concentrava vários atos em um só, pois havia uma encadeação lógica e cronológica que permitia às partes um *tempo* necessário para que pudessem reconstruir da melhor maneira o caso penal, ou seja, para que tivessem condição de participar de melhor maneira da formação dos atos exercendo o contraditório (Fazzalari) e analisar em que grau se encontravam os *ônus* e *expectativas* da cognição processual (Goldschmidt) – a importância deste momento de análise era transcendental e se percebia quando da apresentação das alegações finais – para, somente então, ter-se a prolação da sentença pelo juiz. Infelizmente, a reforma concentrou todos estes atos em um só, trazendo a famosa Audiência de Instrução e Julgamento (do Processo Civil) para o procedimento comum do Código de Processo Penal brasileiro. Este ponto denota com clareza como a celeridade da maneira que vem sendo reclamada não respeita as diferenças que existem entre o processo civil e o processo penal.

De acordo com Coutinho, o discurso político justificador das reformas adota premissas falsamente similares, procurando tratar igualmente de fenômenos autônomos e distintos que são os objetos do Direito Processual Penal e do Direito Processual Civil²¹³. De fato,

²¹² BARROS, Flaviane de Magalhães. *(Re)forma do processo penal...*op.cit, p.102. A autora se refere a Antonio Scarance Fernandes, um dos integrantes da Comissão da Reforma aqui analisada.

²¹³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *As reformas parciais do CPP...*op.cit., p.13.

(...) com *denominadores comuns diferentes*, um *sistema diverso* (o que significa um *princípio unificador diverso*), um *conteúdo do processo diverso*²¹⁴ e uma *diversidade estrutural em cada elemento da trilogia fundamental* (jurisdição/ação/processo), não há que se cogitar sobre uma *teoria*, muito menos *geral*.²¹⁵

Quando esta aparece, sempre é com a “vitória” do Direito Processual Civil sobre o Direito Processual Penal²¹⁶, com aquele lhe emprestando sua lógica patrimonial e privatista, de todo nefasta à construção de uma democracia processual penal.

O autor ensina que quando se fala em reformas em prol da *celeridade*, não raro o pensamento está prejudicado por esta visão errônea. Pensa-se que a questão do tempo aqui tem o mesmo sentido daquela do processo civil, ou seja, a do “periclitamento de um bem”²¹⁷. Para justificar esta posição, “há que se optar, sem meias palavras, por um processo penal *de defesa social*, típico dos regimes autoritários”. Caso contrário deve-se optar

(...) por um processo penal constitucionalizado, *garantidor* dos direitos do acusado, *limitador* da violência do Estado; e este último, como é evidente, é incompatível com anseios de “celeridade” no sentido de *se condenar mais rápido* ou *se “acalmar a sociedade”*, exatamente porque seu escopo é garantir que só se puna por meio de um *processo legal devido*, com a *observação do contraditório e dos direitos da defesa*. E para tanto, *não cabe a pressa*.²¹⁸

Com o advento da reforma, o art. 400 do CPP, que trata da audiência de instrução e julgamento e que trouxe a referida “pressa”, passou a ter o seguinte texto:

Art. 400: Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida o acusado.

²¹⁴ No processo civil, lide. No processo penal, caso penal. Para um aprofundamento sobre o tema, ver: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1989.

²¹⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *As reformas parciais do CPP...op.cit.*, p.13.

²¹⁶ Por óbvio, no processo penal não se tratam de interesses patrimoniais ou privatísticos, mas ele é sim talvez o ramo do direito onde mais “*pulsam vidas*”, com o agravante de toda a *seletividade* protagonizada pelos aparatos penais. Basta olhar para o sistema penitenciário ou acompanhar as atividades da Defensoria Pública para se ter presente a *realidade*. Apenas este motivo já deveria ser suficiente para se ter mais cuidado ao “mexer” nele, devido aos impactos que causa sobre os seres humanos. Não por outro motivo, Pisapia disse que se pode medir o *grau de civilidade* de um povo pelo respeito que entrega aos direitos e garantias individuais no processo penal (PISAPIA, Gian Domenico. *Compendio de Procedura Penale*. 4ª ed., Padova: Cedam, 1985, p.26).

²¹⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *As reformas parciais do CPP...op.cit.*, p.13.

²¹⁸ Idem, *ibid.*, p.13.

§1º: As provas serão produzidas numa só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias.

§2º: Os esclarecimentos dos peritos dependerão de prévio requerimento das partes.

Os fundamentos que ensejaram a introdução da AIJ no processo penal brasileiro podem ser encontrados na Mensagem do Relator da Reforma Processual²¹⁹, e dizem basicamente respeito ao anseio de se “adotar princípios que modernizam o processo, especialmente no que diz respeito à celeridade”, pois a reforma “elimina o fracionamento da instrução, fonte permanente de excessiva demora da prestação jurisdicional, ao condensar em uma só audiência o interrogatório das testemunhas de acusação e de defesa”.

Em síntese, as modificações trazidas pela reforma, segundo o Relator,

Visam, em conjunto, a modernizar o processo penal, dando-lhe *celeridade* compatível com as exigências da acusação e da defesa. Não suprime um só ato ou termo que interesse efetivamente à eficácia do desempenho de uma ou outra. Em suma, simplifica, atualiza, consagra no texto a lição da doutrina, já há tanto tempo convencida de que a economia de esforços e recursos adotada no projeto constitui segura contribuição para o melhor desempenho da Justiça Criminal.

Algumas considerações são necessárias. Em primeiro lugar, o fracionamento da instrução não era a verdadeira causa de excessiva demora na prestação jurisdicional e o impedimento trazido com a reforma de se fracionar a AIJ não vai, por si só, resolver o problema; pode, inclusive, aumentá-lo. Em segundo lugar, de fato a reforma não suprimiu o ato da audiência (apenas condensou várias audiências em uma); porém, não se pode dizer igualmente que a AIJ concentrada não reduz a eficácia do desempenho das partes. Por último, a *economia* de esforços e recursos (já que se vive na era neoliberal) pode ser sim interessante para o Estado. Resta saber se é interessante para o cidadão/acusado.

Sobre a AIJ, de início, é necessário pontuar que “tal norma, que prevê uma audiência de instrução una, não pode impedir o respeito à garantia do contraditório e da ampla argumentação”²²⁰. O novo artigo, ao trazer como regra a proibição da cisão dela em mais de uma audiência como era de costume, pode limitar as garantias constitucionais referidas.

²¹⁹ Projeto de Lei n.º 4.207, de 2001, Mensagem n.º 213/01. Autor: Poder Executivo; Relator: Deputado Ibrahim Abi-Ackel. Comissão presidida por Ada Pellegrini Grinover e composta por Petrônio Calmon Filho, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Miguel Reale Júnior, Nilzardo Carneiro Leão, René Ariel Dotti, Rui Stoco, Rogério Lauria Tucci e Sidney Beneti. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/19605.pdf>

²²⁰ BARROS, Flaviane de Magalhães. *(Re)forma do processo penal...op.cit.*, p.127.

A primeira crítica que se faz à introdução da AIJ no processo penal é a que para a efetiva realização dela se torna necessário que várias intimações sejam rigorosamente efetivadas. Isto porque desde a concentração de vários atos em um só, todos as partes e possíveis afetados *devem* estar presentes na AIJ, pois os atos não serão documentados e só se poderá exercer efetivamente o contraditório e a ampla defesa no momento de realização da audiência²²¹. Ou seja, corre-se o enorme risco de várias AIJs não serem realizadas em virtude da ausência ou falta de intimação de apenas um dos interessados mencionados no art. 400 do CPP. E ocorrendo tal situação, necessário se faz remarcar e adiar o ato, aumentando a morosidade da prestação jurisdicional (que era, paradoxalmente, um dos problemas que a reforma pretendia combater). No atual estágio deficitário em que se encontra o aparelhamento do Poder Judiciário e de seus auxiliares, é extremamente temerário apostar que aquilo que a lei reclama será efetivamente concretizado²²². Esta é a razão pela qual se defende que não adianta tentar imprimir celeridade apenas pela lei, reformando-a para torná-la mais “eficiente”, se não houver em conjunto um verdadeiro enfrentamento por parte do Estado dos reais problemas que geram morosidade na entrega da jurisdição.

Com relação ao procedimento da AIJ, no que toca à oitiva de testemunhas, situação que pode ocorrer é a inversão (ou, pelo menos, a tentativa de se inverter) da ordem de oitiva delas, pois agora todas as testemunhas são intimadas para comparecer ao mesmo ato e, caso haja alguma faltante, poderá se desejar a oitiva das demais presentes. Tal inversão da ordem de oitiva das testemunhas gera nulidade, pois em nome do princípio da plenitude da defesa do acusado as testemunhas da defesa não podem ser ouvidas antes das testemunhas de acusação²²³. Em nome da celeridade ou da economia processual, as garantias do acusado não podem ser sacrificadas.

²²¹ Com Flaviane: “percebe-se que a realização da AIJ dependerá que várias intimações sejam regularmente efetivadas, garantindo, assim, a presença de todas as partes e de todas as testemunhas e demais sujeitos do processo, a fim de possibilitar a ampla argumentação” (Idem, *ibid.*, p.123).

²²² Basta se ter presente o volume de trabalho imposto aos magistrados e serventuários do Poder Judiciário – especialmente os de âmbito estadual – para tal conclusão. Com Coutinho: “Pode-se, inclusive, argumentar que a principal causa da tão falada “morosidade” seja ligada aos problemas infra-estruturais do próprio Poder Judiciário, como por exemplo a carência de magistrados e serventuários, o que vem também demonstrar como a questão não se dá nem se soluciona no plano *normativo*, tampouco com o *rigor* da lei” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *As reformas parciais do CPP...op.cit.*, p.13).

²²³ BARROS, Flaviane de Magalhães. *(Re)forma do processo penal...p.127.*

O último ato da AIJ será o interrogatório, e conforme a disposição do art. 185 do CPP deve ser garantida a entrevista reservada do acusado com seu defensor antes dele, sendo importante para que o acusado possa esclarecer junto ao seu defensor a repercussão das provas produzidas em audiência.²²⁴

A celeridade e concentração de atos não podem ser justificativas para eventuais desrespeitos ao contraditório e à ampla argumentação, fundamentando inversão dos atos de instrução ou negando a entrevista acima mencionada²²⁵. Por isto,

A grande preocupação é que em nome da celeridade pretendida pela simplificação do procedimento por meio da introdução da audiência de instrução e julgamento, que consolida a oralidade e a concentração dos atos, se desrespeite o modelo constitucional de processo.²²⁶

Ainda em nome da celeridade, a reforma prevê que o juiz poderá indeferir a produção de provas consideradas irrelevantes, impertinentes e protelatórias. Segundo Flaviane Barros, as provas não devem ser indeferidas por serem irrelevantes, pois isto desrespeita a ampla argumentação e influencia o pré-julgamento do juiz²²⁷. Muita razão assiste à autora em tal posicionamento. Afinal, a prova seria irrelevante *para ele* (o juiz). Tal previsão é apenas mais um exemplo que indica como a orientação que guiou a reforma é a do instrumentalismo processual (que tem raízes em Bülow), a mesma que enxerga o processo como um instrumento *do* juiz para a solução de litígios (e para o alcance de pacificação social, como defendem alguns em *terrae brasilis*); orientação que, em todo, alimenta e reforça a inquisitorialidade do processo penal brasileiro, porque reifica o acusado – tornado então, *objeto* da persecução criminal –, e coloca o juiz como “super-parte”²²⁸, verdadeiro “dono” do processo. E se o juiz é o “dono” do processo e o Ministério Público é o “dono” da ação penal, o que sobra para o acusado?

A questão das provas protelatórias também merece cuidado na análise. São assim consideradas quando não possuem relação com o fato que se pretende esclarecer e seu único objetivo é procrastinar o processo. Tal argumento é muito usado para indeferir a oitiva de testemunhas – um dos principais meios de prova –,

²²⁴ Idem, *ibid.*, p.129.

²²⁵ Idem, *ibid.*, p.130.

²²⁶ Idem, *ibid.*, p.129.

²²⁷ Idem, *ibid.*, p.129.

²²⁸ Também Flaviane Barros ensina que a teoria da relação jurídica carrega consigo um déficit democrático ao pôr o juiz como “super-parte” na relação processual (Idem, *ibid.*, p.102).

cumprindo esclarecer alguns pontos. As testemunhas tidas como irrelevantes são indeferidas com base no argumento de que não auxiliam na formação da convicção do juiz; as consideradas impertinentes são indeferidas com base na falta de relação com o fato que se pretende esclarecer. Posiciona-se contrariamente ao indeferimento das testemunhas tidas como irrelevantes pelos mesmos motivos indicados acima (tratando das provas), mas também se é contrário ao indeferimento de testemunhas consideradas impertinentes, pois além de serem assim definidas pelo juiz, não há como saber *ex ante* se a testemunha tem algo a trazer que se mostre importante para o acerto do caso penal, bem como não há como medir a amplitude do contraditório assegurado em nível constitucional. O juiz deve sempre esclarecer o motivo pelo qual decidiu tal questão, por onde poderá se fazer o controle, já que sempre que “a testemunha indeferida for relevante para o esclarecimento dos fatos, haverá cerceamento de defesa, caracterizando assim nulidade”.²²⁹.

Em síntese, a proibição da produção de provas consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias merece muito cuidado, pois além de serem assim consideradas pelo juiz, pode impedir as partes de trazerem elementos que julgam necessários para a reconstrução do caso penal. Esta proibição veio com o intuito de se evitar a procrastinação processual, obtendo maior celeridade na solução dos casos penais, mas talvez fosse melhor confiar na *ética* daqueles que atuam no processo – no caso, principalmente dos defensores – do que criar um mecanismo legal que pode ser usado discricionariamente e prejudicar o acusado.

A parte final da fase instrutória se inicia com as alegações finais orais das partes. Após os debates – e caso não haja requerimento/indeferimento de novas diligências, nos moldes do art. 403²³⁰ –, o juiz proferirá sentença, que será lida em audiência. Entretanto, considerando a complexidade do caso ou o número de acusados, poderá conceder prazo de 5 (cinco) dias para a acusação e depois 5

²²⁹ Idem, *ibid.*, p.128.

²³⁰ Art.403 do CPP: “Não havendo requerimento de diligências, ou sendo indeferido, serão oferecidas alegações finais orais por 20 (vinte) minutos, respectivamente, pela acusação e pela defesa, prorrogáveis por mais 10 (dez), proferindo o juiz, a seguir, sentença.

§1º: Havendo mais de um acusado, o tempo previsto para a defesa de cada um será individual.

§ 2º: Ao assistente do Ministério Público, após a manifestação desse, serão concedidos 10 (dez) minutos, prorrogando-se por igual período o tempo de manifestação da defesa.

§ 3º: O juiz poderá, considerada a complexidade do caso ou o número de acusados, conceder às partes o prazo de 5 (cinco) dias sucessivamente para a apresentação de memoriais. Nesse caso, terá o prazo de 10 (dez) dias para proferir a sentença”.

(cinco) dias para a defesa para a apresentação de memoriais escritos. Sobre esta possibilidade, diz Flaviane Barros:

Fica claro que a opção da reforma foi pela celeridade, logo a substituição dos debates orais por alegações finais escritas, e da sentença proferida em audiência para a prolatada no gabinete do juiz, permite um tempo procedimental maior às partes, e é a decisão mais adequada para a garantia da ampla argumentação.²³¹

Isto porque a garantia da ampla defesa não pode sucumbir à intenção geral da reforma de aproximar os procedimentos penais dos civis, principalmente por meio da concentração dos atos instrutórios e decisórios em uma única audiência. Tal concentração fragiliza a ampla argumentação das partes no processo, principalmente no caso do processo penal em que se deve privilegiar a defesa plena. Conclui a autora:

Suprimir o tempo de reflexão entre a produção da prova e a preparação da defesa técnica, para que todas as teses possíveis sejam alegadas, atenta contra a ampla argumentação das partes, eis que diminui o tempo procedimental de análise e argumentação das partes sobre os atos do processo.²³²

Há ainda tratamento carente de isonomia no que toca ao prazo de minutos para os debates entre as partes, já que “o número excessivo de acusados pode dificultar a argumentação oral da acusação, que deve ser feita em vinte minutos, prorrogáveis por mais dez”.²³³

O objetivo geral de aproximar o procedimento penal daquele existente no processo civil, que se caracteriza pela concentração de atos instrutórios e decisórios em uma única audiência, tem como meta uma prestação jurisdicional mais célere. Entretanto, tem-se enxergado a questão do *tempo* do processo penal de forma errônea.

Viu-se que o princípio da eficiência, quando orienta as demandas por celeridade processual, pode refletir no aspecto da *exclusão social* e do *tempo* (do processo). Neste parece ser mais fácil enxergar a sua influência.

A *ação eficiente* produz uma distorção do sentido do *tempo* do processo. Para que o acusado possa exercer efetivamente seu direito de defesa, é necessária certa burocracia. Esta não existe por acaso, pois pensada a partir da relação *causa-efeito*

²³¹ BARROS, Flaviane de Magalhães. *(Re)forma do processo penal...op.cit.*, p.135.

²³² Idem, *ibid.*, p.136.

²³³ Idem, *ibid.*, p.138.

procura exatamente retardar o tempo da reação e assegurar ao acusado a eficácia dos direitos e garantias individuais processuais. Porém, a lei *eficiente* do Mercado não quer aguardar este tempo. Como resposta, oferece um procedimento desburocratizado e célere, que além de suprimir o direito de defesa do acusado – através da concentração de atos na AIJ e da previsão de indeferimento de provas –, transforma o Poder Judiciário em uma empresa, produtora de decisões.

Porém, a partir do momento em que é privilegiado o aspecto quantitativo (ou em que é privilegiado o *meio*), a qualidade (o *fim*) pouco importa. Se os juízes não têm condições de prolatar corretamente as decisões, os recursos continuarão a ser infinitamente usados, aumentando a morosidade da prestação jurisdicional. Este é apenas mais um exemplo que indica como a solução do problema é muito mais profunda do que se pensa, não podendo se dar de forma alguma através do rigor da lei “eficiente”.

2.3.2 - Procedimento sumário

Na análise dos efeitos da reforma sobre o procedimento sumário, percebe-se que neste é ainda mais forte a prevalência do anseio de celeridade sobre as garantias do acusado. A distinção entre o procedimento ordinário e o sumário se dá quanto ao tempo do processo, sendo que neste é ainda mais reduzida a dilação probatória.²³⁴ Em busca da celeridade, o procedimento sumário não prevê uma fase de requerimento de novas diligências, diferentemente do procedimento ordinário²³⁵.

Ensina Flaviane Barros que

A exclusão da possibilidade de alguma dilação probatória ser requerida no procedimento comum sumário fere o princípio da ampla argumentação e do contraditório, pois impede que todos os pontos relevantes sobre a conduta imputada sejam esclarecidos.²³⁶

Desta forma, se houver necessidade de acrescentar alguma produção probatória as partes devem requerer tal realização e a conversão do procedimento

²³⁴ Idem, *ibid.*, p.142.

²³⁵ No procedimento *ordinário* tal previsão está contida no art. 400 do CPP: “Ordenado diligência considerada imprescindível, de ofício ou a requerimento da parte, a audiência será concluída sem as alegações finais”.

²³⁶ BARROS, Flaviane de Magalhães. *(Re)forma do processo penal...op.cit.*, p.143.

comum sumário em ordinário²³⁷, porque “nem mesmo a celeridade ou a sumarização do processo pode impedir a ampla argumentação”.²³⁸

Não se pode levar a simplificação processual às últimas consequências, ao cabo de direitos e garantias individuais. A conversão do julgamento para o procedimento ordinário é a interpretação adequada, mesmo que o processo demore um pouco mais. Só assim a decisão guardará a devida fundamentação.²³⁹ Tal conversão poderá ser requerida na própria denúncia, na defesa inicial ou mesmo na AIJ, ou seja, quando a parte verificar que a simplificação procedimental irá impedir a completa produção da prova.²⁴⁰

No novo procedimento sumário aplicam-se as disposições do ordinário previstas no art. 400, §§ 1º e 2º, ou seja: a audiência deve ser única; o juiz indeferirá as provas consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias e os esclarecimentos dos peritos devem ser requeridos com antecedência.

O novo procedimento sumário também traz a previsão do art. 535 preceituando que “nenhum ato será adiado, salvo quando imprescindível a prova faltante”. Flaviane Barros, com acerto, ensina que a previsão da reforma em permitir o adiamento em razão de uma prova faltante, mas de não prever a possibilidade de novas diligências afeta o contraditório.²⁴¹

Por isto a solução do adiamento não deve se limitar somente à prova faltante, mas também quando uma testemunha, a vítima, o perito ou o assistente técnico não comparecer, bem como no caso de faltar a conclusão da prova pericial. Aliás, é muito provável que isso ocorra, pois em virtude do prazo exíguo entre o recebimento da denúncia ou queixa e a AIJ (30 dias), em muitos casos a prova pericial poderá não estar concluída até a data de audiência. Aqui vale mais uma vez questionar: é razoável tentar acelerar os processos apenas pela lei, tornando-os mais “eficientes”, sem um aparelhamento estatal que faz verdadeiramente um sistema de justiça ser célere?

Flaviane Barros ensina que se não pode admitir celeridade quando ela afeta o modelo constitucional de processo. Sendo assim, a audiência será única somente

²³⁷ Idem, *ibid.*, p.143.

²³⁸ Idem, *ibid.*, p.150.

²³⁹ Idem, *ibid.*, p.144.

²⁴⁰ Idem, *ibid.*, p.144.

²⁴¹ Idem, *ibid.*, p.150.

quando não houver testemunhas faltantes cujo depoimento é imprescindível.²⁴² O procedimento sumário manterá o número de 5 (cinco) testemunhas para cada parte e, segundo a autora, nos casos em que a testemunha for imprescindível, deve o juiz determinar o adiamento do ato, se também não for possível a condução coercitiva.²⁴³

O novo procedimento sumário traz no art. 536²⁴⁴ a questão da oitiva das testemunhas presentes, devendo-se sempre respeitar a ordem que diz respeito ao princípio da defesa falar por último. Valem aqui os mesmos argumentos já trazidos anteriormente (p.58 e 59), pois em nome da economia processual não se pode reduzir a defesa do acusado, mudando a ordem da oitiva de testemunhas.²⁴⁵

Com relação à previsão de indeferimento de provas, também valem os argumentos trazidos anteriormente (p.59 e 60), ou seja, ela fere a ampla argumentação e a imparcialidade do juiz, pois

(...) se a prova possui alguma relação com o fato que se pretende reconstruir no processo, indeferir sua produção é impedir que a parte possa influir na instrução, tentando produzir provas relevantes para sua argumentação e ainda se trata de pré-julgamento por parte do magistrado.²⁴⁶

A fase instrutória, no procedimento sumário, segue a mesma dinâmica do procedimento ordinário nas alegações orais²⁴⁷. Entretanto, a possibilidade de o juiz substituir as alegações orais por memoriais, prevista no procedimento ordinário, em razão do número de acusados ou complexidade da causa, *não* está prevista no procedimento sumário. Segundo Flaviane Barros, somente se a prova não for colhida em audiência – como no caso da falta do laudo pericial ou parecer do perito – pode-se substituir as alegações orais por memoriais.²⁴⁸ Defende-se que o juiz também poderá substituir as alegações orais por memoriais com base nas previsões constantes dos artigos 3º²⁴⁹ e 394, § 5º²⁵⁰, ambos do CPP; porém, tal decisão será

²⁴² Idem, *ibid.*, p.147.

²⁴³ Idem, *ibid.*, p.146.

²⁴⁴ Art. 536 do CPP: “A testemunha que comparecer será inquirida, independentemente da suspensão da audiência, observada em qualquer caso a ordem estabelecida no art. 531 deste Código”.

²⁴⁵ BARROS, Flaviane de Magalhães. *(Re)forma do processo penal...*op.cit., p.152.

²⁴⁶ Idem, *ibid.*, p.147.

²⁴⁷ A falta de isonomia presente no procedimento ordinário com relação aos debates orais também se faz presente no procedimento sumário. Com Flaviane Barros, defende-se que na fase decisória deve-se “garantir a simétrica paridade dos afetados, como no caso de vários acusados, permitindo a dilação do prazo não só da defesa, mas também da acusação, para que possa apresentar de forma individualizada a conduta de cada um dos acusados”, (Idem, *ibid.*, p.149), com o fim de se respeitar o contraditório.

²⁴⁸ Idem, *ibid.*, p.149.

²⁴⁹ Art. 3º do CPP: “A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”.

sempre *dele*, razão pela qual as partes devem estar sempre preparadas para sustentação oral.

Com Flaviane Barros, defende-se que

A impossibilidade de se alongar a fase decisória por meio da concessão de prazo para memoriais que permite às partes um tempo maior para maturação da própria tese acusatória e defensiva, (...) fere a ampla argumentação.²⁵¹

Não há como negar que este tempo é necessário para uma melhor reflexão das partes. Mas, para o Relator da Reforma, esta impossibilidade (e a concentração de vários atos em um só) não reduz a eficácia de desempenho da acusação e da defesa²⁵².

Sobre a influência do princípio da eficiência neste capítulo, valem as mesmas observações trazidas com relação ao procedimento ordinário (p.68/69), acrescentando que no procedimento sumário ele produz efeitos ainda mais nefastos do que no ordinário. Em virtude de nele ser desejado um *meio* procedimental ainda mais célere se comparado ao procedimento ordinário, reduziu-se enormemente a ampla defesa (através da não previsão de uma fase de requerimento de novas diligências e substituição das alegações orais por memoriais, bem como pela redução do número de testemunhas).

²⁵⁰ Art. 394, §5º do CPP: "Aplicam-se subsidiariamente aos procedimentos especial, sumário e sumaríssimo as disposições do procedimento ordinário".

²⁵¹ BARROS, Flaviane de Magalhães. *(Re)forma do processo penal...op.cit.*, p.149.

²⁵² Conforme p.57.

CONCLUSÃO

1. Na investigação do fundamento epistêmico da teoria neoliberal – com o objetivo de descobrir de que forma ele pode influenciar a busca pela solução da questão da morosidade processual, ou seja, de que forma ele influencia os anseios por *celeridade processual*, bem como, de que forma pode influenciar os anseios por mais *punição* – percebeu-se que ele se reflete nas Leis 11.690/08 e 11.719/08, gerando vários resultados maléficos se vistos a partir dos direitos e garantias individuais do *cidadão/acusado*. Afinal, a *eficiência* presentes nestas leis fez as atenções se voltarem para os *meios* de se obter os “melhores resultados”, tanto no aspecto da *exclusão social* como no do *tempo* do processo (ou até mesmo no *custo* dele para o Estado).

Notou-se, também, que tal reflexo não é fenômeno exclusivo do Brasil, mas antes se trata de uma verdadeira forma *global* de tratar as políticas de controle social na era neoliberal; pois esta ao reproduzir exponencialmente a desigualdade social necessita de *meios* mais *eficientes* para tentar sustentar de alguma maneira a ordem.

Um dos principais *meios* escolhidos pela ordem neoliberal é o tratamento *penal*, ao cabo de políticas sociais efetivas. Entretanto, tal opção não tem efeitos somente no Direito Penal e nas políticas públicas de segurança, mas também pode ser verificada no Direito Processual Penal, bem como na estrutura do “sistema de justiça” como um todo. Afinal, correlato à maximização penal caminha um movimento de *aceleração* dos procedimentos penais, porque a pena não é auto-aplicável. Ainda, para dar alguma possibilidade de êxito àquilo que se deseja, fabricam-se *reformas processuais* com o intuito de “desburocratizar” a estrutura processual e aproximar o Poder Judiciário de uma verdadeira *empresa*, o qual passaria a agir com a mesma *eficiência* reclamada na iniciativa privada.

2. O princípio da eficiência, quando influencia as políticas penais e processuais penais, tem dois objetivos precípuos: promover maior *exclusão social* (através da pena e, portanto, do processo) e desejar que esta seja feita da forma mais rápida e menos custosa para o Estado, ou seja, no menor *tempo* possível.

Na operacionalização destes anseios é lógico que se procurará desenvolver um mecanismo processual que tenha instrumentos mais *eficientes* para punir e que, ainda, aplique a punição da forma mais célere possível. O efeito sofrido pela estrutura

processual penal consiste basicamente na tendência de diminuir substancialmente as garantias processuais. Estas podem ser reduzidas por meio de um depósito maior de *discricionariedade* nas mãos do juiz – tanto no aspecto da gestão da prova e sua produção antecipada, como na valoração acerca das provas ilícitas –, mas também podem ser reduzidas quando se pretende impor uma *celeridade* desproporcional ao necessário tempo que um processo penal deve levar, por razões de garantia do acusado. Procurou-se investigar se os efeitos referidos poderiam ser encontrados na recente reforma parcial do Código de Processo Penal brasileiro, especificamente nas Leis 11.690/08 e 11.719/08, chegando-se à conclusão afirmativa.

3. Com relação ao maior depósito de *discricionariedade* – que corre sempre o risco de desembocar em arbitrariedade – nas mãos do juiz, viu-se que as Leis 11.690/08 e 11.719/08 caminharam neste sentido, pois por meio delas se passa a permitir *expressamente* que o juiz ordene a produção antecipada de provas (antes da formação do processo); que ele use os elementos do inquérito policial para embasar condenações; e que também o julgador faça um juízo para determinar se as provas são ilícitas ou não.

É natural que o aumento da discricionariedade reforce a inquisitorialidade do processo penal brasileiro. Afinal, ele apenas indica um maior desejo de *exclusão social*, pois com esse *meio* é muito mais fácil de punir aqueles que já são invariavelmente punidos pelo desolador contexto neoliberal. Neste ponto foi bastante necessário mostrar como *reformas parciais* nunca mudarão a face inquisitorial do Código de Processo Penal brasileiro, porque não vão à *base* do problema. Para superá-la, definitivamente, necessário se faz mudar *mesmo* a estrutura, o que só se conseguirá através de uma reforma global, ou seja, *um novo Código de Processo Penal*²⁵³, que tenha uma raiz estrutural acusatória. E

Se ele não vier, pelas razões de sempre – a serviço de alguma ideologia –, fatalmente se poderá, já em curto espaço de tempo, conferir-se os resultados alcançados com estas questionáveis *reformas parciais*, desde logo com cheiro de “mesma coisa”, por sinal algo que pode ser feito, hoje, com a lei dos Crimes Hediondos, RDD e toda a gama incoerente de uma

²⁵³ Tramita nas casas legislativas a aprovação do PLS n.º156/2009, projeto que propõe uma reforma global do Código de Processo Penal; este sim de base eminentemente acusatória e que poderá servir para o alcance de alguma civilidade processual, caso se aceite também mudar a mentalidade. Sobre isto, ver: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Novo Código de Processo Penal, Nova Mentalidade*. In: Revista de Estudos Criminais. Rio Grande do Sul: ITEC Ano IX, 2009, n.º 33. pp.07-09.

legislação *puramente repressivista*, a qual elege alguns, engana outros e faz sofrer a todos.²⁵⁴

A redução da garantia constitucional de proibição das provas ilícitas também carrega consigo um aumento da discricionariedade por parte do julgador e se encaixa como mais um *meio* interessante para o atingimento do real escopo das políticas penais e processuais penais da era neoliberal, ou seja, excluir de forma mais *eficiente* aqueles que ela não pode incluir. E nessa compulsão, todos os limites éticos se esvaem. Até pouco tempo atrás seria impensável aceitar o Estado usando de provas ilícitas num processo penal, mas este limite ético é destruído pelo neoliberalismo, já que o seu principal teórico afirmou que a “ética” não existe.

4. No tocante ao anseio de *celeridade*, pôde-se concluir que a questão do *tempo*, quando vista a partir da *eficiência*, é completamente prejudicial na construção de um processo penal democrático. Isto porque a sumarização (ou simplificação) procedimental é fruto da visão deturpada que a *ação eficiente* faz acerca do tempo do processo e de sua burocracia. O que está na base desta – pensada a partir da relação *causa-efeito*, e, portanto, do *construtivismo* –, é oferecer ao acusado instrumentos para que possa exercer efetivamente o seu direito de defesa, sem atropelos. Para que isso ocorra é natural que o processo leve algum tempo para terminar. Entretanto, a *lei* do Mercado não quer aguardá-lo; enxerga o processo como extremamente obsoleto e burocrático, como *ineficiente*. Como resposta ela oferece um *meio* mais eficiente, pouco importando o *fim*, aproximando o Estado de uma empresa que passa a prestar um serviço (jurisdicional) cada vez mais “*produtivo*”, mas, também, cada vez mais *falho*.

Na adaptação do procedimento à “lei eficiente”, quem sofre é o acusado, pois tem a sua *defesa plena* extremamente reduzida. A concentração de vários atos na Audiência de Instrução e Julgamento impede que a defesa possa ter um tempo necessário para reflexão e análise dos ônus e expectativas processuais, bem como fragiliza a ampla argumentação das partes no processo. Também a previsão de indeferimento de provas consideradas irrelevantes, impertinentes e protelatórias suprime substancialmente o contraditório e a ampla defesa.

No procedimento sumário, onde se desejou um *meio* procedimental ainda mais célere se comparado ao procedimento ordinário, reduziu-se enormemente a dilação

²⁵⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *As reformas parciais do CPP...op.cit.*, p.13.

probatória por meio da não previsão de uma fase de requerimento de novas diligências. Outra opção foi a limitação do número de testemunhas em 5 (cinco), bem como a não previsão expressa de o juiz substituir as alegações orais por memoriais. Tudo em nome da celeridade “eficiente”, por óbvio.

Em virtude desta, ainda, é possível dizer o que os membros da magistratura e do ministério público também sofrem, pois a *eficiência* matematiza a atividade do funcionário público (conforme p.15/16). A partir do momento em que lhes é cobrada uma atividade *produtiva*, ou seja, *quantitativa* – em que é privilegiado o *meio* –, o aspecto *qualitativo* – o *fim* – se esvai por completo. Com denúncias e decisões mal feitas, em virtude da *pressa*, é possível enxergar efeitos maléficos. Um deles, por exemplo, é o crescente ataque que é necessário fazer às decisões de primeiro grau. Sendo premente, quase que invariavelmente, usar do duplo grau de jurisdição – porque os juízes não têm *tempo* e condições para prolatar boas decisões –, atulham-se as instâncias superiores e a morosidade jurisdicional aumenta. É por isto que imprimir celeridade apenas pela lei (eficiente) não resolve nada; senão, piora o atual quadro do Poder Judiciário brasileiro.

5. Todos os problemas trazidos com a reforma parcial e apontados no trabalho são justificados pela Comissão de Reforma como sendo de menor importância se vistos em face da *celeridade* (e da necessidade de dotar o país de instrumentos mais ágeis no combate à criminalidade). Defendem eles que o processo penal antes da reforma tinha muitas garantias ou que era muito burocrático, acabando por atrasar a devida resposta estatal aos casos penais.

Antes de se procurar resolver o problema da morosidade jurisdicional, melhor seria investigar as *reais* causas dele – que são exógenas às estruturas processuais –, bem como compreender por que o processo penal necessita de certo *tempo* (ou de certa burocracia), principalmente pelo *objeto* com o qual trata (onde entra a importância de se superar a Teoria Geral do Processo).

Na investigação das reais causas, procurou-se mostrar que a morosidade do sistema de justiça *não tem assento numa estrutura processual democrática, mas sim no abandono do Estado perpetrado pelo neoliberalismo*, que ao “esquecer” da sua responsabilidade *social* e investir no tratamento *penal*, *sobrecarrega* o Poder Judiciário (já carente de recursos materiais e pessoais). Poderia também se argumentar que à expansão do direito penal na era neoliberal deve corresponder um

agigantamento do Poder Judiciário e de seus membros, pois só assim ele poderia cumprir de alguma forma aquilo que lhe é reclamado, mas este argumento é desnecessário, porque se não crê na ideia de que com mais pena, mais prisão e mais punição algo poderá melhorar.

Entretanto, como a o enfrentamento da questão da morosidade não foi levado efetivamente a sério pela Comissão de Reforma, concluiu-se que o anseio punitivo é o que *verdadeiramente* pauta e motiva as reformas parciais²⁵⁵, e que há alguns *meios* que auxiliam o alcance desse objetivo. Eles se caracterizam pela manutenção e potencialização de uma estrutura inquisitória e pela redução da garantia acerca das provas ilícitas – *exclusão social* –, bem como, pela sumarização/simplificação procedimental – *tempo* –, aproximando a prestação jurisdicional daquela reclamada por parte da iniciativa privada, desburocratizada e que satisfaz o “consumidor”²⁵⁶, sendo resultados lógicos e teleológicos do princípio (ontológico) da eficiência.

6. Como alternativa de resistência, defende-se que o princípio da legalidade (ainda instalado na CR) supera o princípio da eficiência e reclama um devido processo legal *civilizado*, com todas as implicações daí advindas. Ou seja, o limite dele (de garantias) não pode ser dado pelas leis antiéticas do mercado, que através do câmbio epistemológico menospreza a razão humana e dá lugar à racionalidade econômico-eficientista, privilegiando os meios em detrimento dos fins e tornando aqueles completamente a-éticos e amorais. Em outras palavras, o princípio da eficiência não pode transformar o devido processo legal em um “due economic process”, como querem os neoliberais, porque assim enxerga erroneamente a atividade do Poder Judiciário como igual à das empresas, enaltecendo a celeridade e a produtividade. Não é o “Deus-mercado” e sua *eficiência* – e nem os cooptados por ela na sociedade midiática – que devem dizer quanto *tempo* deve durar um processo, nem quais são os *meios* mais eficientes em prol da *exclusão social*. Quando eles dizem, sofrem os juristas e membros do Poder Judiciário, mas sofrem ainda mais os jurisdicionados.

Neste rumo à civilidade processual a visão que se tem acerca da função do processo penal pode ajudar muito. É necessário rechaçar aquela que enxerga o

²⁵⁵ Idem, *ibid.*, p.13.

²⁵⁶ O problema é que o “consumidor” preferencial do “serviço” prestado através do processo penal, em tempos de neoliberalismo, muitas vezes não consegue consumir nem o necessário para se alimentar.

processo penal como instrumento de segurança pública e que imputa o aumento da violência e da impunidade sobre ele, já que estes problemas não crescem cotidianamente por culpa dele, mas tem assento no aumento da desigualdade social trazida com o neoliberalismo. Deve-se defender que o processo penal é um instrumento de garantia do acusado voltado à reconstrução histórica e ao acertamento de um caso penal tão somente, bem como se deve superar de vez a estrutura inquisitória que tanto auxilia o alcance de mais exclusão social.

Por fim – para não parecer que se procurou legitimar o atual quadro caótico da prestação jurisdicional brasileira – pensa-se que eventual aceleração do tempo do processo deve se concentrar na diminuição de tempo excessivamente burocrático (otimização de atos cartorários e judiciais, onde é muito importante a contribuição tecnológica) bem como o Poder Judiciário precisa ser muito mais aparelhado materialmente para que possa oferecer uma *digna* prestação jurisdicional. Além disto (e talvez seja o ponto mais importante), deve-se (re)pensar urgentemente os fins e os limites do próprio direito penal – já que ele se reflete no processo penal em virtude da complementaridade funcional – como instrumento (in)útil de combate aos problemas sociais causados pelo neoliberalismo. O que não se pode fazer – de forma alguma! – é imputar as causas da morosidade na prestação jurisdicional, do aumento da criminalidade e da impunidade a um processo penal democrático que assegure com plenitude e eficácia a defesa do acusado.

REFERÊNCIAS

- ALBERTON, Cláudia Marlise. *Tutelas de Urgência, Emergência e Evidência – A questão da sumarização frente ao processo penal garantista*. In: Leituras Constitucionais do Sistema Penal Contemporâneo. Salo de Carvalho (org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- ANDERSON, Perry. *Balanço do Neoliberalismo*. In: Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o estado democrático. SADER, Emir; GENTILLI, Pablo (Orgs.). 6ªed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A colonização da justiça pela justiça penal: potencialidades e limites do judiciário na era da globalização neoliberal*. In: Revista de Estudos Criminais. Rio Grande do Sul: ITEC, Ano IX, n.33.
- ARRUDA JR., Edmundo Lima de. *Direito, marxismo e liberalismo: ensaios para uma sociologia crítica do Direito*. Florianópolis: CESUSC, 2001.
- BARROS, Flaviane de Magalhães. *(Re)forma do processo penal: comentários críticos dos artigos modificados pelas leis n. 11.690/08 e n. 11.719/08*. Del Rey: Belo Horizonte, 2009.
- BRASIL, Camara dos Deputados. *Mensagem n.º 213/01*. Disponível em <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/19605.pdf>
- BRASIL, Presidência da República. *Constituição Federal de 1988*.
- _____. *Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Decreta o Código de Processo Penal.
- _____. *Lei n.º 11.690/08, de 9 de junho de 2008*. Altera dispositivos do Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal.
- _____. *Lei n.º 11.719/08, de 20 de junho de 2008*. Altera dispositivos do Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal.
- CÁRCOVA, Carlos María. *La opacidad del derecho*. Madrid: Trotta, 1998.
- CARNELUTTI, Francesco. *As Misérias do Processo Penal*. Campinas: Conan, 1995.
- _____. *Como se faz um processo*. 2ª ed. Belo Horizonte: Líder Cultura Jurídica, 2001.
- CARVALHO, Salo de. *Cinco teses para entender a desjudicialização material do processo penal brasileiro*. In: Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais. Alexandre Wunderlich e Salo de Carvalho (orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CARVALHO, Salo de e CARVALHO, Amilton Bueno de. *As reformas parciais no processo penal brasileiro*. In: Reformas Penais em Debate. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CORDERO, Franco. *Problemi Dell'Instruzione. Ideologie del Processo Penale*. Milano: Giuffrè, 1966.

CORREAS, Oscar. *El neoliberalismo en el imaginario jurídico*. In: Direito e Neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar. Curitiba: Edibej, 1996.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Prefácio ao *Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa*, de Julio Cesar Marcellino Junior.

_____. O papel da jurisdição constitucional na realização do estado social. In: Revista de Estudos Criminais. Porto Alegre: ITEC, v. 3, n. 10, 2003.

_____. *Efetividade do processo penal e golpe de cena: um problema às reformas processuais*. In: Escritos de direito e processo penal em homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. *Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro*. In: Revista da Faculdade de Direito da UFPR. Curitiba, ano 30, n. 30, 1998.

_____. *Jurisdição, Psicanálise e o mundo neoliberal*. In: Direito e neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar. Curitiba: Edibej, 1996.

_____. *O papel do pensamento economicista no direito criminal hoje*. In: RBCCrim (32). São Paulo: IBCCrim/RT, 2002.

_____. *O devido processo legal (penal) e o poder judiciário*. In: Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal. AVELÃS NUNES, Antonio José e COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (orgs.). Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. *As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo*. In: Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), ano 16, n.º 188, julho/08.

_____. Apresentação ao *(Re)forma do processo penal*, de Flaviane Magalhães Barros.

_____. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1989.

_____. *Novo Código de Processo Penal, Nova Mentalidade*. In: Revista de Estudos Criminais. Rio Grande do Sul: ITEC, Ano IX, 2009, n.º 33.

EZCURRA, Ana María. *Que és el neoliberalismo? Evolución y limites de un modelo excluyente*. Buenos Aires: Lugar, 2002.

FAZZALARI, Elio. *L'esperienza del processo nella cultura contemporanea*. In: Rivista di diritto processuale. Padova: Cedam, 1965, vol. XX.

FRIEDMAN, Milton. *Capitalismo e liberdade*. Trad. Luciana Carli. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

GARZA TOLEDO, Enrique de la. *Neoliberalismo e estado*. In: Estado e políticas sociais no neoliberalismo. LAURELL, Asa Cristina (org.). Trad. Rodrigo Leon Contrera. São Paulo: Cortez, 1995.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3ªed. São Paulo: Malheiros.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *A reforma do código de processo penal*. In: RBCCrim (31). São Paulo: IBCCrim/RT, 2000.

HAYEK, Friedrich August von. *Direito, Legislação e liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política – A miragem da justiça social*. Trad. Ana Maria Capovilla e José Italo Stelle. São Paulo: Visão, 1985, V.1.

_____. *Direito, Legislação e liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política – A miragem da justiça social*. Trad. Maria Luiza Borges. São Paulo: Visão, 1985, V.2.

_____. *Direito, Legislação e liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política – A ordem política de um povo livre*. Trad. Maria Luiza Borges. São Paulo: Visão, 1985, V.3.

_____. *O Caminho da Servidão*. Trad. Ana Maria Capovilla, José Italo Stelle e Liane de Moraes Ribeiro. 5ªed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990.

HINKELAMMERT, Franj J. *Pensar em alternativas: capitalismo, socialismo e a possibilidade de outro mundo*. In: Por um mundo diferente: alternativas para o Mercado Global. PIXLEY, Jorge (org.). Petrópolis: Vozes, 2003.

KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. Trad. Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. 4ªed., Lisboa: Fundação Clouste Gulbenkian, 1997.

LYRA FILHO, Roberto. *Por que estudar direito, hoje?* Brasília: Nair, 1984.

LOPES JR., Aury. *Justiça negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista*. Disponível em <http://www.aurylopes.com.br/art0008.html>.

_____. *Direito ao processo penal no prazo razoável (ou quando os juristas acertam contas com Einstein)*. In: Política Criminal Contemporânea –

Criminologia, Direito Penal e Direito Processual Penal. Alexandre Wunderlich (coord.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. *Bom para quê(m)?* In: Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), ano 16, n.º 188, julho/08.

_____. Palestra proferida na 1ª Semana Temática OAB/PR em 13/09/2009, sob o título “As atuais reformas do Código de Processo Penal”.

MARCELLINO JR, Julio Cesar. *Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa: (des) encontros entre economia e direito*. Florianópolis: Habitus Editora, 2009.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *Neoliberalismo: o direito na infância*. In: Anais do Congresso Internacional de Psicanálise e suas conexões: Trata-se de uma criança. Rio de Janeiro: Escola Lacaniana de Psicanálise do Rio de Janeiro, 1999, V.2.

MANTOVANI, Ferrando. *Valori e principi della Codificazione Penale: le esperienze italiana, francese e spagnola a confronto*. In: Archivio Giuridico (Volume CCXIV, Fascicolo 3-4), 1994.

MARIS, Bernard. *Carta aberta aos gurus da economia que nos julgam imbecis*. Trad. Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

MONTORO BALLESTEROS, Alberto. *Incidencia del analisis economica del derecho en la teoria jurídica: la reducción del derecho a regla técnica*. In: Persona y Derecho Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de derechos humanos – estudios en homenaje al Prof. Javier Hervada (I). Pamplona, 1999.

PRÊMIO INNOVARE. Disponível em www.premioinnovare.com.br.

ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão penal: a bricolage de significantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. *Rumo à praia dos juizados especiais criminais: sem garantias, nem pudor*. In: Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais. Alexandre Wunderlich e Salo de Carvalhos (orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. Apresentação ao *Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa*, de Julio Cesar Marcellino Junior.

SILVA, Ivan Luiz Marques da. *Reforma processual penal de 2008*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. Prefácio ao *(Re)forma do processo penal*, de Flaviane Magalhães Barros.

TAYLOR, Frederick Winslow. *Princípios da administração científica*. Trad. Arlindo Vieira Ramos. 8ªed. São Paulo: Atlas, 1990.

WACQUANT, Löic. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos (A Onda Punitiva)*. Rio de Janeiro: Revan, 2007, 3ª ed.

ZILLI, Marcos. *O pomar e as pragas*. In: Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), ano 16, n.º 188, julho/08.