

Contra um processo penal ideológico



Paulo Bueno de Azevedo

Juiz Federal da Seção Judiciária de São Paulo. Doutorando em Direito Processual Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Especialista em Direito Penal Econômico Europeu pela Universidade de Coimbra e em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

RESUMO: Neste artigo, estuda-se a necessidade de se evitar a contaminação do processo penal por preconceitos ideológicos. Destacam-se três temas: preconceito ideológico contra policiais, promotores e juízes; o direito penal do inimigo; e a ideologia do combate à impunidade no processo penal internacional.

PALAVRAS-CHAVE: Ideologia. Preconceito. Processo penal.

ABSTRACT: In this article, it's studied the necessity to avoid the contamination of the criminal procedure by ideological biases. Three themes are detached: ideological bias against policemen, prosecutors and judges; enemy criminal law; and the ideology of overcoming impunity in the international criminal procedure.

KEYWORDS: Ideology. Bias. Criminal procedure.

SUMÁRIO: 1. Introito. 2. Ideologias na fase pré-judicial: o tradicional preconceito contra policiais supostamente indignos de confiança e os novos preconceitos contra promotores e juízes (também indignos de confiança?). 2.1. Uma visão politicamente incorreta do “juiz das garantias”. A iniciativa probatória do juiz criminal. 3. Direito Penal e Processual Penal do Inimigo. 4. A interpretação possível da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos para a observância de princípios constitucionais penais e processuais penais. Os riscos da ideologia do combate à impunidade no processo penal internacional. 5. Palavra final: a importância da motivação judicial. Referências bibliográficas.

1. Introito.

O filme norte-americano “12 homens e uma sentença”, dirigido por Sidney Lumet, em 1957, traz excelentes lições sobre como não deve se comportar um juiz criminal. Aliás, antes de tudo, existe ali uma bela obra acerca da natureza humana e da falibilidade de seus julgamentos.

O jurado preconceituoso ou racista, o jurado que apenas segue a maioria sem refletir sobre o caso e o jurado amargurado, que condena previamente alguém com base em suas angústias pessoais, são alguns exemplos de como ideias preconcebidas podem trazer efeitos deletérios para o resultado do processo penal. Contra todos, porém, levanta-se a voz do jurado, corajoso de apresentar sua discordância, a princípio isolada, e consciente por

não fazer um julgamento preconceituoso ou ideológico do caso, exigindo apenas um exame acurado das provas por parte de seus colegas. Não se trata de ser pessoalmente favorável ou desfavorável ao réu por conta de sua etnia ou classe social, tendo, em vez disso, consciência da responsabilidade do julgamento, daquilo que está em jogo no caso de uma condenação ou de uma absolvição.

No processo penal, não podem prevalecer preconceitos ideológicos, pois nele julgam-se indivíduos, e não categorias abstratas de pessoas em função de sua etnia, classe social, filiação partidária etc.

Nesse sentido, o juiz não pode assumir uma posição de combate ao crime, eis que, nesse caso, estaria, no mínimo, se colocando como um potencial adversário do réu, papel que deve ser, quando muito, do Ministério Público ou, em alguns casos, do querelante. Da mesma forma, no entanto, o juiz não deve se portar como um aliado do réu na luta contra os poderes opressivos do Estado, atribuindo-lhe o *status* de vítima da sociedade. Parece até o óbvio ululante dizer tudo isso, porém, não são poucos os casos em que se ouvem juristas com opiniões alheias ao exame dos autos, dando pareceres favoráveis ou desfavoráveis a acusados em processos de grande repercussão, amiúde aplaudindo inconscientemente condenações sem provas ou ignorando provas cabais para defender absolvições com base no mero corporativismo ou por partilhar a mesma ideologia dos réus.

Evidentemente, é impensável um julgador completamente neutro e sem quaisquer opiniões políticas. Contudo, é necessário que, no momento do processo, o juiz penal afaste quaisquer eventuais desejos de ajudar ou prejudicar o réu, oriundos de possível simpatia ou antipatia pelo acusado. O juiz, enfim, não combate o crime nem é aliado de supostas vítimas da sociedade.

Diante desse cenário, o presente trabalho visa à análise de algumas controversas teses doutrinárias, criticando as posturas que

preconizam, talvez até inconscientemente, um processo penal ideológico. Serão tratados três temas distintos: o preconceito ideológico contra policiais, promotores e até juízes; o Direito Penal e Processual Penal do Inimigo; e a ideologia de combate à impunidade em nome dos direitos humanos, também presente no processo penal internacional.

Vale ressaltar que o termo “ideologia” será aqui utilizado no sentido forte preconizado por Mario Stoppino no “Dicionário de política” coordenado por Norberto Bobbio, Nicola Matteuci e Gianfranco Pasquino:

(...) No significado fraco, Ideologia é um conceito neutro, que prescinde do caráter eventual e mistificante das crenças políticas. No significado forte, Ideologia é um conceito negativo que denota precisamente o caráter mistificante de falsa consciência de uma crença política.¹

Nesse sentido, a ideologia funciona como uma espécie de pré-conceito ou, noutras palavras, como um sistema de ideias preconcebidas sem necessária vinculação com a realidade. Nesse diapasão, a ideologia já não admite a contraposição da experiência ou da realidade e, muitas vezes, aproveita-se do que se convencionou chamar de “politicamente correto”, sem direito ao debate. Quem ousa debater ou contestar determinada ideologia já é tachado com as mais diversas qualificações negativas. Nas palavras de Hannah Arendt:

(...) A argumentação ideológica, sempre uma espécie de dedução lógica, corresponde aos dois elementos da ideologia (...) – o elemento do movimento e o elemento da emancipação da realidade e da experiência –, primeiro, porque o movimento do pensamento não emana da experiência, mas gera-se a si próprio, e,

1 STOPPINO, Mario. *Dicionário de política*. Tradução de Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Caçais e Renzo Dini. Coordenação de Norberto Bobbio, Nicola Matteuci e Gianfranco Pasquino. 12. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2002, v. 1, p. 585.

depois, porque transforma em premissa axiomática o único ponto que é tomado e aceito da realidade verificada, deixando, daí em diante, o subsequente processo de argumentação inteiramente a salvo de qualquer experiência ulterior. *Uma vez que tenha estabelecido a sua premissa, o seu ponto de partida, a experiência não interfere com o pensamento ideológico, nem este pode aprender com a realidade. (...) Parece ser esta a origem da força coerciva da lógica: emana do nosso pavor à contradição.* (destaques meus)²

Esse pavor à contradição, hodiernamente, pode ser vislumbrado no receio de contradizer teses tidas por “politicamente corretas”. Isso é pernicioso especialmente no âmbito do processo penal, em que os valores fundamentais da liberdade e da justiça são perseguidos. Assim, os acusados não podem ser prejudicados nem beneficiados com base em ideologias. É o que se tentará demonstrar a seguir.

2. Ideologias na fase pré-judicial: o tradicional preconceito contra policiais supostamente indignos de confiança e os novos preconceitos contra promotores e juízes (também indignos de confiança?).

Tratar-se-á, em primeiro lugar, do tradicional preconceito ideológico contra os agentes públicos envolvidos no processo penal.

Determinada corrente doutrinária nega qualquer validade aos testemunhos de policiais que participaram da prisão ou da investigação do acusado na fase pré-processual. Mais recente é a polêmica envolvendo a capacidade investigatória dos promotores de justiça. E, por último, em fase de projeto de lei, o próprio juiz torna-se alvo de desconfiança, quando se postula a criação da figura do juiz das garantias como forma de assegurar

a imparcialidade do magistrado. Ver-se-á que tais desconfianças representam preconceitos ideológicos usualmente etiquetados como “garantismo”,³ como se as respectivas posições contrárias representassem automaticamente violação de direitos fundamentais. A generalização ideológica, como se exemplificará a seguir, pode ocasionar erros de julgamento às vezes em prejuízo do próprio réu do processo criminal.

Sobre os policiais, o preconceito é até lamentável, pois, amiúde, são profissionais mal remunerados, frequentemente submetidos a situações de risco em sua nobre missão de garantir a segurança pública de forma preventiva ou repressiva. O risco de vida certamente eleva o estresse dos policiais, que, em alguns casos, agem com excesso, mesmo em situações de legítima defesa.

Contudo, a existência de maus policiais, que praticam crimes como corrupção, extorsão ou tortura, ou de policiais pressionados, que acabam cometendo excessos ilícitos, não pode significar que todo e qualquer depoimento em juízo de um policial seja indigno de crédito.

Nessa linha de raciocínio, discordo do entendimento de Amilton Bueno de Carvalho, Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que assevera, de seu ponto de vista, que “sequer se pode dar valor ao ‘testemunho’ dos policiais que participaram das investigações – repete-se: marcadamente interessados no pleito”.⁴

2 ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. Tradução de Roberto Raposo. 7. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 523-525.

3 Deve-se deixar claro que, aqui, não se critica propriamente o que se convencionou chamar de garantismo, que abrange o devido processo legal, a ampla defesa, o contraditório, a *par conditio* e outros princípios limitadores do direito penal. Contudo, critica-se o preconceito ideológico que descamba na violação da paridade de armas, praticamente tratando todas as autoridades do sistema penal como sádicos inquisidores. Daí surge o preconceito contra o depoimento dos policiais e o poder de investigação do Ministério Público, bem como a desconfiança em relação ao juiz que não poderia atuar no inquérito sob pena de ficar contaminado para o julgamento.

4 CARVALHO, Amilton Bueno. *Eles, os juízes criminais, vistos por nós, os juízes criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 58.



Pergunta-se: qual seria o interesse dos policiais no pleito? Teriam eles criado inimizade ou antipatia pelos réus? Seriam eles justiceiros convictos sempre desejosos de contribuir para a imposição da sanção penal o mais grave possível, dispostos a inventar ou aumentar os fatos? Evidentemente, reconheço que as respostas a tais perguntas podem ser positivas em alguns casos. Porém, nem sempre. E dizer que os policiais sempre são interessados, ou até mesmo que existe uma regra ou tendência de interesse, significa uma mera suposição impossível de ser comprovada. Suposição, com a devida vênia, baseada em preconceito ideológico contra o policial, amiúde um servidor honesto, desinteressado na sorte do réu, que dará o seu depoimento tentando lembrar daquilo que viu e ouviu, e que, ao sair da audiência, por inúmeras vezes, se desinteressará completamente pelo resultado da sentença, se haverá ou não recursos do Ministério Público ou da defesa etc. Olvida-se, também, que o policial pode ser tão oprimido quanto o réu, tão pobre quanto o réu e tão menosprezado pela sociedade quanto o réu.

Que não venham os preconceituosos tachar de ingênuos os argumentos do pará-

grafo anterior. Ali não existe nenhuma generalização positiva, apenas o reconhecimento de que os bons policiais também existem, ao contrário dos que parecem crer apenas em maus agentes de Polícia. Cabe ao juiz valorar o depoimento do policial no contexto dos demais elementos dos autos. Havendo dúvida, militará a favor do acusado. Porém, rechaçar as testemunhas pelo simples fato de serem policiais e ignorar outros elementos em consonância com tais depoimentos configura um inaceitável preconceito ideológico contra as autoridades policiais.

Por sinal, a negação apriorística de validade do depoimento policial pode, às vezes, ser prejudicial ao próprio réu, eis que o agente policial pode dar uma versão mais favorável ao acusado do que a de outras testemunhas.

A propósito, também considero incorreto o seguinte entendimento de Amilton Bueno de Carvalho:

Em verdade, como o inquérito serve unicamente de instrumental para oferecimento da inicial de acusação, não deveria sequer ser juntado aos autos após o recebimento da peça ovo. Todavia, como ainda o sistema não disciplina isso expressamente (o art. 12 do Código apenas ordena que o inquérito acompanhe a denúncia ou queixa, cuja razão de ser é a verificação da presença da justa causa à propositura da ação penal) – o que não impede ao juiz que assim o faça – entendemos que o julgador deve simplesmente recusar a leitura das peças do inquérito no momento decisional para que tais não invadam seu imaginário e a prova “sadia” reste contaminada, ainda que inconscientemente, por aquela que repudia as garantias de um processo penal minimamente democrático. (destaque meu)⁵

Uma vez mais, existe aqui o risco da generalização ideológica, desta vez colocando

⁵ *Ibidem*, p. 61.

o inquérito policial como contrário às garantias de um “processo penal minimamente democrático”, de modo que não deveria nem ser lido pelo juiz. A sugestão causa particular arrepio quando se lembra que algumas absolvições resultam de um exame acurado de diligências efetuadas unicamente no inquérito policial (e aqui não se está fazendo referência unicamente às provas periciais, as quais são ressalvadas pelo ilustre Desembargador, autor do texto acima comentado). Exemplificativamente, podem ocorrer contradições insuperáveis em depoimentos de policiais no inquérito e em juízo, criando dúvida razoável em favor do réu.

De outro lado, o inquérito não pode ser visto como um instrumento exclusivamente opressivo e violador de direitos fundamentais. Mais uma vez, é preciso esclarecer, para evitar possíveis críticas ideológicas de ingenuidade, que não se está aqui a dizer que incorrem abusos nos inquéritos policiais. Apenas se esclarece que a função do inquérito é investigar fatos delituosos e os possíveis autores, e não oprimir pessoas inocentes. Nesse sentido, a equilibrada posição de Miguel Reale Júnior:

É engano imaginar ser destino do inquérito policial promover a colheita de provas acusatórias, pois diversas vezes a prova da fase inquisitiva é importante para a defesa do indiciado, a ponto de permitir o arquivamento, a rejeição da denúncia e mesmo a absolvição final.⁶

Assim, a generalização de recusa ao inquérito policial por uma questão ideológica poderá trazer prejuízos irreparáveis aos próprios acusados.

É importante notar, também, que, ainda na fase pré-processual, existe uma atual controvérsia acerca da possibilidade de investigação pelo Ministério Público. A resis-

tência a tal atribuição do *parquet* geralmente é sustentada por uma suposta exclusividade de investigação pelas autoridades policiais e, de outra parte, pelo risco de abusos e violações de direitos e garantias fundamentais, consistindo, a última justificativa, um preconceito ideológico, uma desconfiança contra os promotores de justiça. Também se procura sustentar a impossibilidade de investigar com base numa alegada imparcialidade do Ministério Público. A discussão muito tem de ideológica, especialmente quando baseada nos supostos riscos aos direitos fundamentais pelos promotores de justiça.

Em primeiro lugar, no tocante às apurações de infrações penais, a Constituição não atribuiu exclusividade à Polícia (art. 144, § 1º, inciso I, e § 4º, da CF). Aliás, não poderia ser diferente. Em tese, a apuração de infração penal pode ser exercida, nos limites legais, até mesmo pela própria vítima, como o exemplo de família que contrata detetive particular para apurar o paradeiro de parente sequestrado. Da mesma forma, e sempre dentro dos limites da lei, o próprio acusado tem direito a apurar a autoria ou a materialidade do delito para comprovar a sua inocência.⁷

Enfim, como a apuração de infrações penais é de interesse de toda a coletividade, não há sentido em atribuir a sua exclusividade a um só órgão. Considere-se a hipótese do detetive particular que, sem violar quaisquer leis, descobre o paradeiro do sequestrado e propicia a prisão dos sequestradores pela Polícia. Por um acaso, haveria nulidade no fato de a investigação ter sido levada a cabo por um particular? Isso seria um absurdo kafkiano e até ilógico diante da legislação que permite até que a prisão em flagrante seja efetuada por qualquer um do povo.

Desse modo, não há exclusividade na apuração de infrações penais, o que não impede, é claro, a existência de funções exclusivas

6 REALE JÚNIOR, Miguel. O juiz das garantias. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 113, p. 101-111, set. 2011, p. 109.

7 Nesse sentido, ver FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 243.

da Polícia Judiciária, tais como a revista pessoal, a efetivação de interceptações telefônicas com autorização judicial etc.

Quanto ao argumento do possível arbítrio, trata-se de mais uma questão ideológica. Nenhum promotor está acima da lei e da Constituição, e defender a sua capacidade investigatória não significa dar-lhe poderes para violar direitos e garantias fundamentais, tais como quebrar sigilos sem autorização judicial. Portanto, eventuais abusos de promotores serão coibidos da mesma forma que eventuais abusos cometidos pelas próprias autoridades policiais. Não há porque se desconfiar genericamente do promotor, aduzindo a nulidade de suas investigações feitas dentro da lei e da Constituição. Nota-se, ainda, que, ao se falar em lei, não se quer dizer que deva existir uma norma específica regulando a investigação, pois isso já decorre do artigo 129, incisos VIII e IX, da Constituição.

Ademais, diz-se que a investigação macularia a suposta imparcialidade do Ministério Público no processo penal. Tal imparcialidade é bem desconstruída por Hugo Nigro Mazzilli:

(...) A expressão “o Ministério Público é parte imparcial”, posto muito utilizada, só pode, pois, ser compreendida, se tomarmos “parte” e “imparcial” em sentidos diferentes. Assim, consideremos a palavra “parte” em seu conceito técnico processual: ao me perguntar se o Ministério Público é titular de ônus e faculdades na relação processual, minha resposta obrigatoriamente será a de que ele é parte, sem dúvida alguma. Seja órgão agente ou órgão interveniente, no processo civil ou no processo penal, pessoa alguma duvida de que ele seja titular de ônus e faculdades na relação processual. O Ministério Público sempre é parte nos processos em que atue, seja órgão agente, seja interveniente. Assim, se é parte, não pode ser imparcial (no sentido de não parte), tomadas estas expressões no mesmo sentido processual.

(...) Se, porém, eu conferir a “imparcial” apenas um sentido moral, então poderei dizer que o Ministério Público é “imparcial”.⁸

Contudo, divirjo parcialmente do nobre doutrinador, professor emérito da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo, no que tange à imparcialidade dita moral do promotor no processo penal. É certo que o Ministério Público não é um acusador implacável que deve sempre buscar a condenação, ainda que reconheça que todas as provas levam à absolvição. O promotor, tal como o juiz, é independente, e pode reconhecer que as provas produzidas em juízo não corroboraram as da investigação, pedindo, tranquilamente, a absolvição.

Todavia, ainda que no âmbito moral, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, é, sem dúvida alguma, um sujeito parcial. O membro do *parquet* oferece a denúncia porque acredita na culpa do denunciado, eis que já formou a *opinio delicti*. Nem se venha invocar o princípio do *in dubio pro societate* para o *oferecimento* da denúncia. Esse é um princípio que vale apenas para o *recebimento* da denúncia pelo juiz. Se o promotor tem dúvidas sobre a culpa do indiciado, deve investigar mais ou, na ausência de quaisquer outras possíveis diligências, deve propor o arquivamento do feito. O juiz, pelo contrário, não pode se converter num investigador da fase pré-processual, inexistindo a figura do juízo de instrução em nosso sistema.

Se o promotor tem dúvida e não vislumbra outras diligências que possam aclarar a questão, deve arquivar o feito, sob pena de propor uma ação penal sabendo de antemão que a dúvida persistirá e militará em favor do réu. É responsabilidade do promotor o oferecimento da denúncia apenas quando formar a *opinio delicti*, tendo certeza subjetiva ou

8 MAZZILLI, Hugo Nigro. O Ministério Público é parte imparcial? *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 913, p. 289-297, nov. 2011, p. 292-293.

moral da materialidade e da autoria delitiva. Nada impede que eventuais depoimentos se alterem na fase judicial, e, com isso, o promotor mude de ideia e peça a absolvição. Porém, se no momento da denúncia, o promotor não tem certeza subjetiva da culpabilidade e a oferece assim mesmo, sem quaisquer perspectivas de mudança da situação, tratar-se-á de ação penal temerária.

Por exemplo, se o promotor entender como crucial para a formação da *opinio delicti* a oitiva de determinada testemunha, deve realizar tal diligência na fase pré-processual, não sendo o caso de arriscar-se a ouvi-la apenas no processo penal, jogando com a sorte do acusado.

Se não houver *opinio delicti*, enfim, deve o Ministério Público continuar investigando o caso, e, não havendo mais nada a ser feito, a dúvida deve ensejar o arquivamento.

Nesses termos, o Ministério Público é parte tanto no sentido processual quanto no sentido moral, porquanto deve denunciar apenas quando tiver a certeza subjetiva da culpa do réu, não podendo se arriscar a dar início a um processo penal temerário. Isso seria jogar com a sorte alheia. Evidentemente, é cediço que as provas produzidas em juízo podem mudar o quadro probatório da fase inquisitorial, razão pela qual o membro do *parquet*, independente, pode pleitear a absolvição.

Assim, a suposta imparcialidade, inexistente a meu ver, não serve como argumento para impedir a investigação pelo Ministério Público.

Portanto, ao Ministério Público deve ser reconhecida a capacidade investigatória, dentro dos limites constitucionais e legais, com fulcro no artigo 129, incisos VIII e IX, da Constituição. O argumento segundo o qual o promotor violará direitos e garantias fundamentais representa mera desconfiança ideológica contra os promotores, esquecendo-se de que todo operador do Direito, policial, promotor, juiz, e até mesmo o advogado, pode cometer abusos, os quais devem ser coibidos

na forma da lei.

2.1 Uma visão politicamente incorreta do “juiz das garantias”. A iniciativa probatória do juiz criminal.

É interessante verificar, em muitas análises apressadas do Projeto de Código de Processo Penal, as afirmações generalizadas do “grande avanço” que representa a criação do “juiz das garantias”, colocando a legislação brasileira como uma das melhores do mundo.

Também vislumbro como tímidas (em quantidade, não em qualidade)⁹ as vozes que se levantam contra o juiz das garantias. Quase como se fosse politicamente incorreto posicionar-se contra o juiz das garantias, alguns lembram apenas das evidentes dificuldades práticas decorrentes da instalação

9 Existem, a meu ver, excelentes e irrefutáveis argumentações contrárias à criação do juiz das garantias, as quais serão mencionadas no decorrer deste texto.



dessa figura no Brasil afora, o que representa um prato cheio para os que transformam a discussão num debate ideológico, rebatendo que dificuldades orçamentárias não podem justificar a “violação de direitos fundamentais”. Creio que muitos podem até ter certo receio de se posicionarem contra o juiz das garantias, temendo serem tachados de antidemocráticos, antiquados, conservadores, defensores de juízes inquisidores etc.

Enfim, a defesa politicamente correta do juiz das garantias parece munir-se de uma série de argumentos utópicos sobre o “grande avanço” e sobre as conquistas para o Estado Democrático de Direito, transformando a oposição, ainda que inconscientemente, em antidemocrática e despreocupada com os direitos e garantias fundamentais.

Posiciono-me de forma contrária ao juiz das garantias, não porque sou antidemocrático, um juiz inquisidor ou defensor de violações de direitos fundamentais, nem porque me restrinjo a argumentos de dificuldades orçamentárias. Posiciono-me contrariamente ao juiz das garantias por tratar-se de criação puramente ideológica e preconceituosa contra os juízes, que não representa, por si só, qualquer avanço na defesa dos direitos fundamentais, sendo, por isso, uma mudança rigorosamente inócua e que apenas servirá, invariavelmente, para travancar o processo penal, podendo, até mesmo, dependendo da forma de sua implantação, deixar um juiz trabalhar muito menos do que o outro.

Começo a argumentação pela descrição dos dispositivos do juiz das garantias do Projeto de Código de Processo Penal:

Art. 14. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente:

I - receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do inciso LXII do

art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil;

II - receber o auto da prisão em flagrante, para efeito do disposto no art. 555;

III - zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido à sua presença;

IV - ser informado sobre a abertura de qualquer investigação criminal;

V - decidir sobre o pedido de prisão provisória ou outra medida cautelar;

VI - prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las;

VII - decidir sobre o pedido de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa;

VIII - prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso, em vista das razões apresentadas pelo delegado de polícia e observado o disposto no parágrafo único deste artigo;

IX - determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento;

X - requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação;

XI - decidir sobre os pedidos de:

a) interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação;

b) quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico;

c) busca e apreensão domiciliar;

d) acesso a informações sigilosas;

e) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado.

XII - julgar o *habeas corpus* impetrado antes do oferecimento da denúncia;

XIII - determinar a realização de exame médico de sanidade mental, nos termos do art. 452, § 1º;

XIV - arquivar o inquérito policial;

XV - assegurar prontamente, quando se fizer necessário, o direito de que tratam os arts. 11 e 37;

XVI - deferir pedido de admissão de

assistente técnico para acompanhar a produção da perícia;

XVII - outras matérias inerentes às atribuições definidas no *caput* deste artigo. Parágrafo único. Estando o investigado preso, o juiz das garantias poderá, mediante representação do delegado de polícia e ouvido o Ministério Público, prorrogar, uma única vez, a duração do inquérito por até 15 (quinze) dias, após o que, se ainda assim a investigação não for concluída, a prisão será imediatamente relaxada.

Art. 15. A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo e cessa com a propositura da ação penal.

§ 1º. Proposta a ação penal, as questões pendentes serão decididas pelo juiz do processo.

§ 2º. As decisões proferidas pelo juiz das garantias não vinculam o juiz do processo, que, após o oferecimento da denúncia, poderá reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso.

§ 3º. Os autos que compõem as matérias submetidas à apreciação do juiz das garantias serão apensados aos autos do processo.

Art. 16. O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências do art. 14 ficará impedido de funcionar no processo, observado o disposto no art. 748.

Art. 17. O juiz das garantias será designado conforme as normas de organização judiciária da União, dos Estados e do Distrito Federal.

Pois bem, iniciei a crítica ao juiz das garantias, aduzindo tratar-se de um preconceito ideológico contra os juízes. Assim, indago: existe algum juiz, no sistema atual, que não tenha por dever a preservação das garantias dos acusados? A resposta é evidentemente negativa, porquanto todo juiz tem o dever de respeitar a Constituição e, por conseguinte, de preservar os direitos e garantias fundamentais. Nesse diapasão, reproduzo a excelente crítica feita pelo Desembargador Federal Abel

Fernandes Gomes, num dos melhores artigos escritos sobre o tema:



Começemos por examinar a própria denominação do instituto: “juiz das garantias”. A nosso ver, ela configura verdadeira tautologia, do momento em que expressa discurso vicioso, inútil e repetitivo, porquanto a existência do juiz já é, histórica e essencialmente, senão a mais importante, uma das mais relevantes garantias conquistadas pela humanidade, na medida em que se trata da investidura de um cidadão na autoridade pública de julgar segundo regras constitucionais e leis editadas pelo Poder Legislativo, tudo dentro de uma concepção tradicionalmente consagrada por Montesquieu sobre a divisão harmônica dos poderes. (...) *Mas se garantir direitos aos que figuram na relação processual já é a própria função filosófica e histórico-jurídica do juiz, a denominação “juiz das garantias” perde o sentido, e somente na sua conjugação com a unilateralidade do objeto da responsabilidade que o Projeto parece reservar para esse juiz – a qual segundo a literalidade do art. 14 do texto do PLS nº 156/09 é a salvaguarda de direitos individuais do investigado – passa a ser compreendida, mas já agora como apenas uma ideologia: a de que o juiz deve sempre assegurar direitos individuais do réu, independentemente do que orienta a Constituição na sua compreensão garantista integral.* (...) a impressão que se colhe é que se pretende arrancar desse juiz o compromisso

de garantir com preferência o interesse individual do investigado em qualquer circunstância. (destaques meus)¹⁰

Em suma, conforme bem exposto pelo eminente Desembargador, depreende-se a possibilidade de uma visão ideológica do processo penal, tornando-se o juiz um aliado do réu, com o propósito de defendê-lo a todo custo, o que certamente não tem qualquer sentido na visão séria e equilibrada que deve ter o juiz consciente. Digo mais, se a ideologia em questão tem a função de tornar o juiz mais consciente, apresentando menos descaso para com os direitos do acusado, não existe a mínima garantia de que a mudança legislativa produzirá qualquer resultado. E se o cargo de “juiz das garantias” for ocupado pelo mau juiz, acostumado aos descasos? Se a ideia é evitar maus juízes, certamente isso não ocorrerá com um passe de mágica numa mudança legislativa. Se a intenção é criar um juiz ideológico, isso afetará a independência do juiz consciente, que não se coloca nem como aliado nem como adversário do réu.

E se a ideia for simplesmente ter um juiz imparcial para o julgamento do processo, ter-se-á, preliminarmente, um imenso desconhecimento da atividade judicial. Considerar que o juiz que determina uma busca e apreensão, uma interceptação telefônica e até mesmo uma prisão cautelar está irremediavelmente compromissado com uma condenação representa uma arrogante e preconceituosa pretensão de se conhecer o comportamento e a psique dos juízes, tratando-os como ratos de laboratório ou animais amestrados. A absoluta ausência de base empírica ou científica para tal assertiva é muito bem observada por Abel Fernandes Gomes:

Outro fundamento da criação do juiz das garantias, não tão expresso no texto do PLS nº 156/09, mas incisivamente apon-

tado pelas opiniões de alguns autores, é que o atual sistema, em que o mesmo juiz decide sobre a admissibilidade, prorrogação e incidentes de medidas investigatórias; meios de coleta de elementos de convicção para oferecimento de denúncia e até mesmo cautelares, em momento anterior àquele em que decidirá o mérito da ação penal à luz das provas carreadas aos autos, acaba por contaminar o julgador, que, segundo opinam tais autores, se veria irremediavelmente envolto no compromisso de julgar o mérito da ação segundo a mesma valoração feita quando decidiu sobre aquelas medidas. Contudo, com todo respeito aos argumentos que procuram sustentar a afirmação – até certo ponto preconceituosa – de que todo juiz que decide medidas provisórias estará contaminado para sempre por esse contexto decisório, tais assertivas não se revestem de nenhuma base científica. (...) Como se observa, de logo há certa carga de preconceito no primeiro argumento, porquanto se acredita difícil ou impossível que o juiz assuma uma postura imparcial já quando tenha que apreciar algum requerimento na fase pré-processual segundo o que lhe relata a autoridade. *E, por que seria difícil ou impossível se manter alheio aos elementos unilaterais? Supõe-se isso ou parte-se de dados científicos a respeito? E mais, se tal suposição fosse empiricamente demonstrável, seria a figura de mais um juiz no processo de primeiro grau, o juiz das garantias, que impediria a indesejada propensão humana de se deixar influenciar apenas pelo que diz uma das partes? E ainda, se tal indesejada propensão humana é possível, ela também não poderia estar presente no juiz do mérito, sempre propenso a dar crédito somente à acusação? E o que dizer das também humanas propensões a favorecer o acusado não obstante elementos a ele contrários?* (destaque meu)¹¹

10 GOMES, Abel Fernandes. “Juiz das garantias”: inconsistência científica; mera ideologia – como se só juiz já não fosse garantia. *Revista CEJ*, Brasília, n. 51, p. 98-105, out./dez. 2010, p. 100-101.

11 *Ibidem*, p. 102-103.

A excelência da argumentação do nobre Desembargador levou a essa longa transcrição. Quem diz que um juiz que, por exemplo, determinou uma interceptação telefônica está determinado a condenar, com toda a devida vênia, não sabe, minimamente, o que é ser juiz criminal. Quando determina uma interceptação telefônica, à luz dos requisitos legais, o juiz consciente não sabe o que aquela prova irá produzir, se terá ou não algum resultado frutífero. E mesmo algumas conversas aparentemente suspeitas poderão revelar-se perfeitamente lícitas ou explicáveis no processo, podendo acarretar a absolvição. Até mesmo a prisão cautelar, julgada necessária no momento pré-processual, pode ceder a provas em contrário produzidas no decorrer do feito. Nada vinculará o juiz consciente. Já o mau juiz continuará o sendo, independentemente de qualquer mudança legislativa.

Enfim, a mudança que se pretende como um grande avanço é inócua. O suposto e pretensioso conhecimento de como o juiz irá julgar, mesmo quando a assertiva é feita por um magistrado, desconsidera a individualidade de cada julgador, partindo de um determinismo sem qualquer base empírica ou científica. E a suposta melhoria do julgamento por intermédio de mudança legislativa desconsidera o juiz como ser humano, com suas particulares imperfeições.

Já é dever de todo juiz a tutela dos direitos e garantias fundamentais. Se isso não é feito agora, não será a alteração legislativa que produzirá a mudança comportamental dos juízes. Também no mesmo sentido, o jurista Miguel Reale Júnior:

O Projeto parte da suspeita de que o Juiz, ao conceder medidas cautelares, estará, por isso, comprometido com o seu ato de autorizar ou não autorizar escuta telefônica ou uma busca e apreensão. Com maior ênfase, surge a desconfiança de suspeita de um veredicto condenatório futuro em face da decretação da prisão preventiva a ser devidamente fundamentada com base no

reconhecimento de indícios de autoria e de materialidade do crime. Não entendo, todavia, que o Juiz se vincule às suas decisões, precárias quanto ao exame da prova, de forma a estar comprometido com o que decidiu a ponto de se tornar *parcial*. Se assim for, o Juiz que concede o pedido de interceptação telefônica estará predisposto a condenar independentemente do conteúdo das conversas que virão a ser captadas; e o que negou o pedido de interceptação tendente a rejeitar a denúncia ou absolver no processo a ser instaurado. (destaque original)¹²

A ideologia preconceituosa que defende o juiz das garantias como única forma de assegurar a imparcialidade ou, até mesmo, como uma maneira de supostamente aperfeiçoar a imparcialidade é extremamente simplificada da natureza humana, reduzindo o juiz a um autômato com decisões totalmente previsíveis, hipótese totalmente afastada com um mínimo de contato com a realidade judicial.

Alguns defensores do juiz das garantias, de fato, estão imbuídos de boas intenções, muito embora suas reflexões careçam de maior profundidade sobre a individualidade humana, sendo mera fantasia supor que o juiz que não atua no inquérito é mais imparcial do que os outros. Contudo, não descarto, por trás dessa ideia, a existência de um preconceito contra determinados juízes, especialmente em casos de grande repercussão e que, talvez por coincidência, usualmente envolvem réus poderosos ou abastados. O fato é mencionado pelo jurista Miguel Reale Júnior:

Mas, se é verdade que Juízes, especialmente de varas especializadas federais, passaram a realizar um ativismo judicial, mais justiceiros sociais do que Juízes, nem por isso se deve concluir que todo Juiz, por ter decretado a prisão preventiva, estará “suspeito” de

¹² REALE JÚNIOR, Miguel. O juiz das garantias. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 113, p. 101-111, set. 2011, p. 109-110.

parcialidade, pois tentado a dar razão a si mesmo para condenar aquele cuja custódia cautelar decretara.¹³

Nota-se, pois, que o preconceito parece até ter alvo certo: juízes federais de varas especializadas em crimes financeiros. Aqui, é normal que interpretações diferentes estejam surgindo diante do recrudescimento do combate aos crimes do colarinho branco pela Polícia Federal e pelo Ministério Público Federal. É certo que eventuais abusos devem ser coibidos em relação a qualquer magistrado. Porém, isso ocorrerá no bojo do processo judicial. Não será a criação do juiz das garantias um remédio miraculoso que evitará ou diminuirá abusos. Tornar-se um juiz das garantias não mudará a mentalidade do magistrado, o qual continuará agindo da mesma forma. Se a sua atuação era passível de críticas antes, continuará a ser depois do instituto. Possível e provavelmente, a mudança será uma só: o juiz das garantias, se atuar exclusivamente como tal, terá menos serviço do que o juiz dos processos.

Imagine-se uma subseção ou comarca pequena, com lides penais razoavelmente simples de se investigar. Na maioria dos casos, o juiz das garantias se limitará a dar simples despachos no inquérito. Já o juiz do processo decidirá desde o recebimento da denúncia (o que também é criticado pela doutrina) até a sentença, passando pelos pedidos incidentes do processo, como o de absolvição sumária, e realizando todos os atos da audiência. O artigo 16 do referido Projeto garante situações até esdrúxulas, como no exemplo trazido por Miguel Reale Júnior:

Assim, se um Juiz requisitar informações sobre o andamento do inquérito policial, cujo prazo para sua ultimção estiver vencido, não poderá ao depois participar do processo a ser eventualmente instaurado.¹⁴

Curioso, outrossim, que a exposição de motivos do Projeto aduz que o juiz das garantias não será um mero gestor de inquéritos. Ora, da forma como está previsto, na maioria dos casos, o juiz das garantias será sim um mero gestor de inquéritos, tal como no exemplo supratranscrito do ilustre penalista.

Outro dispositivo do Projeto que denota a inocuidade do juiz das garantias é o § 2º do artigo 15, o qual determina que o juiz do processo poderá reexaminar toda e qualquer questão apresentada ao juiz das garantias. Assim, se o juiz das garantias indeferir uma busca e apreensão ou uma prisão cautelar, essas questões poderão ser reexaminadas pelo juiz do processo, que poderá deferir tais medidas. Enfim, toda utopia de maior imparcialidade, pretendida com o “juiz das garantias”, desmorona, torna-se inócua diante do reexame previsto no Projeto, o que, diga-se de passagem, não poderia ser diferente. Por acaso o juiz do processo que reexaminou as questões antes levadas ao conhecimento do juiz das garantias tornou-se mais imparcial? Seria demasiado tortuoso e frágil o raciocínio que levaria a tal conclusão. A solução ao paradoxo seria pior: tornar imutáveis as decisões do juiz das garantias, declarando-o, em tese, superior ao juiz do processo, que teria jurisdição limitada, e, temerariamente, supor que determinadas situações do processo tornam-se imutáveis.

Daí vem a questão pragmática: por que correr sérios riscos de desestruturar o sistema processual penal, especialmente em pequenas comarcas e subseções de uma vara só e, pior, com apenas um juiz, em nome de um instituto ideológico que, tudo leva a crer, será totalmente inócua? Com efeito, por vezes, o pensamento politicamente correto não resiste a uma reflexão aprofundada. Certamente, a solução para a desconfiança de certos setores em relação aos magistrados não virá com o juiz das garantias.

De outro prisma, também está em voga a desconfiança contra a iniciativa probatória do juiz.

¹³ *Ibidem*, p. 110.

¹⁴ *Ibidem*, p. 104.

Aqui, existe a ideia de que a instrução de ofício afeta a imparcialidade do magistrado. Novamente, pergunto se isso não é uma mera afirmação baseada num suposto conhecimento prévio de como o juiz decide uma lide penal.

Noutra ocasião, já tive a oportunidade de analisar o entendimento segundo o qual um juiz com iniciativa probatória torna-se necessariamente parcial:

Analisando a assertiva em questão: se o juiz determina uma prova não buscada por uma das partes, ele necessariamente torna-se parcial, já que “obviamente” inclina-se para um dos lados. Com o devido respeito, a referida obviedade levaria a uma conclusão absurda: o juiz sempre saberia de antemão o resultado da prova por ele determinada. Teria praticamente o dom da onisciência. Afinal, se ao determinar uma prova, o magistrado já se inclina para uma das partes, obviamente ele já sabe o que a diligência, ao final, irá comprovar. Isso, evidentemente, é um absurdo que, pior ainda, criaria outro paradoxal absurdo: o fato de o juiz onisciente não determinar a produção de uma prova que poderia prejudicar o lado para o qual se inclina também o tornaria parcial. Enfim, se o juiz sabe de antemão o resultado da diligência probatória, ele será parcial quer se mantenha inerte quer tenha a iniciativa probatória.¹⁵

No mesmo sentido, o elegante raciocínio de José Carlos Barbosa Moreira, citado em artigo do Procurador da República Rodrigo de Grandis:

Daí a conclusão que o uso dos poderes instrutórios não é incompatível com a imparcialidade do juiz criminal. Como

pontua, com extrema correção, José Carlos Barbosa Moreira: “no momento em que determina uma diligência, não é dado ao juiz adivinhar-lhe o êxito, que tanto poderá sorrir a este litigante como àquele. E, se é exato que um dos dois se beneficiará com o esclarecimento do ponto antes obscuro, também o é que a subsistência da obscuridade lógica beneficiaria o outro. *Olhadas as coisas por semelhante prisma, teria de concluir-se que o juiz não é menos parcial quando deixa de tomá-la do que quando toma a iniciativa instrutória, pois, seja qual for a sua opção, acabará por favorecer uma das partes.*”¹⁶

Rodrigo de Grandis, no mesmo artigo, aduz que “a imparcialidade não se confunde com a neutralidade”.¹⁷ Enfim, a imparcialidade não significa que o juiz brasileiro tenha de ser um mero expectador das provas apresentadas em juízo. Se assim for, em rigor, o juiz não deveria produzir nem participar de prova alguma, incluindo-se, aqui, o interrogatório do réu, que passaria a ser feito exclusivamente pelas partes. Só assim existe coerência naqueles que dizem que o juiz não pode ter iniciativa probatória alguma. Só o fato de realizar o interrogatório já torna possível a realização de uma pergunta pelo juiz que o promotor não faria.

Em verdade, conforme explicitado acima, o juiz, a menos que se lhe reconheça o dom da onisciência, não sabe qual será o resultado da prova por ele determinada, ou seja, a quem tal prova beneficiará.

Contudo, poder-se-ia dizer que a obscuridade causa a dúvida e a dúvida sempre militaria em favor do réu, razão pela qual deveria ser vedada a iniciativa probatória do juiz, que sempre atuaria como substituto do órgão da acusação. Tal generalização é incorreta. Amiúde, o contexto probatório dos autos

15 AZEVEDO, Paulo Bueno. Procedimento judicial em caso de ausência do representante do Ministério Público Federal na audiência de instrução (ainda existe o princípio da verdade real?). *Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região*, São Paulo, n. 111, p. 4-11, jan./fev. 2012, p. 7.

16 GRANDIS, Rodrigo. O juiz tem compromisso com a luta contra o crime? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 71, p. 250-265, mar./abr. 2008, p. 261.

17 *Ibidem*, p. 260.

conduz à condenação do réu. É o que chamo de presunção de veracidade das provas. Não se confunde com presunção contra ou a favor do réu. Trata-se da análise das provas pelo juiz que o leva a concluir pela condenação ou pela absolvição. O juiz pode condenar ou absolver baseado nas provas. Só que, apesar de as provas indicarem um ou outro resultado, é possível que a verdade real seja diversa daquela indicada pelas provas.

Certa vez, determinado réu era acusado de tentativa de estelionato previdenciário, por falsificar um atestado médico de incapacidade temporária, alterando sempre a sua data, visando a induzir a percepção de que seriam atestados diferentes. A perícia administrativa do INSS atestou a capacidade do réu. Em alegações finais, o Ministério Público Federal sustentou a materialidade do delito, consistente na fraude das datas dos atestados (meio fraudulento) e na tentativa de induzir o INSS a erro (consistente em tentar receber benefício previdenciário por incapacidade, quando seria, em verdade, capaz). A defesa aduziu a falta de dolo, eis que o réu, com muitas dores, realmente pensava estar doente. Nenhuma prova foi requerida pelas partes. O contexto probatório indicava a culpa do réu. Todavia, este magistrado teve a seguinte dúvida: e se o réu fosse realmente incapaz, a despeito da conclusão administrativa do INSS? Afinal, o mínimo de vivência do juiz federal em causas previdenciárias o leva a suspeitar das conclusões administrativas de peritos do INSS, muitas vezes derrubadas pela perícia judicial. A despeito da ausência de qualquer requerimento das partes, converti o julgamento em diligência para a realização da prova pericial. Observo que, se a prova pericial indicasse a capacidade e a existência de queixas fantasiosas do réu, a tese defensiva seria praticamente fulminada. Contudo, a perícia judicial revelou a incapacidade total e permanente do réu em período anterior à própria data dos fatos descrita na denúncia. Instado a se manifestar sobre a prova produzida de ofício pelo juízo, o ilustre Procu-

rador da República voltou atrás e requereu a absolvição. E assim foi decidido num caso em que o contexto probatório anterior induzia a responsabilidade penal do réu.

Nem se venha alegar que, anteriormente, havendo dúvida sobre a conclusão administrativa, o réu já deveria ser de antemão absolvido. Isso somente poderia ser feito por uma presunção de que a perícia administrativa estivesse errada, o que seria absurdo e tornaria o juiz, aí sim, parcial, um verdadeiro aliado do réu no processo. Nem se poderia ignorar a existência da perícia administrativa, como se não tivesse qualquer validade no âmbito judicial, eis que desnecessária a repetição em juízo, não pairando dúvidas sobre a sua consistência.

O caso genérico e resumidamente relatado acima é verídico e a absolvição já transitou em julgado. Pode-se dizer que se trata de situação excepcional. Porém, excepcional geralmente é a iniciativa instrutória do magistrado.

O juiz é o destinatário da prova e não pode recusar o julgamento se tiver dúvidas. Como a decisão do juiz deve ser motivada e não pode ser por ele recusada, não pode lhe ser negada a iniciativa probatória, quando julgar obscuro algum ponto do processo. A motivação seria prejudicada se o juiz considerasse necessária a produção de outras provas para aclarar determinada questão e estivesse impedido de fazê-lo. E, como ilustrou o caso acima, nem sempre a dúvida do magistrado leva à absolvição do réu, tal como nem sempre a iniciativa probatória do juiz prejudica o réu.

Como se nota, a criação do juiz das garantias e a negação da iniciativa probatória do juiz são dois aspectos do mesmo preconceito contra os juizes, no sentido de supostamente saber como ele julgará, como se fosse um previsível autômato.

Se a participação do juiz na atividade probatória o torna parcial, como querem alguns, então a solução não seria a criação do juiz do inquérito, mas sim a do juiz da

sentença. Somente aí estaria definitivamente assegurada a sua distância em relação às provas produzidas no feito. Contudo, aí se alegaria a violação do princípio da identidade física do juiz, que deve ter um contato maior com as provas para julgar melhor. Enfim, mais um paradoxo quase esquizofrênico sobre a participação ou não do juiz na atividade probatória: quanto mais afastado das provas, mais imparcial; quanto mais próximo das provas, julga melhor.

Esse ideal de magistrado perfeito não será alcançado pela criação do juiz das garantias ou pelo tolhimento de sua iniciativa probatória. Ambas as propostas tendem apenas a limitar a atuação dos bons juízes determinados na busca da verdade processual mais aproximada da verdade substancial.

3. Direito Penal e Processual Penal do Inimigo.

Com o crescimento das preocupações com o terrorismo, especialmente desde as atrocidades do dia 11 de setembro de 2001, aumentou o interesse doutrinário pelo chamado Direito Penal do Inimigo, teoria preconizada por Günther Jakobs.

No entender de Jakobs, quem age, por princípio, contra o ordenamento jurídico, não pode ser tratado como pessoa, sob pena de se ofender os direitos da própria coletividade:

Quem não pode oferecer segurança cognitiva suficiente de que se comportará como pessoa não só não pode esperar ainda ser tratado como pessoa, como tampouco o Estado está *autorizado* a tratá-lo ainda como pessoa, pois, de outro modo, estaria lesando o direito das outras pessoas à segurança. Assim, pois, seria totalmente incorreto condenar o que se está chamando aqui de Direito Penal do Inimigo (...).¹⁸

Em nosso cotidiano, é comum ver notícias de atrocidades cometidas por criminosos. Por dinheiro ou por outros motivos de somenos importância, matam-se crianças, mulheres grávidas, pais em frente aos filhos... Membros de organizações criminosas enfrentam-se com a Polícia diariamente. Muitos fazem do crime um estilo de vida e mostram pouca ou nenhuma consideração pela vida humana alheia. Esses são os “inimigos”? E não tratá-los como “inimigos” seria colocar em risco a segurança pública? Assim, tratá-los como “inimigos” equivaleria a salvaguardar a segurança pública?

O suposto dever do Estado de não tratar como pessoas os “inimigos” consistiria exatamente em quê? Justificar-se-ia a tortura ou a pena de morte contra os “inimigos”? Como identificar tais “inimigos”? A violência estatal contra os “inimigos” eliminaria a violência deles contra a sociedade? Violência elimina ou gera violência?

O Direito Penal do Inimigo é mais um exemplo de direito penal ideológico. Inimigos não devem ser tratados como pessoas, sob pena de se colocar em risco a sociedade. É a argumentação *ad terrorem*. Porém, a ideologia não resiste aos fatos nem à observação atenta da natureza humana. Por mais atroz que tenha sido o crime, o réu sempre deve ser tratado como pessoa. O tratamento como inimigo não provocará maior temor nos criminosos habituais. Num ou noutro caso específico, pode até ser verdade. Contudo, na prática, os inimigos irão se comportar como animais acuados. Atacarão mais.

Como identificar os inimigos? Quem identificaria o inimigo? A Polícia, o Ministério Público, o Judiciário? O Poder Legislativo? O Poder Executivo? Inimigos poderiam ser considerados aqueles que se opõem ao governo? Como se percebe, o risco de um Direito Penal do Inimigo criar um regime totalitário é grande. Fatalmente, os inimigos seriam aqueles que se opõem ao Estado, considerados terroristas em potencial.

18 JAKOBS, Günther. *Direito penal do inimigo*. Organização e introdução de Luiz Moreira e Eugênio Pacelli de Oliveira. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 17.

Argumento interessante é o de que o Direito Penal do Inimigo já existe em diversas leis penais e processuais penais. Portanto, para se evitar o risco de aplicá-lo a quem não mereça, deve-se delinear-lo de modo a reservá-lo apenas a quem realmente faça jus à sua aplicação. Mencione-se, aqui, a conclusão de Jakobs:

Um Direito Penal do Inimigo claramente delineado é menos perigoso, do ponto de vista do Estado de Direito, do que misturar *todo* o Direito Penal com fragmentos de regulações próprias do Direito Penal do Inimigo.¹⁹

O Direito Penal do Inimigo esparsos seria ilegítimo, porém o delineado para determinados grupos de pessoas, ou melhor, “inimigos” seria legítimo? Ou talvez menos perigoso? Seria realmente menos perigoso classificar determinados indivíduos como inimigos? As perguntas se repetem: quem faria a classificação dos inimigos: o legislador, o promotor, o juiz? A classificação como inimigo ocorreria em qual momento do processo penal? No momento da denúncia ou da sentença?

A alusão a normas esparsas de Direito Penal do Inimigo não parece, com toda a devida vênia, uma boa justificativa para se instituir um Direito Penal do Inimigo. Aliás, é paradoxal alegar um mal para institucionalizar o mesmo mal que se tornaria um bem. A conhecida lição de Jesus Cristo na Bíblia sobre dar a outra face quando sofrer um mal costuma ser mal interpretada e até ironizada

como uma lição de masoquismo. A interpretação é incorreta. O dar a outra face significa que um erro não justifica outro. Um mal não justifica outro mal. Um suposto Direito Penal do Inimigo esparsos não justifica a institucionalização de um Direito Penal do Inimigo.

Se normas de “Direito Penal do Inimigo” foram instituídas pelo legislador, há de se aferir a sua constitucionalidade. Se constitucionais, não são normas destinadas a inimigos. Se inconstitucionais, devem ser eliminadas. E ao Judiciário compete fazê-lo por meio do controle de constitucionalidade.



O uso do direito penal internacional também é invocado por Jakobs para justificar o Direito Penal do Inimigo:

A punição internacional ou nacional de violações dos direitos humanos após uma revolução política tem feições típicas de Direito Penal do Inimigo, mas nem por isso é ilegítima.²⁰

¹⁹ *Ibidem*, p. 23.

²⁰ *Ibidem*, p. 23.

O argumento é sofismático, eis que concebe o direito penal internacional como Direito Penal do Inimigo. Em verdade, é justamente o contrário: mais legítimo o direito penal internacional se torna quanto mais se afasta da feição de um Direito Penal do Inimigo. Existem diferentes processos e punições internacionais. O assassinato de Muammar Gaddafi por revolucionários é considerado legítimo pela sociedade internacional? E as prisões americanas de Abu Ghraib e as torturas que lá ocorrem ou ocorreram, são elas consideradas legítimas? Parece que, ao contrário do argumentado por Jakobs, mais ilegítimo o direito penal internacional se torna quanto mais se aproxima de um “Direito Penal do Inimigo”.

Nenhum réu deve ser considerado inimigo. A justificativa filosófica do Direito Penal do Inimigo é frágil e, pior, oferece o imenso perigo de formação de um processo penal ideológico. Por isso, tal visão deve ser combatida.

4. A interpretação possível da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos para a observância de princípios constitucionais penais e processuais penais. Os riscos da ideologia do combate à impunidade no processo penal internacional.

A expressão “direitos humanos dos bandidos” é relativamente comum no povo, seja pela influência da própria mídia, especialmente por conta de programas televisivos que exploram a violência e seus apresentadores-pregadores (supostos campeões da moral), seja pela própria atuação ideológico-partidária de alguns ditos defensores de direitos humanos. Em verdade, a defesa dos direitos humanos deve compreender não só o amparo às vítimas da violência, como também a proteção contra o arbítrio do Estado no processo penal. Assim, mesmo os criminosos merecem o direito a um julgamento justo, devendo ser

protegidos contra tortura, linchamento etc. Qualquer cerceamento de defesa também deve ser combatido. Até porque, enquanto réus, ainda não podem ser considerados culpados antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Se a mera acusação já significar culpa, ter-se-á o autoritarismo estatal e o processo penal se tornará uma farsa com um resultado previamente conhecido.

A mídia costuma apontar como um dos problemas brasileiros a impunidade, seja de modo geral seja em relação a setores específicos, como os crimes de colarinho branco, delitos cometidos por políticos etc. Trata-se de um justo anseio da sociedade, o combate à impunidade.

Todavia, esse combate precisa ser encarado como uma pretensão moral ou social, e nunca como uma obrigação jurídica do Estado-Juiz, encarnado pelo Poder Judiciário. Se existe a obrigação de punir, o resultado do processo é previamente conhecido. Assim, novamente o processo penal torna-se uma farsa.

Muitas das grandes conquistas do indivíduo contra o Estado, sem dúvida, ocorreram no âmbito penal. Vale lembrar os princípios da reserva legal, da irretroatividade das leis penais, da humanização das penas, além dos princípios processuais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal. Há, também, outras garantias, como o estabelecimento de prazos prescricionais, a proibição de provas ilícitas etc. Recorde-se que os princípios e garantias beneficiam a todos os réus e, porventura, podem impedir a condenação de culpados. Exatamente por isso, não há falar-se numa obrigação estatal de punir, porém tão-somente na obrigação de propiciar um julgamento justo. Para todo e qualquer réu.

Nessa ordem de ideias, é errônea uma determinada interpretação da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Gomes Lund e outros vs. Brasil*, a qual determinou a impossibilidade de aplicação da Lei de Anistia e de institutos como a prescrição ou a coisa julgada.

Alguns doutrinadores, que costumam apontar como autoritários, conservadores e arcaicos todos aqueles que assumem posições contrárias às suas, consideram que o Supremo Tribunal Federal foi autoritário ao considerar válida a Lei de Anistia.²¹ Curioso que o STF é considerado autoritário por ter limitado o direito penal. E, da mesma forma, a Corte Interamericana de Direitos Humanos é considerada “progressista”, por ter estipulado de forma clara e simples o cerceamento de defesa, ao vedar a utilização de possíveis teses defensivas dos réus. Novamente, resalto a ironia do caso. E observo que muitos dos defensores da punição de militares brasileiros pelos crimes de tortura na época do regime militar são árdios defensores da ditadura cubana, por eles encarada como uma democracia. Uma democracia em que o “Presidente” Fidel Castro ficou no poder por 49 anos e, ao ficar doente, repassou o poder “democrático” a seu irmão, Raul Castro.

Enfim, aqui se está diante de um caso claro de um confronto ideológico entre direita e esquerda a pretender contaminar o processo penal.

Os cegos pela ideologia, de esquerda ou de direita, praticamente dividem o mundo entre o Bem e o Mal. Tudo o que os de direita fazem é mal, segundo um esquerdista. Se a mesma coisa é feita por esquerdistas, aí tudo é justificado. E vice-versa. É lamentável, porém, que essa cegueira, para não dizer infantilidade ideológica, atinja muitos políticos, autoridades judiciais e agentes públicos, tanto no âmbito nacional quanto no internacional. Pergunto-me até quando persistirá esse verdadeiro atraso mental que faz alguém pensar ser superior a outrem em razão de sua ideologia. Se o ser humano não se der conta de que erra tanto

quanto o próximo, que é tão responsável por ilícitos quanto o próximo, que carrega sempre um mal dentro de si tanto quanto o próximo, haverá sempre o risco de processos penais ideológicos, com a alternância no tempo de diferentes correntes ideológicas, ora vencedoras ora perdedoras.

Porém, volto à problemática da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos –CIDH. Observo, a propósito, que, no caso Barreto Leiva vs. Venezuela, a CIDH decidiu que a sentença condenatória proferida pela Suprema Corte da Venezuela teria violado o princípio do duplo grau de jurisdição (art. 8.2, “h”, da Convenção Americana de Direitos Humanos). Tal caso foi recentemente lembrado como precedente a ser utilizado por réus da Ação Penal 470, popularmente conhecida como “Julgamento do Mensalão”.

Faço um paralelo entre esse julgamento e o *decisum* do caso Gomes Lund e outros vs. Brasil. Ora, poderia uma Corte Internacional excluir *a priori* possíveis matérias de defesa a serem aplicadas em julgamentos que ainda nem se iniciaram aqui no Brasil? Na visão de alguns, os juízes brasileiros deveriam cumprir à risca a decisão da CIDH e rejeitar de plano tais matérias de defesa.

Enfim, paradoxalmente, caso isso literalmente aconteça, os réus desses processos sofrerão não apenas com a violação do duplo grau de jurisdição, como também do próprio acesso à Justiça em qualquer grau de jurisdição, já que não poderão discutir a decisão da CIDH que seria supostamente vinculante.

Como se pode defender existir ampla defesa num processo em que juízes rejeitam *a priori* matérias de defesa, como se estivessem “cumprindo” decisões de uma Corte Internacional da qual nenhum dos réus participou como parte ou como interessado?

Assim, há algo de muito errado em quem interpreta a decisão da CIDH como uma obrigação a ser cumprida por juízes brasileiros, que estariam vinculados àquilo que foi decidido, excluindo *a priori* determi-

21 Nesse sentido, ver GOMES, Luiz Flavio; MAZZUOLI, Valério (Org.). Crimes da ditadura militar e o “Caso Araguaia”: aplicação do direito internacional dos direitos humanos pelos juízes e tribunais brasileiros. In: _____; _____. Crimes da ditadura militar: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 52.

nadas matérias de defesa. Digo mais, estaria ocorrendo flagrante cerceamento de defesa e ofensa ao contraditório e ao duplo grau de jurisdição, eis que réus seriam prejudicados por decisão da CIDH, em processo internacional do qual não fizeram parte. Noutras palavras, cumprir *ipsis litteris* a decisão da CIDH, rejeitando, de plano, teses defensivas, representa uma clara violação de direitos humanos do acusado no Brasil, por ofensa aos princípios penais e processuais penais dantes mencionados.

Acerca da suposta imprescritibilidade, por exemplo, é certo que se trata de hipótese não prevista na Constituição brasileira. Poderia a imprescritibilidade de crimes, instituto que restringe direitos e garantias do réu, ser admitida com base numa convenção internacional de direitos humanos não ratificada pelo Brasil à época dos fatos? E em nome da tutela dos direitos humanos, os direitos e garantias do réu seriam esquecidos ou considerados inexistentes? E para quê? Para se impor uma pena tardia que teria exatamente qual função? Preventiva? Repressiva? Vingativa? Pode-se invocar o direito internacional para pisotear as garantias penais e processuais, com o único objetivo de se aplicar o suposto remédio da pena? Essa pseudodefesa dos direitos humanos paradoxalmente viola os próprios direitos humanos. Cito, a propósito, o sábio tirocínio de Nilo Batista:

(...) Como os internacionalistas se apropriaram da pena pelos caminhos teóricos legitimantes (retribucionismo ou preventivismo), e não têm que interessar-se pela realidade das criminalizações e execuções penais e seus resultados sociais, frequentemente tendem a recorrer a ela como superação simbólica da crise de eficácia dos direitos humanos, como uma espécie de emplastro Braz Cubas contra a hipocondria do desamparo jurídico, à maneira dos funcionalistas sistêmicos, que esperam do encarceramento do condenado a reafirmação da vigência da norma como os inquisidores anelavam das fogueiras a

constância na fé. Outorgada uma função positiva, ainda que um pouco mística à pena, inicia-se paradoxalmente a corrosão dos próprios direitos humanos.²²

Sobre a imprescritibilidade, Nilo Batista também se manifesta com propriedade:

Olhemos por um instante para a questão da imprescritibilidade. Sua internalização não conheceria maiores objeções se estivessemos falando da imprescritibilidade de direitos fundamentais, tal qual os representantes do povo francês quando proclamavam em 1789 a existência de “direitos naturais e *imprescritíveis*” como a liberdade e, naturalmente, a propriedade (art. 2º). Mas a imprescritibilidade imposta a determinados delitos representa, pelo contrário, uma exceção gravosa aberta na disciplina geral que, por habilitar ampliativamente a persecução e a execução penal, de um lado não pode também ingressar na ordem jurídica interna pela porta dos fundos, e de outro deve submeter-se ao princípio da legalidade. (destaque original)²³

Também é digno de menção o entendimento de Dimitri Dimoulis:

Primeiro, as soluções repressivas, em particular a criminalização, não resolvem problemas políticos. A eventual punição de responsáveis por crimes de motivação política satisfaz instintos de vingança de seus adversários, contribuindo para manter animosidades e dando à sociedade o perigoso sinal de que à violência se responde com violência. No caso brasileiro, temos o problema adicional do tempo já transcorrido. Logo após o fim da ditadura poderia ser sustentado com plausibilidade que

22 BATISTA, Nilo. Nota introdutória. In: DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Antonio; SWENSSON, Lauro Joppert Junior (Org.). *Justiça de transição no Brasil: direito, responsabilização e verdade*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 13-14.

23 *Ibidem*, p. 15.

a punição neutralizaria criminosos, teria efeito intimidatório-preventivo e permitiria consolidar a democracia. *Mas a tentativa de iniciar processos quase meio século após o início da ditadura de 1964 contra pessoas de idade avançada não permite atingir as finalidades da pena usualmente aceitas, a prevenção geral e especial. Permanece mero ato de vingança.* (destaque meu)²⁴

Nesse ponto, também cumpriria indagar a diferença de tratamento entre os crimes cometidos por militares e os crimes cometidos por guerrilheiros no período do regime militar. Sem dúvida, é ingenuidade ou pura cegueira ideológica negar que guerrilheiros também praticaram assassinatos, inclusive de próprios companheiros acusados de traição. Alguns dizem que apenas os crimes do Estado seriam imprescritíveis. Ora, mas o réu não é o Estado brasileiro. Os réus são pessoas desvinculadas do governo. E, paradoxalmente, ex-guerrilheiros estão hoje exercendo o Poder do Estado. Será por isso que apenas hoje estão sendo ajuizadas ações penais contra os acusados? Pode ser mera coincidência, porém, mais uma vez, existe a sensação de uma justiça de vencedores contra vencidos.

Os crimes foram cometidos por pessoas, independentemente de serem agentes públicos ou não. Assassinato é assassinato. Uma vida tirada por um militar vale tanto quanto uma vida tirada por um guerrilheiro. Se não, volta-se à ingenuidade ou cegueira ideológica.

Os guerrilheiros lutavam pela democracia ou pela instalação de outro regime autoritário? Com a devida vênia, isso independe completamente de ideologia. Não é uma questão de direita ou esquerda. É quase infantil pensar assim. Essa é a natureza humana. Quem conquista o poder pelas armas, em re-

gra, não deixa o poder pacificamente. Mantém o poder pelas armas. E a justificativa é evitar que o inimigo derrotado volte ao poder. E como identificar o inimigo? Um bom indício é qualquer tipo de crítica ao novo governo “revolucionário”. A História confirma. Qual a democracia na Cuba de Fidel Castro? Qual a democracia do finado regime stalinista?

Não se trata aqui de defender crimes da direita ou da esquerda. Contudo, se é crime de um lado, é crime também do outro. Não existe causa de exclusão da ilicitude com base na ideologia do agente.

Logo, se a Lei da Anistia é realmente inválida e os crimes são imprescritíveis, isso tem de ser aplicado aos dois lados do conflito. Assim, guerrilheiros que cometeram crimes também deveriam ser julgados. Mas lutavam por um ideal? E os militares também não poderiam ter o ideal de afastar a ameaça do comunismo, lembrando-se que se vivia em plena Guerra Fria? A punição apenas dos militares justifica-se porque os guerrilheiros eram mais fracos? Mas não eram mais fracos justamente por conta da falta de apoio popular à luta armada? A sociedade não era também composta pelos contrários ao comunismo, possivelmente preocupados, com razões de sobra, com um possível regime comunista similar ao de Stalin? Ou haveria razões para se descartar no Brasil a implantação de substituição de um regime totalitário por outro pior, como ocorreu alhures? Nessa ordem de ideias, o mesmo raciocínio poderia ser utilizado hoje para se defender, por exemplo, a isenção de culpa dos guerrilheiros das Forças Armadas Revolucionárias Colombianas?

O fato de ser idealista absolve o autor do crime? Interessante lembrar que o nazista Adolf Eichmann definia-se como idealista, conforme o relato de Hannah Arendt:

(...) Um “idealista”, segundo as noções de Eichmann, não era simplesmente um homem que acreditava numa “ideia” ou alguém que não roubava nem aceitava subornos, embora essas qualificações

24 DIMOULIS, Dimitri. Justiça de transição e função anistiante no Brasil: hipostasiações indevidas e caminhos de responsabilização. In: _____; MARTINS, Antonio; SWENSSON, Lauro Joppert Junior (Org.). *Justiça de transição no Brasil: direito, responsabilização e verdade*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 120.

fossem indispensáveis. Um “idealista” era um homem que *vivia* para a sua ideia – portanto não podia ser um homem de negócios – e que por essa ideia estaria disposto a sacrificar tudo e, principalmente, todos. Quando ele disse no interrogatório da polícia que teria mandado seu próprio pai para a morte se isso tivesse sido exigido, não queria simplesmente frisar até que ponto se achava cumprindo ordens e pronto para executá-las; queria também mostrar o “idealista” que sempre fora. (destaque original)²⁵

O trecho acima demonstra, por si só, o perigo de considerar inocentes os “idealistas”. E distinguir idealistas de direita e de esquerda, tratando diferentemente os seus crimes, é mais um preconceito ideológico a ser combatido no processo penal.

Qual a interpretação possível, pois, da decisão de Corte Internacional de Direitos Humanos, a fim de garantir a integridade dos direitos dos acusados no processo penal brasileiro?

Em primeiro lugar, a opinião da CIDH sobre Lei de Anistia, imprescritibilidade de crimes e inexistência de coisa julgada não pode vincular o juiz brasileiro. Em isso ocorrendo, estariam sendo violados três princípios fundamentais:

1) Independência judicial: criar-se-ia uma espécie de súmula vinculante imprevista na Constituição e em qualquer lei brasileira, ofendendo-se, outrossim, o princípio da legalidade;

2) Ampla defesa: estariam excluídas, de antemão, teses de defesa dos acusados;

3) Contraditório: os réus perderiam o direito de alegar teses com base numa decisão de corte internacional em processo do qual não participaram.

Aliás, violação do contraditório, nesta situação, implica o próprio desrespeito ao duplo grau de jurisdição, que a CIDH entende violado em decisões tomadas em única instância pela corte suprema de cada país.

Lembre-se que a falta de ampla defesa e de contraditório prejudica a própria concepção garantista do processo penal. Cabe recordar a lição de Luigi Ferrajoli, referida por Sylvia Helena de Figueiredo Steiner:

O sistema garantista, tão bem analisado pelo autor, é por ele resumido em dez axiomas, os quais chama “princípios: *Nulla poena sine crimine. Nullum crimen sine lege. Nulla lex poenalis sine necessitate. Nulla necessitas sine iniuria. Nulla iniuria sine actione. Nulla actio sine culpa. Nulla culpa sine iudicio. Nullum iudicium sine accusatione. Nulla accusatio sine probatione. Nulla probatio sine defensione.* Chamo a esses princípios, além das garantias penais e processuais penais por eles expressados, respectivamente: 1) princípio de retributividade ou da sucessividade da pena em relação ao delito; 2) princípio da legalidade, em sentido lato ou estrito; 3) princípio da necessidade ou de economia em direito penal; 4) princípio da lesividade ou da ofensividade do ato; 5) princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; 6) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; 7) princípio da jurisdicionalidade, também em sentido lato ou estrito; 8) princípio acusatório ou de separação



25 ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. Tradução de José Rubens Siqueira. 11. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 54.

entre juiz e acusação; 9) princípio da carga probatória ou de verificação; 10) *princípio do contraditório, ou de defesa, ou de refutação. (...)* (destaque meu)²⁶

Assim, teses que invocam uma suposta superioridade da CIDH e a vinculação de seus entendimentos a juízes brasileiros em processos penais chocam-se, paradoxalmente, com a concepção garantista do processo e com a própria jurisprudência da CIDH em casos como o já citado Barreto Leiva vs. Venezuela.

A única interpretação possível, portanto, é considerar cumprida a decisão da CIDH com o próprio ajuizamento das ações penais, o que já vem ocorrendo. Agora, que o juiz esteja vinculado aos entendimentos da CIDH em matéria criminal, todos em prejuízo dos réus, ou que o juiz deva condenar para salvar os direitos humanos, são conclusões em franco desrespeito ao devido processo legal e que transformariam o processo penal numa farsa, num teatro em que o resultado da condenação já seria ideologicamente preconcebido.

Interessante que alguns utilizam o argumento ideológico do avanço da posição da superioridade do direito internacional sobre o direito interno. Já se disse até absurdamente que a decisão do Supremo Tribunal Federal em considerar válida a Lei de Anistia representaria o tradicional viés autoritário do Judiciário brasileiro. Contudo, desrespeitar garantias penais e processuais penais dos acusados não parece avanço, porém retrocesso. Ofender a ampla defesa e o contraditório é o que parece autoritário.

O juiz, desse modo, precisa ter independência para julgar as referidas teses de defesa, podendo ou não acatá-las, sem encontrar-se vinculado ao entendimento da CIDH.

Cabe notar que essa ideologia de com-

bate à impunidade também aparece de forma temerária na concepção do Tribunal Penal Internacional – TPI. O preâmbulo do Estatuto de Roma aduz a decisão de colocar fim à impunidade, contribuindo para a prevenção dos crimes previstos no Estatuto.

Se o objetivo do TPI é o fim da impunidade, haveria então a obrigação de punir? Evidentemente, a finalidade do TPI não é punir a qualquer custo, muito embora tenha de se ter cautela na sua utilização político-ideológica.

Um dos problemas do TPI, especificamente quanto aos Estados que não assinaram o Tratado de Roma, é a possibilidade de terem os seus nacionais julgados, independentemente da vontade soberana estatal, por vontade do Conselho de Segurança da ONU (art. 13, alínea “b”, do Estatuto de Roma).

Hodiernamente, a comunidade internacional critica casos em que crimes contra a humanidade deixam de ser investigados pelo TPI, pelo motivo de que os Estados envolvidos são aliados diretos ou indiretos dos membros do Conselho Permanente de Segurança da ONU.

Daí a preocupação mais do que pertinente de Francisco Rezek:

Não sei qual desses males é o mais insuportável: a impunidade generalizada de crimes, como os que o Tratado de Roma tipifica, ou a sensação de que esses crimes estão sendo punidos por amostragem. Não uma amostragem por sorteio, mas determinada pela conjugação de interesses estatais, ou seja, é possível que a impunidade generalizada nos vexa menos – porque pesa menos sobre a nossa consciência – que a sensação de estarmos participando de uma grande farsa. E, a sensação, receio, poderia ser esta: a de que um dia déssemos conta de que a jurisdição penal internacional não faz mais do que dar sequência ao que até agora vem sendo o processo do plano internacional de criminosos de grande coturno; algo determinado por um jogo de acasos, de circunstâncias,

26 STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. *A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua integração ao processo penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 96-97.

contaminado muitas vezes por interesses políticos, facilmente identificáveis na cena internacional.²⁷

Esse jogo ideológico-político a que se refere o grande internacionalista foi percebido em reportagem da jornalista Lydia Polgreen, do *The New York Times*:

E, em fevereiro de 2011, o Conselho de Segurança pediu ao Tribunal Penal Internacional que investigasse o governo líbio, então dirigido por Muamar Gaddafi. O tribunal indiciou Gaddafi e várias autoridades de alto escalão, mas ele foi morto na Líbia antes que pudesse ser julgado. Por outro lado, o tribunal não agiu em nenhuma outra rebelião árabe, em grande parte por causa dos laços entre os países envolvidos e os donos do poder de veto no Conselho de Segurança. O Bahrein e o Iêmen são aliados dos Estados Unidos, enquanto a China e a Rússia são próximas do governo sírio.²⁸

Os limites do TPI expostos na matéria jornalística acima são os ideológico-políticos, impostos pelos países detentores do poder de veto no Conselho de Segurança. Enfim, uma ameaça à ideia de jurisdição penal universal do TPI.

É preciso lembrar, porém, que se trata de um tribunal muito jovem ainda. Evidentemente, algumas das normas do Estatuto de Roma devem ser aprimoradas. Por enquanto, ainda existe muita esperança no TPI. Todavia, é preciso ter cuidado para que esse combate à impunidade feito seletivo não ameace a legitimidade do Tribunal perante a sociedade internacional. Nesse sentido, aguardam-se reformas quanto ao próprio Conselho de

Segurança ou quanto à sua participação na jurisdição do TPI.

5. Palavra final: a importância da motivação judicial.

No presente trabalho, foram abordados três temas distintos, sob a perspectiva da má influência da ideologia no processo penal. Não se constrói um processo penal justo mediante o preconceito contra autoridades policiais, ministeriais ou judiciais. Não se protege a cidade, tratando-se réus como inimigos. Por fim, a ideologia do combate à impunidade não pode criar uma justiça predisposta e seletiva contra determinados réus.

Uma das melhores maneiras de se afastar o risco ideológico é a motivação judicial, plena e eficiente. Plena para se atentar a todas as provas e teses dos autos. Eficiente para se tornar o escudo do magistrado e livrá-lo de eventuais acusações de atuação ideológica ou política, ainda que decida num sentido considerado equivocado pela maioria das pessoas.

Críticas contra sentenças judiciais sempre existirão. Faz parte da natureza humana criticar (invariavelmente, sempre o outro). O juiz não pode decidir temendo a crítica da mídia ou de doutrinadores autodenominados progressistas. Sua maior garantia, seu maior escudo contra críticas descabidas será sempre a sua fundamentação. Trata-se, também, de garantia para as partes e para a própria sociedade (ainda que a maioria se desinteresse pela fundamentação judicial e siga unilateralmente as opiniões de terceiros desvinculados do processo). Da mesma forma, a motivação deficiente ou ideológica propiciará o recurso dos prejudicados.

Enfim, o magistrado deverá julgar com imparcialidade e isenção, por vezes se opondo ao entendimento da maioria, assim como o fez o jurado do filme citado no início deste artigo. Especialmente nas mãos do juiz está a responsabilidade de evitar um processo penal ideológico.

27 REZEK, Francisco. Tribunal Penal Internacional: princípio da complementaridade e soberania. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 490.

28 A matéria foi traduzida e publicada no jornal Folha de São Paulo. Ver POLGREEN, Lydia. Primavera árabe expõe limites do TPI. *Folha de São Paulo*, ano 92, n. 30.420, 16 jul. 2012, p. 3.

Referências bibliográficas.

ARENDRT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. Tradução de José Rubens Siqueira. 11. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

_____. *Origens do totalitarismo*. Tradução de Roberto Raposo. 7. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

AZEVEDO, Paulo Bueno de. Procedimento judicial em caso de ausência do representante do Ministério Público Federal na audiência de instrução (ainda existe o princípio da verdade real?). *Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região*, São Paulo, n. 111, p. 4-11, jan./fev. 2012.

BATISTA, Nilo. Nota introdutória. In: DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Antonio; SWENSSON, Lauro Joppert Junior (Org.). *Justiça de transição no Brasil: direito, responsabilização e verdade*. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (Coord.). *Dicionário de política*. Tradução de Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Caçais e Renzo Dini. 12. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2002, v. 1.

CARVALHO, Amilton Bueno de. *Eles, os juízes criminais, vistos por nós, os juízes criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DIMOULIS, Dimitri. Justiça de transição e função anistiantes no Brasil: hipostasiações indevidas e caminhos de responsabilização. In: _____; MARTINS, Antonio; SWENSSON, Lauro Joppert Junior (Org.). *Justiça de transição no Brasil: direito, responsabilização e verdade*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 91-127.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GOMES, Abel Fernandes. “Juiz das garantias”: inconsistência científica; mera ideologia – como se só juiz já não fosse garantia. *Revista CEJ*, Brasília, n. 51, p. 98-105, out./dez. 2010.

GOMES, Luiz Flavio; MAZZUOLI, Valerio (Org.). *Crimes da ditadura militar e o “Caso Araguaia”*: aplicação do direito internacional dos direitos

humanos pelos juízes e tribunais brasileiros. In: _____; _____. *Crimes da ditadura militar: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 49-72.

GRANDIS, Rodrigo. O juiz tem compromisso com a luta contra o crime? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 71, p. 250-265, mar./abr. 2008.

JAKOBS, Günther. *Direito penal do inimigo*. Organização e introdução de Luiz Moreira e Eugênio Pacelli de Oliveira. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MAZZILLI, Hugo Nigro. O Ministério Público é parte imparcial? *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 913, p. 289-297, nov. 2011.

REALE JUNIOR, Miguel. O juiz das garantias. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 113, p. 101-111, set. 2011.

PASTOR, Daniel R. *El poder penal internacional: uma aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*. Barcelona: Atelier, 2006.

POLGREEN, Lydia. Primavera árabe expõe limites do TPI. *Folha de São Paulo*, ano 92, n. 30.420, 16 jul. 2012, p. 3.

RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

REZEK, Francisco. Tribunal Penal Internacional: princípio da complementaridade e soberania. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 485-490.

STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. *A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua integração ao processo penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

STOPPINO, Mario. *Dicionário de política*. Tradução de Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Caçais e Renzo Dini. Coordenação de Norberto Bobbio, Nicola Matteuci e Gianfranco Pasquino. 12. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2002, v. 1.